# Allgemeines

# Landrecht

für die

# Preußischen Staaten.

---

Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen,

herausgegeben

mit

## Kommentar in Anmerkungen

von

**Dr. C. F. Koch.**

---

Mit Bewilligung der Herren A. Rauch und Comp.

---

## Erster Theil, erster Band.

Fünfte vermehrte Auflage.

---

Berlin, 1870.
Verlag von J. Guttentag.

# Vorrede

## zur vierten, beziehungsweise dritten Ausgabe.

Die Gesetzgebung und die Rechtsfortbildung durch die Praxis ist in einem solchen Flusse, daß sowohl der Theoretiker, wie besonders der Praktiker, dessen Zeit und Kräfte meistens durch die ermüdenden Dienstverrichtungen verzehrt werden, sich nur mit Aufmerksamkeit und Mühe auf der Höhe der Lage des augenblicklich geltenden Rechtsstandes halten kann. Dabei Hülfe zu leisten, war der Zweck dieses Werkes von Anfang an. Seit der letzten, nur wenige Jahre alten Ausgabe ist jedoch in vielen Materien eine solche Veränderung eingetreten, daß sie diesem Zwecke nicht mehr entspricht. Die Hauptumwälzung hat seitdem das Kaufmannsrecht und Seerecht erfahren. Die vorliegende neue Ausgabe soll dem Zwecke von Neuem nachkommen. In derselben erscheint am gehörigen Orte (Th. II, Tit. 8) auch das neue See- und Handelsrecht an Stelle des alten See- und Kaufmannsrechts. Bei dieser Ausgabe ist, wie bei den früheren, hauptsächlich ins Auge gefaßt worden, eine möglichst vollständige Statistik des gegenwärtig bestehenden Rechtszustandes darzustellen. Wie es aber bei der Rastlosigkeit der oben bezeichneten beiden Faktoren der Rechtsbildung nicht anders sein kann, treten unter der verhältnißmäßig geraumen Zeit, welche der Druck dieses umfänglichen Werks erfordert, viele Neuerungen ein. Diese machen es unvermeidlich, Nachträge zu bringen, wenn das Werk bei Vollendung des Druckes den Ansprüchen einer Rechts-Statistik einigermaßen entsprechen soll. Dergleichen Nachträge sind zwar immer mehr oder weniger unbequem, doch ist die Notirung der Nachträge am gehörigen Orte den Meisten wahrscheinlich wohl weniger lästig, als ihnen der Mangel derselben beim Gebrauche des Buchs unangenehm sein würde. Mein Rath ist, vor dem Gebrauche des Werks bei den betroffenen Stellen am Rande das Vorhandensein eines dazu gehörigen Nachtrags nur mit Zeichen, etwa mit „N. S. 1200" (Nachtrag S. 1200) anzudeuten.

Die ungleiche Bezifferung der Ausgaben bei den einzelnen Bänden hat die Meinung veranlaßt, daß der Erste Band, welcher in der Zählung der Ausgaben den übrigen drei Bänden um Eine Ausgabe voraus ist, und die folgenden Bände von

verſchiedenen ungleichzeitigen Ausgaben ſeien. So iſt es nicht. Die vorliegende Ausgabe iſt für alle vier Bände die eigentlich dritte Ausgabe. Daß der Erſte Band die vierte Auflage zählt, kommt daher, daß bei der erſten Ausgabe des Werks die Auflage (die Zahl der Exemplare) anfangs zu niedrig gegriffen war und der Nachfrage nicht genügte. Deshalb wurde die Auflage bei dem zweiten, dritten und vierten Bande entſprechend verſtärkt, aber bei dem Erſten Bande, deſſen Druck beinahe vollendet war, als die von ihm erſchienenen Lieferungen vergriffen waren, konnte auf dieſe einfache Weiſe nicht geholfen werden, der Band mußte von neuem gedruckt werden. Dieſer zweite Abdruck iſt, mit Ausnahme weniger Verbeſſerungen und Zuſätze, ein unveränderter, mußte aber doch, weil er mit dem erſten Abdrucke nicht ganz übereinſtimmte, als neue (zweite) Ausgabe erſcheinen, er erſchien jedoch noch vor Vollendung des Drucks der drei folgenden Bände. Die erſte und zweite Ausgabe des Erſten Bandes ſtellen ſomit zuſammen weſentlich die Erſte, mit den folgenden drei Bänden in einem Zuge zugleich erſchienene, Ausgabe des Erſten Bandes dar.

Neiſſe, im März 1862.

Dr. **Koch.**

---

# Vorwort

## zur fünften, beziehungsweiſe vierten Ausgabe.

---

Die vorliegende neue Ausgabe weicht von den früheren Ausgaben im Formate ab, um dadurch den Preis zu mindern, der ſonſt in Folge der Vermehrung des Materials durch die in den letzten ſieben Jahren ſehr regſam geweſene Geſetzgebung und Rechtsanwendung noch erhöht worden ſein würde. Außerdem iſt dem laut gewordenen Wunſche entſprochen, die Literatur, welche weſentlich zur Erläuterung des Allgemeinen Landrechts beiträgt, an den geeigneten Stellen zu notiren. Die das Privatrecht betreffenden neuen Geſetze, welche, wie z. B. das Geſetz betreffend die Eichungsbehörden, und das über den Großjährigkeitstermin, zu ſpät erſchienen ſind, als daß ſie an der gehörigen Stelle hätten eingereiht werden können, oder welche noch vor dem Schluſſe des ganzen Werkes nachträglich erſcheinen werden, ſollen ihre Stellen in den Nachträgen erhalten.

Neiſſe, im Januar 1870.

Dr. **Koch.**

---

# Inhaltsverzeichniß des Ersten Bandes.


Seite

Publikations-Patent vom 5. Februar 1794 . . . . . 1
Publikations-Patent vom 11. April 1803 . . . . . 18
Spätere Einführungen . . . . . 19
Literarische Vorbemerkung . . . . . 20
Einleitung . . . . . 21
I. Von den Gesetzen überhaupt . . . . . 21
Publikation . . . . . 24
Anwendung . . . . . 36
Auslegung . . . . . 53
Aufhebung . . . . . 59
II. Allgemeine Grundsätze des Rechts . . . . . 62

## Erster Theil.

### Erster Titel.

Von Personen und deren Rechten überhaupt . . . . . 75
Gesetze betr. die Todeserklärungen . . . . . 84

### Zweiter Titel.

Von Sachen und deren Rechten überhaupt . . . . . 89

### Dritter Titel.

Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten . . . . . 117

### Vierter Titel.

Von Willenserklärungen . . . . . 128

### Fünfter Titel.

Von Verträgen . . . . . 170
Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund vom 17. August 1868 . . . 227
Ges., betr. die Eichungsbehörden vom 26. Nov. 1869 (i. d. Nachträgen zu) . . . . . 229
Ges., betr. die Einführung eines allgemeinen Landesgewichts vom 17. Mai 1856 . . . . 229
V. wegen Feststellung des Wispelmaßes vom 1. Dezember 1843 . . . . . 232
V. betr. die Verbindlichkeit zur Anwendung gestempelter Maße u. Gewichte v. 13. Mai 1840 232

Seite

G. v. 24. Mai 1853, die Stempelung und Beaufsichtigung der Waagen betr. . . . . 232
Instr. über das Verfahren bei der Prüfung ꝛc. der Waagen v. 20. Juli 1853 . . . . 233
G. über das Münzwesen, v. 4. Mai 1857 . . . . . 246
V., betr. die Form und das Gepräge der Münzsorten ꝛc., v. 21. Juni 1858 . . . . . 249
V., betr. das Münzwesen in den neu erworbenen Landestheilen, v. 24. August 1867 . . 252

## Sechster Titel.

Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen . . . . . 293
V. v. 17. Aug. 1835, zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung bei Aufläufen . . . 299
G. betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des Schadens v. 11. März 1856 . 299
Deklar. des §. 54, vom 31. März 1838 . . . . . 304

## Siebenter Titel.

Vom Gewahrsam und Besitze . . . . . 316

## Achter Titel.

Vom Eigenthume . . . . . 369
Ed. v. 9. Okt. 1807, betr. den erleichterten Besitz u. den freien Gebrauch des Grundeigenthums 370
K.O. v. 29. Februar 1812 wegen Ausschließung der Mitglieder der Provinzial-Domänen-Verwaltungen von Erwerbung der Domänen-Grundstücke . . . . . 371
K.O. v. 5. Sept. 1821 wegen Ausschließung der Forstbedienten von der Erwerbung von an den unter ihrer Aufsicht stehenden Forst angrenzenden Grundstücken . . . . . 371
K.O. v. 28. März 1809 wegen der von Ausländern zu erwerbenden adeligen Güter . . 371
G. v. 4. Mai 1846 über die Erwerbung des Grundeigenthums für ausländische Korporationen und andere juristische Personen . . . . . 375
K.O. v. 25. Januar 1831, betr. die Erwerbung von Rittergütern durch Dorfgemeinen ꝛc. . 375
Ed. v. 9. Oktober 1807 wegen Zusammenschlagung der Bauergüter . . . . . 379
Ed. v. 14. September 1811 wegen Beförderung der Landeskultur . . . . . 379
K.O. v. 20. Juni 1830 wegen Erhaltung der Stadtmauern . . . . . 380
K.O. v. 4. Oktober 1815, betr. die Veränderung an öffentlichen Gebäuden ꝛc. . . . . 381
G. v. 3. Januar 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen . . . . . 386
Ed. zur Beförderung der Landeskultur v. 14. September 1811, §. 4—6 . . . . . 391
G. v. 15. November 1815 wegen Verschaffung der Vorfluth . . . . . 396
G. v. 23. Januar 1846 wegen des für Entwässerungsanlagen einzuführenden Aufgebots . 402
G. v. 11. Mai 1853, betr. die Bildung von Genossenschaften zu Entwässerungsanlagen . 403

## Neunter Titel.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt, und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit . . . . . 422
Erster Abschnitt. Von der ursprünglichen Besitznehmung . . . . . 424
Zweiter Abschnitt. Von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen . . 425
K.O. v. 23. Juli 1833, betr. die widerrechtliche Zueignung der bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Munition . . . . . 425
Dritter Abschnitt. Von gefundenen Schätzen . . . . . 433
Vierter Abschnitt. Vom Thierfange . . . . . 437
G. v. 31. Oktober 1848, betr. die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden ꝛc. . . . . 439
Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 . . . . . 440
V. v. 15. Jan. 1814 wegen Gestellung der zu den Wolfsjagden nöthigen Mannschaften 448

Seite

Fünfter Abschnitt. Von der Beute . . . . . 452

Sechster Abschnitt. Von der Erwerbung der An- und Zuwüchse . . . . . 456

Siebenter Abschnitt. Von preisgegebenen Geldern oder Sachen . . . . . 476

Achter Abschnitt. Von Erwerbung der Erbschaften . . . . . 476

V. v. 28. März 1840, betr. die Befugniß des Benefizialerben . . . . . 498

G., betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen . . . . . 504

Neunter Abschnitt. Von der Verjährung . . . . . 508

G. v. 31. März 1838, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen . . . . . 528

V. v. 15. April 1842 über die Aufhebung der dem G. v. 31. März 1838 ꝛc. entgegenstehenden provinziellen ꝛc. Bestimmungen . . . . . 536

G. v. 18. Juni 1840 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben . . . . 537

Zehnter Titel.

Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums . . . . . 582

Eilfter Titel.

Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen . . . . . 595

Erster Abschnitt. Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften . . . . . 595

V. gegen Mißbräuche bei Subhastationen, v. 14. Juli 1797 . . . . . 665

Zweiter Abschnitt. Vom Tauschvertrage . . . . . 674

Dritter Abschnitt. Von Abtretung der Rechte . . . . . 676

V. v. 8. Febr. 1811, betr. die Kündigung u. Partialcession der Schuldverschreibungen 690

K.O. v. 6. Nov. 1834 über die Vidimation der Urkunden und Abzweigung ꝛc. . . 691

Vierter Abschnitt. Vom Erbschaftskaufe . . . . . 707

Fünfter Abschnitt. Vom Trödelvertrage . . . . . 716

Sechster Abschnitt. Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen . . 718

K.O. v. 21. Juli 1841, betr. die Lotterie . . . . . 722

V. v. 9. Nov. 1843 wegen des Verkaufs der Früchte auf dem Halm . . . . . 727

Siebenter Abschnitt. Vom Darlehnsvertrage . . . . . 740

V. v. 18. März 1811, betr. die Freiheit der Unteroffiziere u. Gemeinen, über ihr Vermögen zu verfügen . . . . . 750

G. v. 17. Juni 1833, betr. die Ausstellung von Papieren auf den Inhaber . . . 758

Decl. des A. L.R. I, 11, §§. 790, 791 u. Tit. 16, §. 74, v. 27. Sept. 1808 . . . 774

Decl. vom 4. April 1811 wegen Unzulässigkeit der Darlehen durch Papiere nach dem Nennwerth . . . . . 776

Decl. v. 28. Dez. 1811, betr. die Darlehen in Staats- und anderen öffentlichen Papieren 777

G., betr. die vertragsmäßigen Zinsen, v. 14. Nov. 1867 . . . . . 779

G. über die Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Zinsen, v. 7. Juli 1833 und 7. März 1845 . . . . . 786

V. wegen Herabsetzung des Zinssatzes, vom 3. Juni 1827, vom 10. Mai 1828 u. vom 9. Febr. 1833 . . . . . 788.

Achter Abschnitt. Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden . . . . . 795

Publ.Pat. v. 12. Febr. 1833 über den von der deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschluß, wegen Sicherstellung der Schriftsteller und Verleger gegen Nachdruck . . 818

V. v. 12. Febr. 1833, über die Anwendung dess. wegen Sicherstellung ꝛc. auf die zum deutschen Bunde nicht gehörigen Provinzen . . . . . 818

Seite

Publ.-Pat. v. 29. Nov. 1837 über den Bundesbeschl. v. 9. Nov. d. J. wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze ꝛc. gegen Nachdruck und Nachbildung . . . . 819

Publ.-Pat. über den Bundesbeschl. v. 19. Juni 1845, wegen Erweiterung des Schutzes u. s. w. v. 16. Januar 1846 . . . . . 819

Publ.-Pat. über den Bundesbeschl. v. 6. Nov. 1856 zur Erweiterung der Bestimmungen ꝛc., v. 26. Januar 1857 . . . . . 821

Publ.-Pat. über den Bundesbeschl. v. 22. April 1841 wegen des den Verf. musikalischer Kompositionen und dramatischer Werke zu gewährenden Schutzes, v. 6. Nov. 1841 . 822

Publ.-Pat. über den Bundesbeschl. v. 12. März 1857 zur Erweiterung des Bundesbeschl. v. 22. April 1841 zum Schutze der Verf. dramatischer ꝛc. Werke, v. 4. Mai 1857 . 823

Ges. v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck ꝛc. . . . . 823

V. betr. den Schutz gegen Nachdruck für die vor Publ. des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Werke, v. 5. Juli 1844 . . . . . 831

Instruktion des k. Staatsministeriums vom 15. Mai 1838 zur Bildung der, in den §§. 17 u. 31 des Gesetzes zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837 erwähnten Vereine von Sachverständigen . . . . . 832

Ges., betr. die Abänderung einiger Bestimmungen des Gesetzes v. 11. Juni 1837 über den Schutz des Eigenthums an Werken ꝛc. gegen Nachdruck, v. 20. Febr. 1854 . 834

Neunter Abschnitt. Von Schenkungen . . . . . 835

Ges. betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses ꝛc. . . . . 856

# Patent

wegen Publikation des neuen allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten.

**Wir Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen** ꝛc. ꝛc., thun kund und fügen hierdurch Jedermann zu wissen: Nachdem Wir die bereits unterm 20sten März 1791 vorläufig bekannt gemachte Gesetzsammlung für Unsere Staaten einer nochmaligen Revision zu unterziehen gut befunden haben; und dieselbe nunmehr dergestalt eingerichtet ist, daß Wir durch ihre wirkliche Einführung Unsere landesväterliche Intention in jeder Rücksicht zu erreichen Uns versichert halten können[1]); so haben Wir resolviret, besagte Gesetzsammlung in dieser ihrer gegenwärtigen Gestalt, und mit den darin gemachten Verbesserungen, unter dem Titel:

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten,

hierdurch anderweit publiciren zu lassen, in Unsern gesammten[2]) Landen wirklich einzuführen, und diesem Allgemeinen Landrechte

vom 1sten Junius 1794 an

volle Gesetzeskraft beizulegen; also, daß nach diesem benannten Tage dasselbe bei Vollziehung und Beurtheilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, so wie bei Entscheidung der sich ereignenden Rechtsstreitigkeiten zum Grund gelegt werden soll.

Das Allgem. Landrecht soll v. 1. Junius 1794 an gesetzliche Kraft haben.

---

1) Diese „Gesetzsammlung" sollte nach dem Publikationspatent vom 20. März 1791 unter dem Titel: Allgemeines Gesetz-Buch für die Preußischen Staaten, den 1. Juni 1792 in Gesetzeskraft treten. Aber die darin, nach dem ausdrücklichen Willen des Königs Friedrich aufgenommenen, freisinnigen Grundsätze über die Gewalt des Königs, über Machtsprüche, über Regalien, über die Religion, über den Adel und über die Rechte der Grundherrschaften, waren den obersten Finanzbehörden (dem General-Direktorium) und der Adelspartei zuwider und man kabalirte von dieser Seite unausgesetzt gegen das ganze Werk der neuen Gesetzgebung. So lange Friedrich lebte, war nichts auszurichten, und auch an Friedrich Wilhelm II. scheiterten alle Versuche, ihn dagegen einzunehmen, so daß das vollendete Gesetzbuch zur Publikation gelangte. Inzwischen war die französische Revolution völlig zum Ausbruche gekommen, und man benutzte diesen Umstand, jene Grundsätze als gefährlich darzustellen, um den Schöpfer des Gesetzbuches (v. Carmer) und das Gesetzbuch selbst dem Könige verdächtig zu machen. Das bewirkte die Suspension des Gesetzbuchs auf unbestimmte Zeit, durch die K.O. vom 18. April und 5. Mai 1792, unter dem Vorwande, daß das Publikum noch nicht Zeit genug gehabt habe, sich mit dem Gesetzbuche bekannt zu machen. R. des Großkanzlers v. C. vom 5. Mai 1792 (Rabe II, S. 314). Darauf befahl die K.O. vom 17. Nov. 1793 (Jahrb. Bd. LII, S. 141) eine nochmalige Revision und Umarbeitung mehrerer in der K.O. vom 18. Dez. 1793 bezeichneten Stellen. Die Schlußrevision brachte mehrere Abänderungen (s. Suarez amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L.R., in den Jahrb. Bd. XLI, S. 1 ff.), mit welchen das Werk unter dem veränderten Titel durch dieses Publikationspatent endgültig eingeführt wurde. Vergl. Goßler juridische Miszellen, S. 60 ff., und Jahrb. Bd. XLI, S. 14ª ff.

2) Das Stift Quedlinburg stand damals unter der Schirmherrschaft des Königs, und gehörte deshalb nicht zu den gesammten Landen. Als es kraft des Reichsdeputations-Hauptschlusses vom 25. Februar 1803, §. 3 dazu trat, wurde das A. L.R. noch nicht eingeführt. Erst bei der Einführung desselben in die neu- und wiedererworbenen Provinzen und Landestheile hat es auch dort Gesetzeskraft erhalten.

Damit aber auch über die verbindliche Kraft und Anwendbarkeit dieses Allgemeinen Landrechts, nach besagtem Zeitpunkte, keine Zweifel oder Ungewißheiten mehr übrig bleiben mögen: so finden Wir nöthig, nachstehende nähere Bestimmungen darüber festzusetzen.

## I.

Es tritt an die Stelle des Römischen u. anderer fremden gemeinen Rechte.

Das gegenwärtige allgemeine Landrecht soll an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte[2a]) und Gesetze treten; also, daß von dem oben bemerkten Zeitpunkte, dem 1sten Junius 1794 an, auf die bisherigen subsidiarischen[3]) Gesetze und

---

2a) Darunter ist auch das bis dahin gültig gewesene allgemeine Gewohnheitsrecht begriffen; wegen Beibehaltung des partikulären Gewohnheitsrechts folgt besondere Bestimmung im §. VII.

(5. A.) Das Magdeburgische Recht charakterisirt sich als Ausdruck der besonderen Anwendung, welchen das Sachsenrecht bei dem Schöffenstuhle in Magdeburg gefunden hat; dasselbe ist ein aus dem Sachsenspiegel ergänztes und glossirtes Recht, und daher nicht als Provinzialrecht, sondern als subsidiarisches gemeines Sachsenrecht anzusehen, mithin durch den §. 1 des Publ.-Pat. aufgehoben; es ist auch durch die Kottbuser Willkür von 1409 nicht als etwas ganz Besonderes an Stelle des früheren Sachsenrechts in den Kreis Kottbus eingeführt worden und gilt dort nicht als Provinzialrecht. Erk. des Obertr. vom 7. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 33).

3) Hier zu vergleichen ist §. 1 der Einleitung. Die gemeinten Gegensätze sind diejenigen, welche sich auf den geographischen Umfang der Geltung verschiedener Rechte innerhalb desselben Staates beziehen, wonach man das Recht in gemeines (jus commune) und in partikuläres (jus particulare) eintheilt. Das gemeine Recht kommt erst dann zur Anwendung, wenn das Partikularrecht keine Rechtsregel bietet, daher ist das gemeine Recht ein subsidiarisches, nach dem Grundsatze der Rechtsparömie: Willkür bricht Stadtrecht ꝛc. (Einleitung §. 21.) Ueber einen anderen Gegensatz wird weiterhin eine Bemerkung folgen. Vorher ist der Zweifel über die Thatsache zu erwähnen: welche Rechte denn in die Klasse des subsidiarischen und welche in die des Partikularrechts oder der „besonderen Provinzialverordnungen und Statuten" gehören möchten, namentlich wenn Sätze aus dem gemeinen Rechte in einzelnen Landestheilen durch die frühere Staatsgewalt oder durch altes Herkommen besondere Anerkennung gefunden haben, wie z. B. in Schlesien hinsichtlich des Sachsenrechts und in Preußen mit dem R. R. der Fall ist. Diesen Zweifel entscheiden:

a) Pr. 58. Das Provinzialrecht in Schlesien ist beibehalten, selbst in Ansehung solcher Sätze, durch welche nur gemeines Recht festgesetzt oder abgeändert worden ist.

b) Pr. 373, vom 10. Nov. 1837. Das Sachsenrecht war nur ein subsidiarisches Recht für Schlesien, es ist mithin, sofern es nicht in dieser oder jener Materie in die besonderen Provinzialrechte aufgenommen worden, durch das A. L.R. verdrängt. Deshalb kommt auch nicht die Sächsische Verjährungsfrist zur Anwendung, wenn die Verjährung mit dem 1. Juni 1794 oder später begonnen hat.

c) Pr. 432, vom 26. Februar 1838. In den Provinzen, woselbst das Provinzialrecht in ein in sich abgeschlossenes System aufgenommen ist, und dieses Provinzialrecht ein besonderes Gesetzbuch bildet, sind auch diejenigen Grundsätze, welche lediglich aus dem Römischen oder Sächsischen Rechte entnommen sind, als Provinzialgesetze zu betrachten und kommen daher, in sofern sie von dem A. L.R. abweichen, vor diesem zur Anwendung.

Dieser wiederholt ausgesprochene Grundsatz ist dann auf die dagegen erhobenen Zweifel durch den Pl.-Beschl. (Pr. 622), vom 8. April 1839 (s. zu §. III, Note 8) bestätigt worden.

Eine weitere Meinungsverschiedenheit bezieht sich auf eine andere Unterscheidung, bei welcher es auf den geographischen Umfang der Geltung gar nicht ankommt. Von einer Seite wird nämlich behauptet: das deutsche Privat-Fürstenrecht (jus privatum personarum illustrium) gelte noch neben oder vor dem A. L.R., weil es nicht gemeines Recht sei, und weil die besonderen Rechte und Gesetze im §. 1 ff. der Einleitung aufrecht erhalten seien, während von der anderen Seite solches bestritten und behauptet wird, daß das deutsche Privat-Fürstenrecht ein Theil des gemeinen deutschen Privatrechts und mit demselben bei Einführung des A. L.R. aufgehoben sei. Schreiben des J.M. Mühler an das O.L.G. zu Ratibor, vom 12. Januar 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 295), worin das Letztere, im Sinne der ersten Meinung, belehrt wird. Die Belehrung ist jedoch irrig. Das Privat-Fürstenrecht ist ebenso ein Bestandtheil des gemeinen deutschen Privatrechts, wie die Privatrechte des Bürger- und Bauernstandes oder anderer Personenklassen, z. B. der Juden; auch das Obertr. erkennt das frühere reichsständische (fürstliche) Eherecht „als eine gemeinrechtliche Norm" an. Entsch. Bd. XIX, S. 232. Mit Rücksicht auf diese besonderen Rechtswahrheiten, welche auf bestimmte Personenklassen sich beziehen, wird das deutsche Privatrecht eingetheilt in allgemeines (generelles) und in besonderes (specielles). Diese Eintheilung berücksichtigt das A. L.R. und das Publikationspatent nicht, vielmehr bezieht der §. 1 ff. der Einleitung sich lediglich auf jene geographische Eintheilung, indem

Rechte nicht mehr zurückgegangen, sondern in vorkommenden späteren [4]) Fällen nur nach den Vorschriften des gegenwärtigen Landrechts in allen Unsern unmittelbaren und mittelbaren [5]) Gerichtshöfen erkannt werden soll.

## II.

Die allgemeinen Landesgesetze, welche beibehalten werden, sind dem Landrechte einverleibt.

Eben so tritt dieses allgemeine Landrecht an die Stelle der über einzelne Rechtsmaterien von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Edikte und Verordnungen, welche bisher in allen Unsern Provinzen als gemeine [6]) Landesgesetze gegolten haben; indem dafür gesorgt worden ist, daß diese einzelnen Edikte und Verordnungen bei der Anfertigung des Landrechts nochmals revidirt, und ihrem Inhalte nach, bei den Gegenständen, welche sie betreffen, gehörigen Orts aufgenommen und eingeschaltet worden. In sofern jedoch in dem gegenwärtigen Landrechte auf ein solches über einzelne Materien ergangenes Edikt, oder sonstige Verordnung, Bezug genommen, und dahin verwiesen worden, versteht es sich von selbst, daß dergleichen Edikt oder Verordnung seine gesetzliche Kraft, in Ansehung aller Stellen und Vorschriften, die nicht etwa in diesem Landrechte ausdrücklich geändert sind, nach wie vor beibehalte.

## III.

Die besondern Provinzialgesetze behalten vor der Hand noch ihre Kraft.

Die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besondern Provinzialgesetze und Statuten [7]) behalten zwar vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Gültig-

---

dort keineswegs die besonderen Rechte und Gesetze überhaupt, sondern nur die „besonderen Gesetze", die „besonderen Provinzialverordnungen und Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften", „Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben", beibehalten werden. Was also dem gemeinen deutschen Rechte angehört, ist nach §. I des Publikationspatents aufgehoben, folglich auch die auf bestimmte Personenklassen sich beziehenden Rechtsnormen desselben. S. das Weitere unten in der Note 9.

4) Auf Fälle, welche der Vergangenheit angehören, findet es in der Regel keine Anwendung. S. unten §. VIII und Einleitung §§. 14, 51.

5) Die mittelbaren Gerichtshöfe sind aufgehoben. V. vom 2. Januar 1849, §. 1. (G.S. S. 1.)

6) Der Umstand allein, daß eine einzelne Verordnung nicht in allen Provinzen, sondern nur in einigen oder einer gegolten hat, entscheidet noch nicht, daß sie eine besondere Provinzialverordnung ist, vielmehr kommt es auf den Grund dieser Beschränkung und auf den rechtlichen Charakter des Inhalts an. Wird dadurch eine zur Zeit der Erscheinung zweifelhafte Rechtsfrage oder eine Satzung des subsidiären gemeinen Rechts entschieden oder näher bestimmt, so ist sie keine „besondere Provinzialverordnung", sondern eine solche, welche in die Kategorie der „gemeinen Landesgesetze" tritt. Grund der geographischen Beschränkung ist meistens der Umstand, daß der Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses keine anderen Länder überhaupt, oder doch nicht solche noch beherrschte, welchen er dieselbe Verordnung vorzuschreiben Veranlassung hatte. So in der Provinz Sachsen das churfächsische Straßenbau-Mandat vom 28. April 1781. Pr. 2311, vom 26. Juni 1851 (Entsch. XXI, 152). (3 A.) Ebenso die sog. General-Artikel des Churfürsten August von Sachsen v. 8. Mai 1557 und dessen Kirchen-Ordnung vom 1. Januar 1580 (Codex Augusteus p. 453), welche als allgemeine sächsische Landesgesetze, an deren Stelle das A. L.R. getreten ist, anzusehen sind. Pr. 2500, vom 15. März 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 197).

7) Welche Rechtsquellen zu der einen oder zu der anderen Gattung gehören, ist bisweilen zweifelhaft erschienen. So hat man gefragt: ob die Danziger Willkür Provinzial- oder Statutarrecht enthalte. Der Zweifel löst sich durch die Entstehung der Gesetzeskraft. Provinzialgesetze sind in der hier gemeinten Bedeutung die besonderen Partikularrechte einzelner Landestheile, welche früher politische Selbstständigkeit hatten und solche durch ihre Vereinigung mit den preuß. Landen verloren haben. Unter Statutarrechten versteht man Rechtsnormen, welche ursprünglich in einer Genossenschaft oder Korporation durch Uebereinkunft entstanden und daher nur in diesem engeren und bestimmten Kreise gültig sind. Werden dergleichen Statutarrechte in der Folge in andere Kreise oder Bezirke durch eine außer der Willkür der dortigen Einwohner bestehende Macht eingeführt, so fallen sie hier unter den Begriff des Provinzialrechts. Demnach ist z. B. die Danziger Willkür in der Stadt Danzig ein Statutarrecht und in den Landestheilen, in welchen sie sonst noch gilt, namentlich in dem Gebiete des ehemaligen Freistaats Danzig, wo sie durch die gesetzgebende Gewalt der herrschenden Stadt Geltung erhalten hat, hat sie die Bedeutung eines Provinzialrechts, ebenso wie solches mit dem Lübischen und mit dem Kulmischen Rechte der Fall ist.

keit[8]); dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten[9]) hauptsächlich[10]) nach diesen, und nur erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des allgemeinen Landrechts[11]) beurtheilt und entschieden werden sollen.

## IV.

Sie sollen aber gesammelt, revidirt und in ordentliche Provinzialgesetzbücher verfaßt werden.

Damit aber auch bei diesen Provinzialgesetzen und Statuten eben die gründliche Verbesserung, die Wir in Ansehung der bisherigen gemeinen und subsidiarischen Rechte zum Wohl Unserer sämmtlichen getreuen Unterthanen, veranstaltet haben, gleichergestalt ins Werk gerichtet werden möge, hatten Wir bereits unterm 20sten März 1791 verordnet, daß auch diese besonderen Gesetze innerhalb dreier Jahre gesammelt, revidirt, und nach dem Plane der allgemeinen Gesetzgebung geordnet werden sollten; und Wir wiederholen hierdurch diese Unsere Allerhöchste Willensmeinung. Da wir inzwischen in Erfahrung bringen, daß diese vorgeschriebene Bearbeitung der Provinzialgesetze noch nicht durchgehends beendigt sei, so wollen Wir den dazu bestimmt gewesenen Termin zum Ueberflusse[12]) noch auf zwei Jahre, und also bis zum 1. Junius 1796 hiermit verlängern.

---

8) Ueber den Umfang der Geltung ist anzumerken: a) ein Provinzialgesetzbuch, namentlich das Preuß. Landrecht von 1721, ist im Sinne dieses §. III auch in Bezug der darin enthaltenen, aus dem Römischen und sonstigen gemeinen Rechte entnommenen Bestimmungen als ein besonderes Provinzialgesetz anzusehen, und daher in diesen Bestimmungen durch die Einführung des A. L.R. nicht aufgehoben worden. Pr. des Obertr. 622 (Pl.-Beschl.) vom 8. April 1839. Vergl. die Anwendung in dem Erk. dess. v. 10. Nov. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XI, S. 43). Die Behauptung des Herausgebers der III. Ausgabe der Ergänzungen in einer Note zu §. III: daß dieses Pr. durch das nachher publicirte neue Westpreußische Provinzialrecht, in Beziehung auf das Landrecht von 1721 werthlos geworden, ist ungegründet: dieses L.R. hat noch jetzt Geltung in einzelnen, früher zu Westpreußen gehörig gewesenen Landestheilen, z. B. in dem Lauenburger und Bütower Kreise von Hinterpommern. Vergl. Anm. 12, Abs. 2. b) Nur der Text des Gesetzbuchs, nicht die dabei befindlichen Anmerkungen, namentlich nicht die in dem Jus culmense ex ultima revisione (Hannow'sche Ausgabe von 1767) befindlichen Anmerkungen, haben auch dort, wo das Kulmische Recht als Statutarrecht gilt, verbindliche Kraft. Pr. 2180a, vom 12. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 312).

9) Nämlich die rein privatrechtlichen, nicht diejenigen, wobei das öffentliche Interesse irgendwie betheiligt ist: diese werden im ganzen Staate nach einer und derselben Vorschrift geregelt. Pr. vom 11. April 1840 (Entsch. VI, 86); meine Beurtheilung S. 412. Dahin gehören auch die Vorschriften §§. 780 ff., II, 2. R. v. 1. März 1833 und K.O. vom 5. August 1833 (Jahrb. XLII, 124). Die Anwendung des Grundsatzes erfreut sich jedoch keiner Gleichmäßigkeit. Die Vorfluthsachen berühren gewiß in mehrfacher Hinsicht das öffentliche Interesse. Dennoch hat man, nach vorherigem Meinungswechsel, angenommen, daß die besonderen Provinzialverordnungen über Verschaffung der Vorfluth, namentlich das Schles. Vorfluthsedikt vom 20. Dez. 1746 durch die Einführung des A. L.R. nicht aufgehoben seien. Pl.-Beschl. (Pr. 2173) des Obertr. vom 7. Jan. 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 53). Das Gleiche ist der Fall mit dem Landstraßen- und Brückenrechte, obgleich in diesen Angelegenheiten die verrotteten, dem mittelalterlichen Staatsrechte angehörigen provinziellen Grundsätze dem modernen Staate und den jetzt herrschenden staatsrechtlichen Theorien und Grundsätzen geradezu widerstreben. Man wendet ja auch, obgleich die provinziellen Strafgesetze grundsätzlich nicht gelten sollen, dergleichen Bestimmungen, z. B. die aus der alten Schles. Forstordnung, noch an.

(4. A.) Die Vorschrift des §. III über die hauptsächliche Geltung der Provinzialgesetze und Statuten bezieht sich zunächst nur auf Privat- und Vermögensrechte, wogegen die subsidiäre Natur des A. L.R. nicht unbedingt da anzunehmen ist, wo es sich um ein aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und Ordnung erlassenes, die Beamten einer bestimmten Kategorie betreffendes Verbotsgesetz handelt. Erk. des Obertr. v. 9. Nov. 1855 (Entsch. Bd. XXXII, S. 184 und Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 306). Betrifft den Erwerb des Bergeigenthums seitens der Bergbeamten. Vergl. II, 16, §§. 138, 139 und Anm. 48 dazu.

10) Vergl. §. 61 der Einleitung u. c. 1 de constitutionibus in 6 (I, 2).

11) Und wenn auch dieses keine Norm bietet, soll nach der Analogie entschieden werden. §. 49 der Einleitung. Fehlt es auch daran, so geht man auf das vorlandrechtliche Gemeine Recht zurück, sofern dasselbe in Beziehung auf die betroffenen Rechtsverhältnisse mit den allgemeinen Grundsätzen des A. L.R. nicht im Widerspruch steht. Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 100.

12) Freilich wohl zum Ueberflusse; denn es ist so gut, als wäre diese Bestimmung gar nicht ge-

## V.

Es sollen daher da, wo es bisher noch nicht geschehen ist, die Landes-Justizkollegien mit den Deputirten der Stände ohne allen ferneren Zeitverlust sich zusammen-

---

geben worden, da noch nach einigen und funfzig Jahren nicht mehr als zwei Provinzialrechte, nämlich das Ostpreußische 1801 und das Westpreußische 1844 zu Stande gekommen sind.

(4. A.) 1863 ist für die Provinz Posen eine Rechtseinheit eingeführt. In dieser Provinz soll das A. L.R. als Prinzipalrecht gelten. Es wurden jedoch bald nach 1815 folgende damals zur Provinz Westpreußen gehörige Ortschaften zur Provinz Posen gelegt: 1. Kreis Czarnikau: die Ortschaften Mischke, Korda, Mariendorf, Ehrbasdorf, Filehner Schloß, Filehner Papiermühle, Lukatz, Kiehnwerder, Retschin, Koppenhof, Andreas Steinborn, Drager Theerofen, Rodmannsgut, Stephanowo, Glashütte, Fissahn, Proselel, Proseleler Mühle, Neu-Hochzeit, Königs Theerofen, Drager Schneidemühle, Selchow, Selchower Hammer, Hanfelde, Eichberg, Groß-Drensen, Klein-Drensen, Klein-Kotten, Ruhls Theerofen, Groß-Kotten, Kottenhammer, Springmühle, Schulzenbruch, Groß-Lubs, Klein-Lubs, Gornitzer Mühle, Stradahn, Dorf und Theerofen, Freigut Günterowo, Richlichsche Mühle, Dorf und Mühle Niekosk, Oberförsterei Richlich, Försterei zu Niewerder, Niekosken, Lemnitz nebst Mühle, Rosenmühle, Kolonie Gronitz, Mittelmühle. 2. Kreis Chodziesen: die Ortschaften Schönfeld, das Mühlengut bei Schönfeld, das Freigut Gönne. 3. Kreis Wirsitz: die Ortschaften Ratai mit dem Dorfe, der Mühle und der Walkmühle Pieznow und das Dorf Zabartowo. (Mot. zum nachf. Gesetze, Drucksachen des Abgg.-H. v. 1863, Nr. 79, S. 9.) — In diesen Landestheilen blieben damals das durch die V. v. 14. Okt. 1773 in Westpreußen eingeführte preußische Landrecht vom Jahre 1721 und die Regierungsinstruktion vom 21. Sept. 1773 in Geltung, wurden auch nicht bei der Einführung des revidirten Westpreußischen Provinzialrechts vom 9. April 1844 beseitigt, waren aber im Verlaufe der Zeit von nahezu 50 Jahren in Vergessenheit und somit thatsächlich außer Anwendung gekommen. Nun sind sie durch das folgende Gesetz formell aufgehoben und durch das A. L.R. ersetzt worden.

Gesetz wegen Aufhebung des Preußischen Landrechts vom Jahre 1721 und der Instruktion für die westpreußische Regierung vom 21. September 1773 in den zu der Provinz Posen gehörenden Landestheilen. Vom 5. Juni 1863. (S.G. S. 374.)

Wir ꝛc. verordnen zur Herstellung eines den gegenwärtigen Bedürfnissen entsprechenden Rechtszustandes für diejenigen Landestheile der Provinz Posen, in welchen das Landrecht von 1721 bisher noch Gültigkeit hatte, was folgt:

Art. I. Das preußische Landrecht vom 27. Juni 1721 und die Instruktion für die westpreußische Regierung v. 21. Sept. 1773 werden, soweit solche noch jetzt in Kraft sind, mit dem 1. Okt. 1863 in den zur Provinz Posen gehörenden Ortschaften, welche früher zu Westpreußen gehört haben, aufgehoben.

Art. II. An die Stelle der aufgehobenen Rechte (Art. I) treten die Vorschriften unseres Allgemeinen Landrechts nebst den dasselbe erläuternden, ergänzenden und abändernden Bestimmungen. Unter Eheleuten findet die allgemeine Gütergemeinschaft statt.

Art. III. Die in den §§. VIII. IX und X des Publikationspatents zum Allgemeinen Landrechte vom 5. Febr. 1794 aufgestellten Grundsätze finden auch auf das bisherige Provinzialrecht Anwendung.

Art. IV. Das Verhältniß der Eheleute, welche sich vor dem 1. Oktober 1863 verheirathet haben, soll in Ansehung der Rechte und Pflichten unter Lebendigen, sowie der Grundsätze über die Vermögensauseinandersetzung bei Trennung der Ehe durch richterliches Erkenntniß nach den Gesetzen, welchen die Eheleute zur Zeit der geschlossenen Ehe unterworfen waren, bestimmt werden. Bei der Erbfolge hingegen, sofern dieselbe nicht auf Verträgen oder letztwilligen Verordnungen beruht, soll der überlebende Ehegatte die Wahl haben, ob er nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe geltend gewesenen Gesetzen oder nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts erben wolle.

Art. V. Die Verjährung soll in denjenigen Fällen, in denen sie vor dem 1. Oktober 1863 vollendet ist, nach den bisherigen Rechten beurtheilt werden, wenn auch die daraus entstehenden Befugnisse oder Einwendungen erst späterhin geltend gemacht werden. In solchen Fällen aber, in welchen die bisherige gesetzmäßige Frist zur Verjährung mit dem 1. Oktober 1863 noch nicht abgelaufen ist, sollen, soweit es nicht auf die Zulässigkeit des Anfangs der Verjährung oder auf eine vor dem gedachten Zeitpunkte stattgefundene Unterbrechung ankommt, die allgemeinen Landesgesetze zur Anwendung gebracht werden.

Sollte jedoch zur Vollendung einer vor dem 1. Oktober 1863 angefangenen Verjährung in den allgemeinen Landesgesetzen eine kürzere Frist als in den bisherigen Provinzialgesetzen vorgeschrieben sein, so kann derjenige, welcher in einer solchen kürzeren Verjährung sich gründen will, die Frist nur vom 1. Oktober 1863 an berechnen.

Art. VI. Die im §. VII des Publikationspatents zum Allgemeinen Landrechte vom 5. Februar

thun; die vorhandenen, und nach dem Plane des allgemeinen Landrechts von ihnen zu ordnenden Provinzialgesetze und Statuten genau durchgehen; die Abweichungen derselben von den Vorschriften des besagten allgemeinen Landrechts gehörig bemerken; und sodann gemeinschaftlich erwägen: welche von diesen Abweichungen ferner beibehalten, und in das besondere Gesetzbuch der Provinz nothwendig aufgenommen werden müssen. Nach den darüber abzufassenden Beschlüssen soll alsdann jedes Landes-Justizkollegium das besondere Gesetzbuch für seine Provinz entwerfen, und diesen Entwurf innerhalb der bestimmten Frist, zur Vorlegung bei der Gesetzkommission, sodann aber zu Unserer Höchsteigenen weiteren Verfügung und Bestätigung einsenden [13]).

## VI.

Was dabei, ingleichen

Bei dieser Bearbeitung sollen jedoch die Kollegia und Stände mit allem Fleiße darauf sehen, daß die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen mit der allgemeinen so viel als möglich in Gleichförmigkeit gebracht; die bisherige in so mancher Rücksicht höchst nachtheilige Verschiedenheit und Ungewißheit der Rechte nicht ohne Noth fortgepflanzt, noch auf bloße in einzelnen Fällen ergangene und oft sehr wider einander laufende Präjudikata blindlings Rücksicht genommen; vielmehr abweichende Bestimmungen nicht anders, als aus sehr erheblichen Gründen, welche etwa auf die besondere Verfassung, natürliche Beschaffenheit und Lage der Provinz, oder auf gewisse eigenthümliche Arten von Gewerben und Beschäftigungen der Einwohner, oder endlich auf gewisse ursprüngliche, ohne Nachtheil wohlerworbener Rechte nicht aufzuhebende Einrichtungen und Anstalten sich beziehen, in die Provinzialgesetzbücher aufgenommen werden. Insonderheit aber haben die Kollegia und Stände bei diesem Geschäfte ihr Augenmerk auf diejenigen Stellen des allgemeinen Landrechts zu richten, wo eben, wegen der obbemerkten Verschiedenheiten, keine allgemeine Vorschriften ertheilt, sondern die näheren Bestimmungen den Provinzialgesetzen ausdrücklich vorbehalten sind.

## VII.

wegen der Gewohnheitsrechte besonders zu beobachten.

Bei der Entwerfung der Provinzialgesetzbücher ist zwar auch auf die Gewohnheitsrechte und Observanzen [14]), welche in dieser oder jener Provinz, oder an einzelnen

---

1794 angeordnete Suspension einzelner in den drei ersten Titeln des zweiten Theils des Allgemeinen Landrechts enthaltenen Bestimmungen hört, soweit sie noch bestanden hat, mit dem 1. Oktober 1863 auf.

(5. A.) Das Gleiche ist für die hinterpommerschen Kreise Lauenburg und Bütow, und für die in den Kreisen Belgard, Dramburg und Neustettin belegenen Ortschaften, welche früher zu Westpreußen gehörten und wo bisher auch noch jenes Landrecht nebst der westpreußischen Regierungsinstruktion als Prinzipalrecht galt, durch das Gesetz vom 4. August 1865 (G.S. S. 873) geschehen. Dasselbe enthält zugleich die aufrecht erhaltenen Bestimmungen des bisherigen Provinzialrechts. — Dann sind schließlich einige, in einem Theile Westpreußens noch bisher geltend gewesenen Bestimmungen der Instruktion für die westpreußische Regierung vom 21. September 1773 über die Erbfolge des Adels aufgehoben und an die Stelle derselben die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts durch das Gesetz vom 5. Februar 1869 (G.S. S. 329) gesetzt.

13) Der in diesem §. vorgeschriebene Modus kann für die noch rückständigen Provinzialgesetzbücher nicht mehr zur Anwendung kommen, so lange das Staatsgrundgesetz v. 31. Januar 1850 besteht und die Ständevertretung abgeschafft ist. ([3. A.] Die Provinzial-Stände-Vertretung ist ohne Weiteres durch Min.-Verf. wieder in Thätigkeit gesetzt, indem man sie mit der Verf.-Urk. für verträglich hält.) Ueber die Geschichte der bisherigen Bestrebungen: Krause, Bericht über die Provinzial-Gesetzgebung (Jahrb. Bd. XVIII, S. 99 ff.); Homeyer, Recension der v. Kamptzschen Provinzial- und statutarischen Rechte (Jahrb. Bd. XXXV, S. 85 ff.) und die Uebersicht der Revision der Gesetzgebung von 1831 bis 1841, Berlin 1842, Abschn. II, auch in den Jahrb. Bd. LVIII abgedruckt.

14) Gewohnheitsrechte, „welche in dieser oder jener Provinz stattgefunden haben", sind ungeschriebene Provinzialrechte, und Observanzen, welche „an einzelnen Orten stattgefunden haben", sind ungeschriebene Statutarrechte im Sinne des §. III. Vergl. Note 7. Dieser Unterschied ist zwischen Gewohnheitsrechten und Observanzen. Zwischen „Gewohnheiten" und Observanzen ist im Sinne des §. VII kein anderer Unterschied als der zwischen Gattung und Art. Unter „Gewohnheiten" versteht der Verfasser im Allgemeinen beide Arten ungeschriebenen Rechts, wie aus den weiterhin folgenden Bezeichnungen „wohlhergebrachte Gewohnheiten eines Orts (Statutarrecht) oder Distrikts" (Provinzial-

Orten bisher [15]) stattgefunden haben [16]), die erforderliche Rücksicht zu nehmen; dergestalt, daß dieselben ebenfalls gesammelt; in wiefern ihnen nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen [17]) die Eigenschaft einer rechtsgültigen Observanz [18]) wirklich zukomme,

---

recht) erhellet. (4. A.) Die Observanz, als eine Art des Gewohnheitsrechts, bildet nur Rechtsnormen für gegebene Rechtsverhältnisse; zur Erwerbung bestimmter Gerechtsame zwischen einzelnen Privatpersonen durch Besitz ist nur die Verjährung geeignet. Erk. des Obertr. vom 11. Mai 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VII, S. 9). (4. A.) Zwischen einzelnen bestimmten Personen, die sich als Berechtigte und Verpflichtete gegenüberstehen, kann eine Observanz als eine Art des Gewohnheitsrechts sich nicht bilden, vielmehr bedarf es zur Begründung der Rechte und Pflichten derselben gegeneinander eines geeigneten besonderen Rechtstitels. Erk. des Obertr. v. 13. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 128).

15) Nur bisher. Nach Einführung des A. L.R. kann sich eine den Bestimmungen desselben entgegenstehende Rechtsgewohnheit nicht mehr ausbilden. Pr. des Obertr. 678, vom 26. April 1839. Vergl. Einleitung §§. 60 und 49 und Pr. v. 18. Febr. 1837 (Entsch. II, 238). — Ununterbrochene Gewohnheiten, denen keine provinzialrechtliche Bestimmung entgegensteht, findet in den Fällen, wo das A. L.R. sie ausdrücklich in Bezug nimmt, auch dann, wenn sie erst nach dessen Erscheinen sich gebildet haben, mit voller rechtsverbindlicher Kraft Anwendung. Pr. 1391, v. 2. Jan. 1844 und Pr. v. 19. Juni 1848 (Entsch. XVII, 366). Vergl. Einl. §. 4. (4. A.) Unter den Gewohnheiten, „denen keine provinzialrechtliche Bestimmung entgegensteht", sind diejenigen gemeint, denen — insofern in der betreffenden Provinz in Gemäßheit des §. VII ein Provinzialgesetzbuch erlassen ist — nicht eine in dieses Provinzialgesetzbuch für den betreffenden Ort oder den betreffenden Distrikt aufgenommene Gewohnheit entgegensteht. Erk. des Obertr. vom 16. Juli 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 11).

16) Zur Feststellung einer Rechtsgewohnheit (Gewohnheitsrecht oder Observanz) sind alle nach den Gesetzen an sich statthaften Beweismittel zulässig, wenn über die Existenz einer solchen zwischen Parteien Streit entsteht (Proz.-O. Tit. 10, §. 55. M. Priv.-R. §. 29); namentlich auch ältere Rechtssprüche und Zeugnisse bewährter Schriftsteller (Schles. Arch. II, S. 480, 485 und IV, S. 295). — Zum Beweise einer Lokalobservanz, wodurch die Verpflichtung eines einzelnen Grundbesitzers gegen einen Dritten festgestellt werden soll, etwas zu thun oder zu leisten, wie z. B. die Laudemialpflicht, oder die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Zählgeldern bei Besitzveränderungen in Schlesien, genügt es nicht, daß dargethan werde, als sei die streitige Abgabe von anderen Grundstücken gleicher Art entrichtet worden, vielmehr muß sich der Beweis auch dahin erstrecken, daß die geforderte Abgabe von dem in Anspruch Genommenen wenigstens einmal bereits entrichtet worden sei. — Dieser Beweis ist jedoch nicht der einer Fundalobservanz, vielmehr ist der Zweck desselben nur der, die Ueberzeugung zu gewinnen, daß der Belangte die, für die streitige Verpflichtung von dem Berechtigten angeführte Ortsobservanz als eine allgemein gültige, auch ihn verpflichtende, wenigstens stillschweigend anerkannt habe, indem sonst die Handlungen der übrigen Ortsbewohner, mit denen er in keinem gemeinsamen Rechtsverhältnisse steht, für ihn unverbindlich sind. Pr. 824, vom 8. Februar 1840. Das entspricht völlig der Entstehung des Statutarrechts. Eine bestimmte Anzahl von Jahren ist zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts keineswegs erforderlich (Schles. Arch. IV, 409), noch weniger eine Bestätigung in contradictorio. R. v. 7. Nov. 1804 (N. A. III, 280); nur muß Gleichmäßigkeit des Verhaltens derer, gegen welche dasselbe angewendet werden soll, in allen, in einem gewissen Zeitabschnitte vorgekommenen Fällen stattgefunden haben (Schles. Arch. IV, 295). (5. A.) Aus dem Umstande jedoch, daß ein Verhältniß lange Zeit so und nicht anders bestanden, folgt an sich noch nicht die Existenz eines Gewohnheitsrechtes. Erk. des Obertr. vom 19. September 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 169). S. die folg. Anm. 17.

17) Hierdurch wird ausdrücklich auf die Erfordernisse verwiesen, welche die Rechtswissenschaft zur Gültigkeit einer ungeschriebenen Rechtsnorm voraussetzt. Solche sind: a) mehrere Handlungen, b) Gleichförmigkeit derselben, c) ununterbrochene Wiederkehr bei den dazu vorgekommenen Gelegenheiten, d) durch eine lange Zeit, e) vermöge einer allgemeinen Rechtsansicht. (4. A.) Etwa dasselbe ist es, was das Obertr. in dem Pl.-Beschl. v. 6. Dez. 1852 (Anm. 38, VIII zu §. 710, Tit. 11, Th. II) meint, indem es sagt, daß bindende Gewohnheiten und Observanzen nur aus einer größeren Zahl gleichmäßiger, in der Meinung der Rechtsnothwendigkeit vorgenommener Handlungen erkannt werden können. — Zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts ist eine bestimmte Anzahl von Jahren nicht erforderlich, vielmehr fällt die Frage: ob gewisse Handlungen eine Gewohnheit geworden, und welcher Zeitraum zur Begründung einer Gewohnheit erforderlich und genügend sei, lediglich dem durch die Einzelheiten des bestimmten Falles bedingten richterlichen Ermessen anheim. Erk. des Obertr. vom 22. Mai 1857 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 312 und Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 325). Hiernach scheint das Obertribunal seine Theorie, welche es in einem Erk. vom 22. Sept. 1854 zur Geltung gebracht hat, wieder aufgegeben zu haben. Dort wird ausgeführt, daß Observanzen in kirchlichen Gemeindeverhältnissen zwar schon aus zwei gleichartigen Fällen erwiesen werden können, daß sie jedoch eines verjährungsmäßigen, wenn auch nicht eben dreißigjährigen Zeitverlaufs bedürfen. Zur Begründung

sorgfältig erwogen; die Erheblichkeit und Nutzbarkeit derselben, nach den §. 6 vorgeschriebenen Grundsätzen genau geprüft, und diejenigen, deren Beibehaltung nothwendig [19]) gefunden wird, in das Provinzialgesetzbuch gehörigen Orts eingerückt werden.

Nach Ablauf des §. 4 bestimmten Zeitraums [20]) aber soll auf dergleichen ungeschriebene Rechte, oder vermeintliche Observanzen, welche von den Vorschriften des allgemeinen Landrechts abweichen, nur in so fern Rücksicht genommen werden, als sie entweder den Provinzialgesetzbüchern einverleibt sind, oder das allgemeine Landrecht selbst darauf, wie bei verschiedenen Materien geschehen ist, ausdrücklich in der Art verwiesen hat, daß die gesetzlichen Bestimmungen nur für den Fall gegeben worden, wenn über den Gegenstand durch wohlhergebrachte Gewohnheiten eines Orts oder Distrikts nicht ein anderes eingeführt wäre. Außer diesen beiden vorstehend bestimmten Ausnahmen aber sind Wir die Berufung auf Observanzen, welche dem Gesetze widersprechen, und die gemeinschädliche Ungewißheit der Rechte verewigen, nach dem Ablaufe des vorgedachten Zeitraumes ferner zu dulden nicht gesonnen. Was hingegen diejenigen Observanzen betrifft, welche nicht wider die Gesetze sind, sondern nur etwas bestimmen, was in den Gesetzen unentschieden gelassen worden; so mag es dabei, nach Maßgabe des §. 4 der Einleitung zu diesem allgemeinen Landrechte, bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung, auch noch ferner sein Bewenden haben [21]).

Da Wir auch vernehmen, daß in einigen einzelnen Provinzen über die im allgemeinen Landrechte vorkommenden Abweichungen von den Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Gesetze, besonders in Ansehung der Familien- und Successionsrechte, annoch Bedenklichkeiten obwalten sollen: so erklären Wir hierdurch:

daß Wir in Ansehung dieser in den drei ersten Titeln des zweiten Theils dieses allgemeinen Landrechts vorkommenden Abweichungen von gewissen einzelnen Vorschriften des Römischen, oder gemeinen Sachsenrechts, den Ständen solcher Provinzen noch gestatten wollen, sothane Bedenklichkeiten, bei den Konferenzen über ihre Provinzialgesetzbücher, anderweit vorzutragen; und daß daher diejenigen Stellen dieser drei ersten Titel des zweiten Theils, welche dergleichen Abweichungen enthalten, vor der Hand, und während des obbestimmten zweijährigen Zeit-

---

einer Gewohnheit in kirchlichen Genossenschaften sei ein wenigstens zehnjähriges Herkommen erforderlich. (Archiv f. Rechtsf. Bd. XV, S. 21.) Diese alte längst vergessene Idee von verjährungsmäßigem Zeitverlaufe als Erforderniß einer Gewohnheit ist schon von dem Herausgeber des Archivs a. a. O. S. 26 in der Note bekämpft. — Das Nähere: Privat-Recht §. 28. Vergl. unten II, 11, §. 710 und die Anm. 37 dazu.

18) Oder eines gültigen Gewohnheitsrechts; denn es wird hier von beiden Arten des ungeschriebenen Rechts gehandelt, wie der Anfang dieses Paragraphen ausdrückt.

19) Oder nützlich. Denn sonst hätte die unmittelbar vorher gehende Vorschrift, daß auch die „Nutzbarkeit" geprüft werden solle, keinen Zweck. Uebrigens kommt darauf nichts an, da die Vorschrift bloße Instruktion ist, und die letzte Entscheidung von purer Willkür abhängt.

20) Insoweit nämlich bis dahin die Provinzialgesetzbücher fertig geworden. Der Scheidepunkt ist nunmehr für jede Provinz die Einführung ihres Provinzialgesetzbuchs. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. II, S. 238 u. Erk. des Obertr. vom 16. Novbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 40), auch Erk. dess. vom 18. Juni 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 249).

21) Wo das Provinzialgesetzbuch eingeführt ist, da gilt die Regel, daß kein ungeschriebenes Provinzial- oder Statutarrecht mehr Kraft hat, ausgenommen: a) dasjenige, auf welches das A. L.R. selbst an einzelnen Stellen verweist, und welches sich auch noch nach der Einführung des A. L.R. ausbilden kann (Note 15), und b) dasjenige, welches etwas bestimmt, was das geschriebene allgemeine oder Provinzialrecht unentschieden gelassen hat (Observanzen praeter legem). Die zweite Ausnahme bezieht sich jedoch, nach dem Wortlaute, nur auf Observanzen, so daß, wo diese fehlen, nach §. 49 der Einleitung, der Rechtsfall nach Analogie oder nach dem früheren G. R. entschieden werden müßte. Doch muß wohl auch bei dieser zweiten Ausnahme angenommen werden, daß sich dergleichen Observanzen noch nach Einführung des A. L.R. ausbilden können. Pr. des Obertrib. v. 19. Juni 1848, Nr. II (Entsch. Bd. XVII, S. 366) u. vom 18. Juni 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 249). Die Entstehung eines neuen (allgemeinen) Gewohnheitsrechts ist nicht zugelassen. Einl. §§. 3. u. 4.

raums, bei den Gerichtshöfen noch nicht zur Anwendung gebracht werden sollen[22]).

Wir verstehen inzwischen hierunter nur solche Vorschriften des allgemeinen Landrechts, welche das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig recipirt gewesenen römischen oder andern fremden Gesetzes enthalten; keineswegs aber solche Stellen, welche bloß den bisher üblichen Meinungen einiger Rechtslehrer widersprechen; oder einer gewissen Erklärungsart dieses oder jenes römischen oder andern fremden Gesetzes den Vorzug beilegen; oder gar nur bisher schon zweifelhaft gewesene Rechtsfragen bestimmen; allermaßen Wir ausdrücklich wollen, daß Vorschriften dieser letztern Art[23]) sogleich nach dem 1. Junius 1794 in die volle gesetzliche Kraft eintreten sollen.

Auch verordnen Wir, daß in sofern Vorschriften des allgemeinen Landrechts, in vorbesagten drei Titeln die äußere Form gewisser Handlungen auf eine von den bisherigen subsidiarischen Rechten verschiedene Art bestimmen, rechtliche Handlungen dieser Art, welche während des zweijährigen Zeitraums vorgenommen worden, in Ansehung ihrer äußern Form und Feierlichkeit gültig sein sollen, sobald dabei entweder die Vorschriften des bisherigen subsidiarischen Gesetzes, oder auch die Verordnungen des gegenwärtigen allgemeinen Landrechts beobachtet worden[24]).

## VIII.

Das neue Landrecht soll auf vergangene Fälle nicht bezogen werden.

So wie überhaupt ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht bezogen werden mag[24a]), so soll dieser Grundsatz auch bei der Anwendung des gegenwärtigen Land-

22) Die hierdurch verordnete Suspension dauert noch fort in der Churmark Brandenburg, in der Neumark mit Einschluß des Kottbusser Kreises, und in den Theilen von Hinterpommern, in welchen das Pr. Landrecht von 1721 als Provinzialrecht gilt. S. o. Note 8.

23) Die Vorschriften dieser letzteren Art bilden nicht den Gegensatz zu den erstgedachten Stellen, „welche das gerade Gegentheil" des bisherigen Rechts enthalten und deshalb suspendirt sein sollen, vielmehr bestimmen sie diejenigen recipirt gewesenen fremden Gesetze näher, welche noch fortgelten sollen, wenn das A. L.R. das Gegentheil derselben vorschreibt. Das ist freilich eine Thatsache, diese Thatsache wird jedoch nicht nach dem Wortlaute verstanden. Das G. R. läßt z. B. die Klage aus der Schwängerung in 30 Jahren verjähren. Das gerade Gegentheil hiervon müßte doch, sollte man meinen, Ausschließung der Verjährung sein. Nein. Der §. 1083, II, 1 schreibt eine zweijährige Verjährung vor, und das wird für das „gerade Gegentheil" genommen. Deshalb gilt die Vorschrift für suspendirt. ([S. A.] In diesem Punkte ist übrigens die Suspension durch das G. v. 24. April 1854 beseitigt.) Nach dieser Auffassung ist es keineswegs in allen Fällen so leicht, das „gerade Gegentheil" zu erkennen, wie auch die vorgekommenen verschiedenen Meinungen und die verschiedenen Pr. des Obertrib. zeigen. Man scheint darnach die von den recipirt gewesenen unstreitigen Rechtsnormen abweichenden Vorschriften unter dem „geraden Gegentheile" zu verstehen. Darin müßte man beistimmen, denn der Ausdruck ist keineswegs glücklich gewählt. Man spricht noch davon, daß auch die Stellen, welche nicht contra, sondern praeter jus commune etwas verordnen, nicht suspendirt seien. Das ist eben so unbestimmt. Wer die Rechtsinstitute als organische Ganze auffaßt, und darnach die einzelnen Satzungen versteht, wird Vieles für zugehörig ansehen, was der Buchstabenausleger ohne alles Bedenken für praeter jus commune erklärt.

24) Zu vergl. §. 17 der Einleitung und §. 42, Tit. 5. — Ist eine nach älteren Gesetzen zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vorgeschriebene Förmlichkeit nicht beobachtet, so wird, wenn ein neueres Gesetz von dieser Förmlichkeit absieht, das früher abgeschlossene Geschäft nicht darum allein, sondern nur dann gültig, wenn alle von dem neueren Gesetze als wesentlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind. Pr. des Obertrib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII. S. 242). — Diese Vorschrift, nach welcher frühere Verhandlungen, die wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, gültig sind, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streites dabei angetroffen werden, findet auf die Form von Verträgen keine Anwendung. Pr. 2097, v. 7. Februar 1849 (XVII, 509). Der Satz ist auf diejenigen Vertragsformen zu beschränken, welche als wesentliche gelten, d. h. die Bedeutung der Form der Abschließung (Perfektion) haben und nicht bloß zur Beglaubigung (als Beweismittel) dienen sollen. Denn in jenem Falle ist bei Nichtbeobachtung der Form gar kein Vertrag zu Stande gekommen, folglich kann, wenn ein späteres Gesetz eine andere Vertragsform vorschreibt oder gestattet, nicht davon gesprochen werden, daß dieselbe genügen soll für einen Vertrag, der nicht existirt. Das Weitere unten Note 25 zu §. 17 der Einleitung.

24a) (4. A.) Einl. §. 14. — Die an Privatpersonen verliehenen landesherrlichen Regalien sind

rechts beobachtet, und dabei im Allgemeinen nur auf die §§. 14—20 der Einleitung vorgeschriebenen Bestimmungen Rücksicht genommen werden; wie Wir denn überhaupt ausdrücklich verordnen, daß ein Jeder, welcher sich zur Zeit der Publikation dieses Landrechts in einem nach bisherigen Gesetzen gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder eines Rechts befindet, dabei gegen Jedermann geschützt, und in dem Genusse, oder in der Ausübung dieser seiner wohlerworbenen Gerechtsame, unter irgend einem aus dem neuen Landrechte entlehnten Vorwande, nicht gestört oder beeinträchtigt werden soll [25]).

---

den Beschränkungen derselben zu Gunsten der übrigen Unterthanen durch neuere Gesetze nicht unterworfen. II, 14, §. 29. Erk. des Obertrib. v. 3. Februar 1852 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. VI, S. 11).

25) Vergl. §. I, Anm. 4 und Einl. §§. 14 und 51. Der Grundsatz, daß neue Gesetze auf ältere Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden sollen (Einleitung §. 14), bestimmt die zeitlichen Grenzen der Herrschaft eines neuen Gesetzes. Die Regel ist als eine Anweisung für den Richter, nicht für den Gesetzgeber, (für diesen enthielt der Entwurf, §. 20, einen besonderen Vorbehalt, übereinstimmend mit der L. 7 C. de leg., die Stelle wurde aber als überflüssig weggelassen) aufzufassen und von jeher nicht als eine positive Vorschrift angesehen, sondern als Anleitung zur naturgemäßen Behandlung neuer Gesetze anerkannt worden [Cicero in Verrem I, 42; L. 7 C. de legibus (I, 14); c. 13 X. de constit. (I, 2)] und gilt für alle gegenwärtige und künftige Gesetze, insofern der Gesetzgeber keine Ausnahme vorgeschrieben hat, wie z. B. in der L. 3 C. de quadriennii praescr. (VII, 37) a. E. geschehen ist. Die Vorschrift (Einl. §. 14) stimmt mit dem R. R. darin überein, daß sie nicht bloß die bereits eingetretenen Wirkungen älterer Rechtsgeschäfte, sondern die Rechtsgeschäfte oder juristischen Thatsachen selbst (Handlungen und Begebenheiten — negotia, facta praeterita), damit also auch die künftigen Wirkungen derselben dem Bereiche des neuen Gesetzes entzieht. Die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes ist aber mit Grund geleugnet. v. Savigny, System, Bd. VIII, §. 384 ff. Man hat zu unterscheiden solche neue Gesetze, welche den Erwerb und Verlust der Rechte betreffen, von solchen, welche die Anerkennung oder Gestattung der Rechtsinstitute und deren Gestalt angeben. I. In Beziehung auf den Erwerb der Rechte hat die Regel Geltung: sie findet Anwendung auf bereits wirklich erworbene oder begründete Rechte und deren Wirkungen (bereits vollendete juristische Thatsachen), doch nicht auf bloße Erwartungen, zu welchen das alte Gesetz berechtigte. A. Schon erworbene Rechte. 1. Bei den bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäften oder zur Vollendung gekommenen juristischen Thatsachen sind lediglich nach dem alten Gesetze zu beurtheilen: a) die Statusrechte, daher hinsichtlich des Streits über Elternschaft und Kindschaft die zur Zeit der Geburt des Kindes geltend gewesenen Gesetze entscheiden. Erk. d. Obertrib. v. 2. Novbr. u. 12. Dezbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 262; XI, S. 106); b) die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit; c) die Form des Rechtsgeschäfts (tempus regit actum, wie v. Savigny es ausdrückt). Die Regel ist anerkannt I, 3, §. 42; doch macht hierbei das A. L.R. die im §. 17 der Einleitung gedachte Ausnahme zu dem wohlwollenden Zwecke, das Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten. 2. Bei den Zustandsrechten sind die bereits erworbenen Fähigkeiten und eingetretenen Zustände außerhalb der Einwirkung des neuen Gesetzes. Wer nach dem alten Gesetze z. B. schon volljährig ist, wird nicht wieder minderjährig, wenn ein neues Gesetz einen längeren Termin einführt. Publ.-Pat. v. 9. September 1814, §. 14 (G.S. S. 93) und alle späteren Publikationspatente; auch V. v. 1. Aug. 1817 (G.S. S. 201). 3. Im Sachenrechte verbleibt es bei allen schon erworbenen dinglichen Rechten, wenn ein neues Gesetz bloß einzelne Erwerbungsarten ändert. Wenn aber dasselbe, wie z. B. das Ablösungsgesetz v. 2. März 1850, gewisse dingliche Rechte nicht mehr anerkennt, oder gewisse Rechte nur unter einer gewissen Gestaltung zuläßt, wie z. B. das Hypothekenrecht nur in der Gestalt der Oeffentlichkeit nach dem Systeme der Hypothekenbücher, und das Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand, so tritt es allgemein in Wirkung. Führt umgekehrt ein neues Gesetz neue dingliche Rechte, die mit gewissen Rechtsverhältnissen verknüpft sein sollen, ein, so werden dadurch dieselben nicht mit den bereits bestehenden Rechtsverhältnissen ipso jure verbunden, sondern erst mit den neu entstehenden Rechtsverhältnissen erworben. Dies ist z. B. der Fall mit den Vorzugs- und gesetzlichen Pfandrechten, mit dem Rechte des Miethers und Pächters, welches ihm das L.R. gegen Dritte giebt. 4. Im Obligationenrechte ist a) das ganze Recht eines Vertrages, also auch die Bedingungen der Gültigkeit, die Wirksamkeit, die Klagerechte und Exceptionen zum Schutz und zur Anfechtung, als ein durch Abschluß des Vertrages beiden Parteien vollständig erworbenes Recht, wenngleich es betagt oder bedingt ist, erworben. Anerkannt im §. XI in den Worten: „als in Ansehung der daraus entstehenden rechtlichen Folgen", und in allen späteren Einführungspatenten von 1803 und 1814, §. 5. Davon machen auch diejenigen Anfechtungsgründe, welche in späteren Thatsachen beruhen, keine Ausnahme, welche Weber, über Rückanwendung der Ges. S. 107 behauptet. Dagegen v. Savigny VIII. S. 438 ff. Gerade für diese Fälle schreiben die Gesetze a. a. O. die Anwendung der Regel vor. Mit diesem Grundsatze in Widerspruch tritt u. A. das Pr. des Obertr. 1773, v. 21. August 1846, wonach die Mora nicht nach

## IX.

In sofern jedoch nach der Publikation des Landrechts aus einer älteren Handlung oder Begebenheit Prozesse entstehen, und die damals vorhandenen auf den vorliegen-

Doch sind ältere dunkle Gesetze nach den Grundsätzen des neuen Landrechts auszudeuten.

den Grundsätzen desjenigen Rechts, unter welchem das Schuldverhältniß begründet worden ist, sondern nach den Vorschriften des L.R., z. B. unter Anwendung der neuen Regel: dies interpellat pro homine, zur Entstehung kommen soll. Unten, Anm. 40 zu §. 68, Tit. 16. ([3. A.] Ueber die Wirkung der späteren Herabsetzung des erlaubten Zinssatzes: unten, Anm. 30 zu §. 804, Tit. 11, und Anm. 10, Satz 4 zu Art. XI des Einf.-G. v. 14. April 1851, [Th. II, Tit. 20]). b) Forderungsrechte aus unerlaubten Handlungen sind nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft die Handlung unternommen worden ist, zu beurtheilen. §. 19 der Einl. 5. Was das Erbrecht betrifft, so wird a) bei der Intestaterbfolge alles nach dem zur Zeit des Todes geltenden Gesetze beurtheilt, selbst in dem Falle, wenn ein Testament vorhanden ist, dieses aber später wegfällt, sei es wegen Entkräftung des Testaments (I, 9, §. 367), oder wegen Nichterfüllung einer auflösenden Bedingung (I, 12, §. 489). Hierin bestimmt das R. R. etwas Anderes: es kommt darnach auf die Zeit an, wo es gewiß wird, daß die testamentarische Erbfolge nicht eintritt. §. 6. J. de legit. agnat. (III, 2); L. 1, §. 8, L. 2, §. 5, L. 5 D. de suis (XXXVIII, 16). Das A. L.R. aber hat den Grundsatz: die Delation geschieht gleichzeitig allen zur Zeit des Todes vorhandenen Folgefähigen; nur die Erwerbung ist für die Entfernteren durch den Austritt der Vorberufenen bedingt. (I. 9, §§. 367 u. 406.) b) Von Testamenten wird sub B. Rede sein. c) Erbverträge werden wie Verträge nach dem zur Zeit der Abschließung geltenden Rechte beurtheilt. 6. Familienrecht. a) Ehe. aa) Die Erfordernisse einer gültigen Ehe sind, wie bei jedem Vertrage, nach den zur Zeit der Eingehung geltenden Gesetzen zu beurtheilen. Darüber ist kein Meinungsstreit, auch ist der Grundsatz anerkannt. I, 3, §. 42. Eine positive Ausnahme macht die transitorische V. v. 27. Februar 1816 (G.S. S. 122) hinsichtlich derjenigen Ehen, welche unter der Herrschaft des französischen Rechts geschlossen worden sind. Außerdem bleibt es bei der Regel. In der Anwendung sind jedoch zu unterscheiden: die zu einer wahren Ehe gehörigen wesentlichen Erfordernisse von zufälligen, sich auf den Stand beziehenden Satzungen. Hätte das alte Recht die Satzung, daß die Frau nicht die Standesrechte des Mannes haben solle, und das neue Gesetz beseitigte diese Vorschrift und verordnete das Gegentheil, so würde die Frau von Stund an diese Rechte genießen; denn diese Rechtsnorm betrifft das Sein oder Nichtsein von Rechtszuständen. Das erkennt auch die Praxis an. Entsch. des Obertrib. Bd. XIX. S. 232 ff. Darnach beantwortet sich die Frage von der Mißheirath. bb) Das Recht der ehelichen Vogtschaft ist der Einwirkung des neuen Gesetzes unterworfen, denn es betrifft die Handlungsfähigkeit (den Status) der Frau. cc) Das eheliche Güterrecht und diejenige Nachfolge, welche sich in dem Güterrechte unter Lebendigen gründet, muß, nach der richtigen Meinung, grundsätzlich durch das zur Zeit der Eingehung der Ehe am Wohnsitze des Mannes gültig gewesene Recht bestimmt werden, wogegen die wahre Intestaterbfolge sich nach dem zur Zeit des Todes geltenden Gesetze regelt. v. Savigny a. a. O. S. 495 ff. Der Grundsatz ist anerkannt unten im §. XIV, mit einer Ausnahme für einen Fall. Ebenso die späteren Einführungspatente von 1814, §§. 11, 12, und von 1816, §. 11. b) Väterliche Gewalt. aa) Die Entstehung regelt sich nach dem zur Zeit der gründenden Begebenheit (Geburt, Adoption) geltenden Rechte; bb) die persönlichen Rechte des Vaters über das Kind fallen unter die Gesetze, welche das Dasein des Rechts bestimmen; cc) die Vermögensrechte des Kindes hangen mit der Rechtsfähigkeit des Kindes zusammen und sind der Einwirkung des neuen Gesetzes unterworfen. v. Savigny, S. 501. Die transitorischen Bestimmungen in den Patenten von 1814, §. 10, und von 1816, §. 13, sind nur eine Anerkennung des Grundsatzes, keine positive Vorschrift. dd) Die Auflösung der väterlichen Gewalt regelt sich nach dem zu der Zeit gerade geltenden Gesetze. c) Uneheliche Kinder. Deren Rechte sind von den Ansprüchen der Mutter aus der Schwängerung zu trennen. Die Rechte des Kindes gegen seinen Erzeuger gründen sich, nach der landrechtlichen Ansicht, auf die Vaterschaft und hangen mit den Zustandsrechten zusammen. S. unten Anm. 30 zu §. 23. Ein Gesetz, welches diese persönliche Eigenschaft den unehelichen Kindern neu beilegt, muß deshalb auch von der Zeit, wo es in Gesetzeskraft tritt, auf alle schon vorhandenen Kinder Anwendung finden. B. Bloße Erwartungen. Hängt der Erwerb oder Verlust eines Rechts nicht von einer einzelnen, augenblicklich vollzogenen Thatsache, wie Vertrag u. s. w., sondern von einem dauernden, durch einen langen Zeitraum gleichmäßig fortgesetzten Zustande ab, und erscheint das neue Gesetz zwischen dem Anfange und dem Ende, so wird dem Grundsatze von der Nichtrückwirkung keine Gültigkeit beigelegt. Von derartigen langdauernden juristischen Thatsachen machen sich besonders die Verjährung und das Testament bemerklich. 1. Verjährung. Vor Vollendung der Verjährung ist noch kein Recht erworben; der Anfang ist nur eine Vorbereitung und begründet eine Erwartung, aber eine Erwartung, die vielen Zerstörungen ausgesetzt ist, und nicht geschützt wird. Daher tritt das neue Gesetz sogleich in Wirkung. Der einfachste und zweifellosteste Fall ist der, wenn das neue Gesetz die bisher gestattete Verjährung aufhebt. Dann wird nicht bezweifelt, daß eine Erwerbung durch Verjährung in allen Fällen, wo sie noch nicht vollendet, sofort unmöglich ist. Auch ist im umgekehrten Falle, wenn eine

den Fall anzuwendenden Gesetze dunkel und zweifelhaft sind; also, daß bisher über den Sinn und die Anwendbarkeit derselben verschiedene Meinungen in den Gerichtshö-

---

bisher unzulässige Verjährung neu eingeführt wird, kein Bedenken, das neue Gesetz sofort in Beziehung auf alle schon bestehenden — nicht erst auf die künftig zu begründenden — Rechtsverhältnisse in Wirkung treten zu lassen. Es ist auch unstreitig, daß die Einführung einer neuen Art der Unterbrechung oder die Aufhebung einer bisher zulässigen Art der Unterbrechung sogleich auf alle laufenden Verjährungen anzuwenden sei. Der Zweifel trifft den Fall der Verlängerung oder Verkürzung einer Verjährung. a) Was den Anfang betrifft, so soll dieser nicht unter dem Einflusse des neuen Gesetzes stehen, und die Frage: ob die Verjährung gültig begonnen habe, nach dem alten Gesetze zu beurtheilen sein. Wenigstens hat sich dafür die Praxis entschieden. Pr. des Obertrib. 926 vom 9. Oktbr. 1840 (Entsch. VI, 319), und Pr. v. 10. Septbr. 1849 (Entsch. XVIII, 137). Ebenso Erk. des Obertrib. vom 1. Juli 1851 (Archiv f. Rechtsfälle, Bd. III, S. 234), u. v. 4. März 1851 (Arch. f. Rechtsf., Bd. I. S. 281). Richtiger aber ist, nach allgemeinen Grundsätzen, die entgegengesetzte Meinung, weil der Anfang der Verjährung keine selbstständige juristische Thatsache ist, und das neue Gesetz aus gleichem Grunde dann, wenn es die Verjährung an andere Voraussetzungen knüpft, sofort in allen Stücken (§. XVII) zur Anwendung kommen muß, als es bei gänzlicher Aufhebung der Verjährung sogleich in Wirkung tritt. Denn die Aufhebung oder die Veränderung sind innerlich gleichartige Gesetze, nur dem Grade nach verschieden. b) Die Unterbrechung, Fortsetzung und Vollendung richten sich lediglich nach dem neuen Gesetze, unbedingt im Falle der Fristverlängerung, weil eben die Verjährung nur in dieser Weise gestattet ist. (Die zu §. XVII erwähnte Trib.-Entsch. verletzt den richtigen Grundsatz.) Im Falle der Verkürzung läßt man dem Verjährenden grundsätzlich die Wahl zwischen der Verjährung nach dem alten Gesetze, so daß er dann die abgelaufene Zeit mitrechnen kann, und zwischen der abgekürzten, von dem Tage ihrer Einführung angefangenen. Ueber die Gründe: v. Savigny, S. 431. Anerkannt für diesen Fall ist der Grundsatz ausdrücklich im Gesetze v. 31. März 1838, §. 7. (G.S. S. 249.) Vergl. unten, Anm. 44 zu §. 33. 2. Testament. Dabei kommen, wie bei der Verjährung, zwei zu verschiedenen Zeiten vorfallende Thätigkeiten (Errichtung und Tod) vor. Darüber ist vielfacher Meinungsstreit. Nach allgemeinen Grundsätzen ist Folgendes angenommen (v. Savigny, S. 451 ff.): a) Die rechtliche Fähigkeit des Testators muß zur Zeit der Errichtung und zur Zeit des Todes vorhanden sein. Davon weicht das L.R. ab, indem der Nachtheil der zur Zeit der Errichtung vorhandenen rechtlichen Unfähigkeit durch spätere Hebung des Mangels beseitigt wird. I, 12, §. 13. Für den umgekehrten Fall erkennt der §. 14 die Regel an. b) Die natürliche Fähigkeit muß bloß zur Zeit der Errichtung vorhanden sein. Damit stimmt das L.R. überein, §§. 11 u. 12 a. a. O. c) Die Gültigkeit des Inhalts wird lediglich nach der Zeit des Todes beurtheilt. Richtig angewendet in dem Publ.-Pat. v. 1814, §. 6 und von 1816, §. 8, und in dem Erk. des Obertr. v. 3. April 1857 (Arch. f. Rechtsf., Bd. XXIII, S. 352). d) Die persönliche Fähigkeit des Eingesetzten ist lediglich nach der Zeit des Erbanfalls zu beurtheilen. Der Grundsatz ist anerkannt I, 12, §. 43 u. §. 8. des Einf.-Pat. von 1816, indirekt auch §. 452, Tit. 11. e) Die Form richtet sich ganz nach den Gesetzen zur Zeit der Errichtung. Das versteht sich schon deshalb, weil kein Mensch wissen kann: ob künftig eine andere Form und was für eine vorgeschrieben sein wird. Die Regel ist in den Einf.-Patenten anerkannt, daneben gilt aber die zum wohlwollenden Zwecke der möglichsten Aufrechterhaltung im §. 17 der Einl. vorgeschriebene Ausnahme, daß die mildere Form des neuen Gesetzes, wenn solche angetroffen wird, genügen soll. Das Obertrib. sagt in einem Erk. v. 6. März 1855: Nicht bloß rücksichtlich der Form, sondern auch rücksichtlich der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen eines Testaments sind die zur Zeit und am Orte der Errichtung des Testaments geltenden Gesetze, nicht aber die der Zeit und des Orts, wo der Erbanfall sich ereignet, maßgebend (Archiv f. Rechtsf., Bd. XVI, S. 270). Was den zweiten Gegenstand, die „materielle Gültigkeit der einzelnen Anordnungen", betrifft, so ist der Satz in dieser Allgemeinheit keine Rechtswahrheit. Die materielle Gültigkeit hängt ab: von der natürlichen und von der rechtlichen aktiven Testamentsfähigkeit; von der gleichen passiven Testamentsfähigkeit; von dem Inhalte der Verordnung. Diese verschiedenen Gegenstände unterliegen nicht einer gleichen Rechtsregel. Und was für ein Ort ist zu verstehen unter dem Orte: „wo der Erbanfall sich ereignet"? Doch nicht etwa jeder Ort, wo der Erblasser zufällig stirbt? II. Was das Dasein der Rechte betrifft, so hat der Grundsatz von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze keine Gültigkeit. Wenn ein neues Gesetz ein Rechtsinstitut nicht mehr anerkennt oder umbildet, so tritt es grundsätzlich sogleich in Wirkung. Dahin gehören die Bestimmungen: 1. über Einschränkungen der Freiheit der Person und des Eigenthums; 2. über die persönlichen Verhältnisse der Eheleute und über die Trennung der Ehe (vergl. die Einf.-Pat. v. 1814, §. 9 und von 1816, §. 11); 3. über die väterliche Gewalt und über die hausherrliche Gewalt über das Gesinde; 4. über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Schenkungen unter Eheleuten; 5. über die Fortdauer gewisser Modifikationen des Grundeigenthums, namentlich von Fideikommissen und Lehen, sowie über andere dingliche Rechte und deren Formen, z. B. des Zehntrechts, und über die Umwandlung der röm. Pfandrechte in pr. Hypothekenrechte, wobei es Sache der Gesetzgebungspolitik ist, Rechtsverletzungen zu verhüten. v. Savigny, S. 531. (3. A.) Hiermit stimmt die Praxis des Obertrib. nach dem Erk. v. 11. Dezember 1854 über-

fen stattgefunden haben[26]): so soll derjenigen Meinung, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt, oder denselben am nächsten kommt, der Vorzug gegeben werden[26a]).

## X.

Wie es wegen der zu Zeit der Publikation noch schwebenden älteren Fälle und Rechtsangelegenheiten zu halten sei; insonderheit

Da auch die Fälle sich häufig ereignen dürften, wo die Handlung oder Begebenheit, aus welcher streitige Rechte unter den Parteien entspringen, zwar schon vor der Publikation des Landrechts sich ereignet haben; die rechtlichen Folgen derselben aber erst nachher eintreten: so finden Wir nöthig, wegen solcher Fälle nachstehende nähere Bestimmungen festzusetzen:

Es soll nämlich in dergleichen Fällen jederzeit darauf Rücksicht genommen werden: ob es noch in der Gewalt desjenigen, von dessen Rechten oder Pflichten die Rede ist, gestanden, und bloß von seinem freien Entschlusse abgehangen habe, die rechtlichen Folgen der früheren Handlung oder Begebenheit, durch Willenserklärungen oder sonst, zu bestimmen, und auf andere Art, als in dem neuen Landrechte geschehen ist, festzusetzen; oder ob eine solche abändernde Bestimmung in der Gewalt und einseitigen Entschließung desjenigen, den die Handlung oder Begebenheit angeht, nicht mehr gestanden habe?

Im letztern Falle sollen die auch später eintretenden rechtlichen Folgen dennoch nur nach den älteren Gesetzen, welche zur Zeit der vorgefallenen Handlung oder Begebenheit gültig gewesen sind, beurtheilt werden[27]).

Im erstern Falle hingegen soll, wenn auch die Handlung oder Begebenheit älter, aber keine solche abändernde Bestimmung vorhanden wäre[28]), bei Beurtheilung der erst nach dem 1sten Junius 1794 eintretenden rechtlichen Folgen, dennoch nur die Vorschrift des gegenwärtigen neuen Landrechts Anwendung finden.

---

ein, wo der Satz begründet und angewendet worden ist: „Eine unter der Herrschaft des A. L.R. begangene Felonie wird nicht nach dem gemeinen, sondern nach dem Lehnrechte des A. L.R. beurtheilt, sollte gleich das Lehn vor dem Eintritte des letzteren begründet worden sein." (Entsch. Bd. XXIX, S. 358.)

Dies die Uebersicht der allgemeinen Grundsätze über die Anwendung der Regel von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze. Die folgenden §§. IX — XVIII des Publ.-Patents treffen besondere Vorsorge über solche Anwendung bei der Einführung des neuen G.B. Die Bestimmungen sind daher wesentlich transitorische, doch ist damit durchaus nicht gesagt, daß darin nicht Sätze von bleibender Natur enthalten sein könnten, vielmehr wird eine gründliche Einsicht ergeben, daß darin manche Anwendung allgemein gültiger Regeln vorgeschrieben ist.

26) Die Voraussetzungen der Anwendung dieser Bestimmung sind: ein aus einer vor Publikation des L.R. stattgehabten Handlung oder Begebenheit entstandener Prozeß, und Dunkelheit der vor Publikation des L.R. vorhandenen, durch das L.R. außer Kraft getretenen subsidiarischen Rechte und Gesetze. Keineswegs ist bei Interpretation eines jeden, außer dem A. L.R. gegenwärtig noch zur Anwendung kommenden älteren dunkeln und zweifelhaften Gesetzes, der den Vorschriften des L.R. zunächst kommenden Meinung der Vorzug zu geben. Entscheid. des Obertrib. Bd. XVI, S. 310. Vergl. Bd. XVII, S. 433.

26a) (4 A.) Die im §. IX enthaltene und auch in die späteren Publikationspatente aufgenommene Vorschrift ist auf die gemeinrechtliche Kontroverse über die Zeit und die Bedingungen, unter denen eine Servitut usukapirt werden kann, anwendbar. Erk. des Obertr. v. 19. März 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 376).

27) Die Vorschrift entspricht der Regel nach allgemeinen Grundsätzen (Note 25) vollkommen.

28) Alsdann will man sich, so wird angenommen, den Bestimmungen des A. L.R. unterwerfen. Doch wird dieser Satz durch den folgenden §. XI wieder beschränkt. Denn dieser bezieht sich nach dem Wortlaute auf alle Verträge, nicht bloß auf die einseitig unwiderruflichen, wogegen der §. X, ohne diese Beschränkung oder beziehungsweise Ausdehnung, auch die nach altem Rechte einseitig widerruflichen Verträge, wie z. B. Schenkungen unter Eheleuten, umfaßt. Die Bestimmung trifft eine etwas dunkle Ausnahme von der Regel (Note 25). Das österreichische Einf.-Pat. v. 11. Juni 1811, Abs. 5 bleibt bei dem allgemeinen Grundsatze.

## XI.

wegen der Verträge,

Es sind daher insonderheit alle[29]) Verträge, welche vor dem 1sten Junius 1794 errichtet worden, sowohl ihrer Form und Inhalte nach, als in Ansehung der daraus entstehenden rechtlichen Folgen[29a]) nur nach den zur Zeit des geschlossenen Kontrakts bestandenen Gesetzen zu beurtheilen; wenn gleich erst später auf Erfüllung, Aufhebung, oder Leistung des Interesse aus einem solchen Kontrakte geklagt würde[30]).

## XII.

In Ansehung der Testamente und anderer letztwilligen Verordnungen setzen Wir besonders fest, daß alle diejenigen, welche vor dem 1sten Junius 1794 errichtet worden, nach den Vorschriften der älteren Gesetze durchgehends[30a]) beurtheilt werden sollen, wenngleich das Ableben des Testators erst später erfolgte; und soll bei dieser Art von Verfügungen auf den Unterschied: ob eine solche Disposition in der Zwischenzeit und bis zum 1sten Junius 1794 noch hätte abgeändert werden können, oder nicht, zur Vermeidung der sonst für Unsere getreuen Unterthanen zu besorgenden großen Weitläufigkeiten und Kosten, keine Rücksicht genommen werden.

## XIII.

Die gesetzliche Erbfolge[30b]) zwischen Eltern und Kindern, auch andern Familienmitgliedern, so weit dieselbe nicht auf Verträgen, Fideikommiß-Stiftungen, Lehnskonstitutionen u. s. w. unabänderlich beruhet, sondern durch rechtsgültige Willenserklä-

---

29) Alle ohne Ausnahme. S. die vorige Note. Dazu paßt freilich das Bindewort „daher" nicht; man scheint an widerrufliche Verträge nicht gedacht zu haben.

29a) Oben, Anm. 25, Lit. A, No. I, 4.

30) Die Vorschrift enthält nichts weiter, als eine richtige Anwendung des allgemeinen Grundsatzes (Note 25). Alle rechtlichen Folgen eines Vertrages, mögen sie schon eingetreten sein, oder noch künftig eintreten, gehören zu den bereits erworbenen Rechten und sind keine bloßen Erwartungen. Das Gleiche enthalten alle späteren transitorischen Gesetze. (5. A.) Der §. XI enthält einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, welcher auch auf alle neueren Gesetze, insofern nicht in diesen besondere Ausnahmen gemacht sind, volle Anwendung findet, so daß z. B. ein unter der Herrschaft des A. L.R. mündlich geschlossener Vertrag, welcher zu seiner Gültigkeit der Schriftform bedurfte, durch Einführung des Handels-G.B., nach welchem dieser Vertrag der Schriftform nicht bedarf, nicht ohne Weiteres verbindlich wird. Erk. des Obertr. vom 9. Februar 1864. (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIII. S. 124.) In dem Erk. vom 29. November 1864 wird dies abermals auf das Dienstverhältniß zwischen Prinzipal und Handlungsdiener und die Auflösung desselben angewendet (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 324). — Dagegen erkennt dasselbe durch Erk. vom 30. Juni 1868 das Gegentheil, daß der Art. 61 des Allg. Handelsgesetzbuches auch da Anwendung findet, wo der Vertrag nicht unter der Herrschaft des Allg. Handelsgesetzbuches errichtet, vielmehr nur nach Einführung desselben fortgesetzt worden ist. Bezüglich auf diesen Widerspruch heißt es: „Daß diese (jetzige) Ausführung mit den Gründen der vom Imploranten zur Rechtfertigung seiner Nichtigkeitsbeschwerde angeführten, durch Striethorst's Archiv veröffentlichten Obertribunals-Entscheidungen vom 9. Februar und 29. November 1864 nicht im Einklange steht, ist anzuerkennen; die diesen Entscheidungen zum Grunde liegende Ansicht hat jedoch, mit Rücksicht auf die obigen Erwägungen, aufgegeben werden müssen." (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 352.)

30a) Durchgehends, also auch in Anfehung des Inhalts. Dies ist eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen (Note 25), welche bei den späteren Einführungen (Publ.-Pat. von 1814, §. 6 und von 1816, §. 8) nicht gemacht worden ist. Diese unterscheiden zwischen Form und Inhalt und schließen sich den allgemeinen Grundsätzen in beiden Beziehungen an. Die persönliche Fähigkeit ist in allen Einführungspatenten übergangen, es bleibt deshalb bei den allgemeinen Grundsätzen.

30b) Die Intestaterbfolge richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, immer nach den zur Zeit des Todes des Erblassers geltenden Gesetzen. Denn vorher hat der bezeichnete Erbe nichts weiter als eine ungewisse Erwartung, welche ebenso durch Errichtung eines Testaments, wie durch ein neues Gesetz rechtlich, und auch thatsächlich durch Verfügungen unter Lebendigen vereitelt werden kann, gleichwie die Erwartung eines eingesetzten Testamentserben durch Zurücknahme des Testaments zerstörbar, also ungewiß ist. Der §. XIII und alle späteren Einführungspatente übereinstimmend schreiben also nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes vor.

rungen des Erblassers abgeändert werden konnte, ist, wenn der Erbfall sich vor dem 1sten Junius 1794[31]) ereignet, nach den bisherigen Gesetzen, späterhin aber, wenn der Erblasser keine solche rechtsgültige Abänderung gemacht hat, nach den Vorschriften des neuen Landrechts, jedoch unter dem §. 7 bemerkten Vorbehalte[32]), zu beurtheilen.

## XIV.

wegen der Succession der Eheleute.

Das Verhältniß der Eheleute, die sich vor dem 1sten Junius 1794[33]) verheirathet haben, soll, so weit es auf Rechte und Pflichten unter Lebendigen ankommt, so wie in Fällen, wo die Ehe durch richterliches Erkenntniß getrennt wird, nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe bestandenen Gesetzen beurtheilt werden[34]). Bei der Erbfolge hingegen, insofern dieselbe nicht durch Verträge, letztwillige Verordnungen, Provinzialgesetze, oder Statuten bestimmt wird, sondern nach gemeinen Rechten anzuordnen ist, soll der überlebende Ehegatte, bei einem nach dem 1sten Junius 1794 sich ereignenden Successionsfalle, die Wahl haben: ob er nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe vorhanden gewesenen gemeinen Rechten, oder nach den Vorschriften des gegenwärtigen Landrechts erben wolle[35]).

---

31) In den beiden Ausgaben von 1794 u. 1796 heißt es „1796"; erst in der Ausgabe von 1804 ist diese Jahreszahl, auf Kircheisen's Vorschlag, der darin einen Druckfehler sah, welcher nicht vorhanden war (R. v. 25. Sept. 1795 ad 3, in Steugel, Bd. I, S. 436 ff.), in 1794 abgeändert worden. S. Simon's Zeitschr. Bd. II, S. 176. Es ist bei der §. VII verordneten Suspension gleichgültig: ob es 1794 oder 1796 heißt. Denn liest man 1794, so tritt die Suspension in Wirksamkeit; heißt es 1796, so ist die zweijährige Suspension eingerechnet.

32) Die splendid gedruckten Worte stehen nicht in der von dem Könige unterschriebenen Reinschrift des Patents. Simon a. a. O. S. 177.

33) Auch hier heißt es, in den ältesten beiden Ausgaben (Note 31), 1796. Es kommt zur Zeit nichts mehr darauf an; auch die Frage: ob Ehescheidungsursachen und Ehescheidungsstrafe nach dem alten oder dem neuen Rechte zu bestimmen sind, hat ihr praktisches Interesse verloren.

34) Diese Vorschrift bezieht sich nicht etwa auf die persönlichen Verhältnisse der Eheleute zu einander und auf die Ehescheidungsgründe, sondern auf die Güterrechte der Eheleute und auf die Grundsätze wegen Auseinandersetzung in Folge einer Ehetrennung. M. s. die späteren Einf.-Pat. von 1814, §. 9 und von 1816, §. 11. Sie entspricht mithin dem allgemeinen Grundsatze (Anm. 25). Die Ehescheidungsgründe sind übergangen. In den späteren Patenten a. a. O. findet sich gleichfalls der allgemeine Grundsatz angewendet, mit Ausnahme einiger Thatsachen, die nach dem alten Gesetze nicht die Scheidung begründen.

35) Der zweite Theil dieses §. enthält eine positive Bestimmung. Das Wahlrecht ist nur für den Fall gegeben, wenn die Ehe nicht unter der Herrschaft eines besonderen Rechts, sondern unter dem G.R. geschlossen worden ist. Das gewählte Recht muß in allen seinen Beziehungen ausschließlich zur Anwendung kommen, und es kann nicht die eine Frage nach diesem, die andere nach jenem entschieden werden. Darüber hat man bei der Gütergemeinschaft gestritten, und es hat erst eines Pl.-Beschl. (Pr. 867, vom 2. Juni 1840) bedurft, um außer Streit zu setzen, daß, wenn die Wahl auf das A. L.R. fällt, auch die Frage: was zu dem, der ehelichen Gütergemeinschaft unterworfenen Vermögen gehöre, nicht nach den zur Zeit der Eheschließung hinsichts der Gemeinschaft geltend gewesenen Grundsätzen, sondern nach den Vorschriften des A. L.R. zu entscheiden. (Entsch. Bd. V, S. 299.) (3. A.) Eine Nachbildung des Satzes des §. XIV findet sich wieder in dem Einf.-Pat. zum Westpreuß. Provinzial-Rechte, vom 19. April 1844, §. 7 und in dem Schles. G. vom 11. Juli 1845, betr. die Aufhebung der in Schlesien ꝛc. geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge, §. 8, Nr. 2 (G.S. S. 471). In Schlesien hat er die Kontroverse veranlaßt: ob unter den gemeinten Vorschriften d. A. L.R. stets dessen gemeinrechtliche Erbfolge §§. 500 ff. u. §§. 621 ff., Th. II, Tit. 1; oder diese, resp. dessen Bestimmungen bei bestandener Gütergemeinschaft §§. 634 ff. a. a. O., je nachdem die Eheleute nach den früheren Rechten in getrennten Gütern oder in Gütergemeinschaft gelebt haben, zu verstehen. Das Plenum des Obertrib. hat durch Beschl. vom 5. Novbr. 1855 das Erstere für das Richtige erklärt. (J. M. Bl. S. 416 und Entsch. Bd. XXXI, S. 198.) (4. A.) In Westpreußen hat sich der Streit wiederholt; hier aber ist die Entscheidung in letzter Instanz im entgegengesetzten Sinne ausgefallen, aus dem zutreffenden Grunde, weil das neue Provinzialrecht die provinzialrechtliche Gütergemeinschaft aufrecht erhält und nur die landrechtlichen Vorschriften über die Gütergemeinschaft an die Stelle des alten Provinzialrechts darüber setzt. S. unten, die Anm. 1, Nr. 2, lit. f. zu §. 345, Tit. 1, Th. II.

## XV.

Da in dem gegenwärtigen Landrechte bestimmt ist, daß die gesetzlichen und stillschweigenden Hypotheken zwar ihre bisherigen Vorrechte gegen den eigentlichen Schuldner und dessen Erben, so wie bei einem über das Vermögen oder den Nachlaß des Schuldners entstehenden Konkurse behalten, auf den dritten Besitzer der damit behafteten unbeweglichen Sache aber, welcher nicht Erbe seines Vorfahren im Besitze geworden ist, nur in sofern übergehen sollen, als dieselben diesem dritten Besitzer bei der Erwerbung des Grundstücks bekannt gewesen, oder in das gerichtliche Hypothekenbuch eingetragen sind; so soll zur Eintragung solcher Hypotheken ein dreijähriger Zeitraum offen bleiben, dergestalt, daß der Berechtigte, welcher sich vor dem 1sten Junius 1797 zu der Eintragung eines solchen Rechts in das Hypothekenbuch gehörig meldet, dazu noch gelassen werden muß, wenngleich das Grundstück in der Zwischenzeit an einen anderen Besitzer, als denjenigen, gegen welchen er das Recht erworben hat, oder dessen Erben gediehen wäre.

## XVI.

wegen der Real-Servituten,

Fällt weg [36]).

## XVII.

wegen der Verjährung,

Was insonderheit die Verjährung betrifft: so sollen diejenigen Fälle, in welchen dieselbe schon vor dem 1sten Junius 1794 vollendet worden, lediglich nach bisherigen Rechten beurtheilt werden, wenngleich die daraus entstandenen Befugnisse oder Einwendungen erst späterhin geltend gemacht würden. In Ansehung derjenigen Verjährungen hingegen, deren bisherige gesetzmäßige Frist mit dem 1sten Junius 1794 noch nicht abgelaufen ist, sollen die Vorschriften des neuen Landrechts in allen Stücken befolgt werden [37]).

---

36) (3. A.) Da der §. 18 u. f., Tit. 22, Th. I des A. L.R. verordnete, daß Grundgerechtigkeiten, welche durch keine in die Augen fallenden Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden, und gleichwohl den Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks schmälern, gegen einen dritten Besitzer des belasteten Grundstücks nur in sofern sollten ausgeübt werden können, als sie zur Zeit der Besitzveränderung in das Hypothekenbuch schon eingetragen wären, oder deren Eintragung noch binnen zwei Jahren nach der Besitzveränderung von dem Besitzer des berechtigten Grundstücks gehörig nachgesucht würde; so bestimmte der §. XVI die Berechnungsart dieser 2 Jahre und gab den Gerichten Anweisung in Betreff ihres Verhaltens bei Besitzveränderungen. Dieselbe fällt weg, weil jene Vorschrift des A. L.R. bald nach der Publ. wieder aufgehoben ist. Anh. §. 58 (zu I, 22, §. 18). R. v. 12. Dezbr. 1840 (J. M. Bl. S. 399).

37) Die Vorschrift, welche sich in den späteren Einführungspatenten von 1814, §. 12 und von 1816, §. 16, nur mit Weglassung der Worte „in allen Stücken", wiederfindet, spricht den allgemeinen Grundsatz (Anm. 25) aus und ist nicht positiv oder eine Ausnahme. Das Obertrib. hat in zwei Beziehungen eine andere Meinung ausgesprochen und angewendet. Erstlich behauptet es: die Frage, ob die Verjährung gültig begonnen habe, müsse nach den zur Zeit solches Anfangs geltend gewesenen Grundsätzen beurtheilt werden, Pr. 926 v. 9. Oktbr. 1840 (Entsch. VI, 319), und Pr. v. 10. Sept. 1849 (Entsch. XVIII, 137). Hierauf ist schon oben, Anm. 25, das Nöthige bemerkt. Zweitens hat es ausgesprochen: daß eine durch das neue Gesetz eingeführte längere Verjährung nicht Anwendung finde, wenn die kürzere Verjährung nach dem alten Gesetze schon angefangen habe, insbesondere hat es die neue (längere) Wechselverjährung auf die schon nach A. L.R. angefangene Verjährung eines Wechsels für unanwendbar erklärt. Pr. 2210, vom 15. Febr. 1850 (Entsch. XIX, 260). Die seichten Gründe treffen alle nicht zu. Der §. XVII soll darum gewichtlos sein, weil er nur eine specielle transitorische Bestimmung enthalte. Damit ist ja aber ganz und gar nicht bewiesen, daß sie kein allgemein gültiger Grundsatz sei. Natürlich fehlt der Beweis dafür, so wie die Nachweisung eines anderen Grundsatzes ganz und gar. Es wird nur behauptet, daß der §. 14 der Einl., wonach neue Gesetze nicht Rückwirkung haben sollen, anzuwenden sei. Die Anwendbarkeit desselben ist aber eben näher zu bestimmen, da es außer Streit ist, daß er keine Allgemeingültigkeit hat; das Obertrib. räumt in einem jüngeren Erk. v. 8. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 357) selbst auch ein, daß Verjährungsgesetze unter einer näheren Maßgabe rückwirkende Kraft haben. In dieser Beziehung enthalten die Entscheidungsgründe nicht das allergeringste zur Sache; es wird auf die Frage gar nicht eingegangen. S. unten die Anmerkungen zu §. 14 und §. 33 der Einl.

Sollte jedoch zur Vollendung einer schon vor dem 1sten Junius 1794 angefangenen Verjährung in dem neuen Landrechte eine kürzere[38]) Frist, als nach bisherigen Gesetzen vorgeschrieben sein: so kann derjenige, welcher sich in einer solchen kürzeren Verjährung gründen will, die Frist derselben nur vom 1sten Junius 1794 zu rechnen anfangen[38a]).

## XVIII.

Fällt weg[39]). wegen der Strafgesetze.

Unter vorstehenden Maßgaben und Bestimmungen nun wollen Wir dieses allgemeine Landrecht, vermöge der Uns zustehenden landesherrlichen und gesetzgebenden Macht, als ein wahres und allgemeines Landesgesetz hierdurch, und in Kraft dieses, vorschreiben und publiciren; also, daß in Unseren königlichen und Chur- auch sämmtlichen übrigen[40]) unter Unserer Hoheit und Oberbotmäßigkeit stehenden Landen, Provinzen und Distrikten, nach den in diesem neuen Gesetze enthaltenen Vorschriften verfahren und erkannt, und dasselbe in allen und jeden sowohl gerichtlichen, als außergerichtlichen Angelegenheiten, von Jedermann, der zu Unseren Unterthanen gehört, oder in Unseren Landen Geschäfte zu betreiben hat, genau beobachtet, insonderheit aber bei allen Ober- und Untergerichten, ohne Unterschied oder Ausnahme, in Beurtheilung der bei ihnen vorfallenden, oder zu ihrer Entscheidung gelangenden Angelegenheiten und Geschäfte, zum Grunde gelegt werden soll. Alle älteren Gesetze, Edikte und Verordnungen, an deren Stelle das gegenwärtige neue Landrecht nach den §§. 1 u. 2 enthaltenen nähern Bestimmungen treten soll, werden hierdurch gänzlich aufgehoben und abgeschafft, und es soll von dem bestimmten Zeitpunkte an, kein Kollegium, Gericht, oder Justizbedienter sich unterfangen, diese älteren Gesetze und Verordnungen auf die vorkommenden Rechtsangelegenheiten, außer den im gegenwärtigen Patente bestimmten Fällen, anzuwenden; oder auch nur das neue Landrecht nach besagten aufgehobenen Rechten und Vorschriften zu erklären oder auszudeuten; am allerwenigsten aber von klaren und deutlichen Vorschriften der Gesetze, auf den Grund eines vermeinten philosophischen Raisonnements, oder unter dem Vorwande einer aus dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung, die geringste eigenmäch-

---

38) Eine solche ist auch die neu eingeführte 50j. Verjährung (I, 9, §. 660), welche an Stelle des abgeschafften Immemorialbesitzes gesetzt worden ist. Wenn also eine 50j. Präskription erforderlich ist und zugleich ein Immemorialbesitz behauptet wird, so kann der 50j. Präskription die vorlandrechtliche Zeit nicht hinzugerechnet werden. Pr. 2118 v. 27. April 1849 (Entsch. XVIII, 192). Vgl. Pl.-Beschl. v. 24. Okt. 1845 (Entsch. XII, 124), wonach umgekehrt in Fällen, wo praescriptio immemorialis und definitiva zusammentreffen, und die Bedingungen der ersteren sich erst nach Publikation des A. L.R. herausstellen, auch die Zeit nach Einführung des A. L.R. in Anschlag kommen kann.

38a) (4. A.) Dieser Grundsatz findet eine analoge Anwendung auch auf den Fall, wo die Veränderung dadurch herbei geführt ist, daß Jemand seinen Wohnsitz nach dem Inlande verlegt, und dadurch das hier geltende Gesetz über die Verjährungsfristen auch in Beziehung auf schon bestehende Verbindlichkeiten Wirksamkeit erlangt hat. Demnach kann der Lauf der kürzeren Verjährung der preußischen Gesetze nicht von einer früheren Zeit ab als von seiner Niederlassung in hiesigen Landen an gerechnet werden. Erk. des Obertrib. v. 8. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 358). Vergl. unten Anm. 44, Nr. I, 3, lit. b, γ, zu §. 33 der Einl.

39) (3. A.) Diese Vorschrift betrifft die Anwendung der Strafgesetze auf die schon vor der Publ. sich ereigneten Fälle, und verweiset deshalb auf die §§. 18 u. 20 der Einleitung; verordnet auch, daß die im A. L.R. verordneten Strafen, in sofern dieselben gelinder als die nach bisherigen Gesetzen stattgefundenen, sofort angewendet werden sollten. Die ganze Anordnung ist außer Kraft gesetzt durch das Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Vom 14. April 1851. (G.S. S. 93.)

40) Diese Unterscheidung der Lande gründet sich auf die damalige deutsche Reichsverfassung und fällt jetzt weg. Unter den königlichen Landen verstand man das Königreich (die heutige Provinz) Preußen, unter den Churlanden die Churmark Brandenburg nebst Zubehörungen, und unter den übrigen Landen die sonst noch unter der Landeshoheit des Königs unter verschiedenen Titeln stehenden deutschen Reichsländer.

tige Abweichung, bei Vermeidung Unserer höchsten Ungnade und schwerer Ahndung, sich zu erlauben[41]); vielmehr soll, wenn in ein oder anderem Falle über den Sinn und die richtige Auslegung einer der neuen Vorschriften Zweifel entstehen, oder irgend ein Richter keine hinlängliche Bestimmung eines zu seiner Entscheidung gelangenden Falles in dem Landrechte anzutreffen vermeinen möchte, alsdann lediglich nach den Vorschriften §§. 46, 50 der Einleitung zu dem gegenwärtigen Landrechte verfahren werden.

Nach dieser Unserer solchergestalt erklärten Allerhöchsten Willensmeinung hat sich also ein Jeder, den es angeht, insonderheit aber sämmtliche Landeskollegia und übrigen Gerichte, genau und pflichtmäßig zu achten.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem größern königlichen Insiegel. So geschehen Berlin, den 5ten Februar 1794.

(L. S.) **Friedrich Wilhelm.**

**Carmer.**

---

## Patent

zur Publikation der neuen Auflage des allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten.

**Wir Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen** ꝛc. ꝛc., thun kund und fügen hierdurch Jedermann zu wissen: daß der Mangel einer gehörigen Anzahl von Exemplarien des allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten eine neue Auflage desselben nöthig gemacht, welcher Wir bei der wörtlichen Uebereinstimmung mit der ersten, nicht nur die allerhöchste Sanktion hierdurch ertheilen, sondern auch die Veranstaltung getroffen haben, daß die Erläuterungen und Abänderungen desselben, welche zeither gesetzlich ergangen, und das allgemeine Recht betreffen, verkürzt gesammelt, der neuen Edition gehörigen Orts eingeschaltet, und unter dem Titel des ersten Anhanges u. s. w. zum Besten der Besitzer der älteren Edition gedruckt sind.

Nur die Erläuterungen und Abänderungen des Zwanzigsten Titels des Zweiten Theils sind ausgelassen, weil derselbe durch das nächstens[42]) erfolgende neue Kriminalrecht für die Preußischen Staaten ergänzt werden wird. Mit Bezug auf das Publikationspatent vom 5ten Februar 1794 haben sämmtliche Ober- und Untergerichtsstellen diese neue Auflage des Landrechts und diesen ersten Anhang gesetzlich anzuwenden, und erhalten dieselben zugleich die Anweisung, in ihren Urtelssprüchen auf keine Privat-Gesetzes-Sammlung Bezug zu nehmen, sondern sich lediglich an diejenigen

---

41) Das sind ähnliche Gedanken, wie sie einst Justinian aussprach, als er bei Strafe und Vernichtung der Bücher alles weitere Bücherschreiben bei der Herausgabe seines Werkes verbot. Unser Verbot hier enthält zweierlei. Zuerst soll das neue Recht nicht nach dem vorangegangenen Rechte erklärt und ausgedeutet werden, d. h. der Zusammenhang mit der bisherigen Literatur soll ganz vernichtet sein. Das hat sich denn auch von Stund an erfüllt. Erst nach einem Menschenalter hat man spärlich versucht, sich eine gründliche Einsicht in das neue L.R. dadurch zu ermöglichen, daß man den in dasselbe übergegangenen Begriffen und Rechtsregeln bis dahin, wo sie wurzeln, wieder nachgegangen ist. — Das Andere ist, daß das L.R. die ursprüngliche Grundlage eines neuen positiven Rechts und einer neuen Rechtswissenschaft sein soll, doch mit dem Justinianischen Anspruche auf ein Gedankenmonopol. Darum soll keiner bei schwerer Ahndung sich erlauben, die klaren und deutlichen Vorschriften der Gesetze in seinem Sinne aufzufassen: das G.B. lehrt und definirt ausschließend; die Autorität löste die Zweifel und erleuchtete (belehrte, eröffnete) den Unterthanenverstand. Darum wollte keine neue Rechtswissenschaft entstehen, bis, vor kaum einem Jahrzehend (zu Ende des dritten Jahrzehends), der Glaube an die Autorität anfing zu wanken, und die literarische Thätigkeit sich regte.

42) Gerade nach 48 Jahren, den 14. April 1851.

Gesetze zu halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publiciret, auch[43]) durch das neue Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit zu ihrer Kenntniß gebracht, und in die akademische Edikten-Sammlung hiernächst aufgenommen werden.

Urkundlich unter Unserer höchst eigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 11ten[44]) April 1803.

(L. S.) **Friedrich Wilhelm.**

**Goldbeck.**

---

Die späteren Einführungen in die neu- und wiedererworbenen Landestheile sind, da sie meistens nur ein provinzialrechtliches Interesse haben, hier weggelassen. Sie sind folgende:

1) Patent wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in die von den Preußischen Staaten getrennt gewesenen, mit denselben wieder vereinigten Provinzen. Vom 9. September 1814 (G.S. S. 89).

2) Patent wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in die mit der Provinz Westpreußen vereinigten Distrikte, den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn mit ihrem Gebiet. Vom 9. November 1816 (G.S. S. 217). Dazu:

Deklaration des §. 12 des Patents vom 9. November 1816 wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in die mit der Provinz Westpreußen vereinigten Distrikte, den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn mit ihrem Gebiete. Vom 28. März 1820 (G.S. S. 62).

3) Patent wegen Wiedereinführung der Preußischen Gesetze in das Großherzogthum Posen. Vom 9. November 1816 (G.S. S. 225). Dazu:

Allerhöchste Kabinetsorder vom 20. Juni 1816, die Uebersetzung der Preußischen Gesetze in die polnische Sprache, Behufs der Einführung derselben in das Großherzogthum Posen, betreffend (G.S. S. 204).

4) Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts in die mit den Preußischen Staaten vereinigten ehemals Sächsischen Provinzen und Distrikte. Vom 15. November 1816 (G.S. S. 233).

5) Verordnung wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in den mit den Preußischen Staaten vereinigten, zwischen den ältern Provinzen belegenen Distrikten und Ortschaften, und wegen Einrichtung des Hypothekenwesens. Vom 25. Mai 1818 (G.S. S. 45).

6) Verordnung wegen der Anwendung der Preußischen Gesetze in den ehemaligen Schwarzburg-Rudolstädtischen Aemtern Heringen und Kelbra. Vom 20. Oktober 1819 (G.S. S. 246).

7) Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in das Herzogthum Westphalen, das Fürstenthum Siegen mit den Aemtern Burbach und Neuen-Kirchen (Freie- und Hücken-Grund) und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein, und Wittgenstein-Berleburg. Vom 21. Juni 1825 (G.S. S. 153).

---

43) Hierdurch sollte kein neuer Publikations-Modus eingeführt, sondern nur angedeutet werden: welche Abdrücke als authentische gelten sollten. Man hat darüber gezweifelt. Mathis, Vorrede zu Bd. I, S. VI, Ziff. 2; Jurist. Zeit. 1835, Sp. 901. S. auch unten die Anm. 16 a. E. zum Zus. 4 c zur Einleitung. Ueber die heutzutage geltende Publikationsart s. Zus. zu §. 11 der Einl.

44) Dieses Datum hat das Pat. in der Ausg. von 1803. In späteren Ausgaben datirt es vom ersten April.

# Litterarische Vorbemerkung.

Ueber das ganze Allgemeine Landrecht verbreiten sich:

Joh. Christoph Merkel, Kommentar zum Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten, 2 Thle. 2te Ausg. Breslau und Leipzig 1812.

Gust. Alex. Bielitz, praktischer Kommentar zum Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten, 8 Bde, 2te Ausg. Erfurt 1823—1830. Dazu: Nachträge, 1s u. 2s Heft. — Auch unter dem Titel: Abhandlungen zur Erläuterung der Preußischen Gesetze. 1s u. 2s Heft. Ebend. 1831, 1832.

Sammelwerke, enthaltend: Gesetze, Verordnungen, Ministerial-Verfügungen, gerichtliche Entscheidungen und Auszüge aus litterarischen Werken:

v. Strombeck, Ergänzungen des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, enthaltend eine vollständige Zusammenstellung aller noch geltenden, das Allgemeine Landrecht abändernden, ergänzenden und erläuteruden Gesetze, Verordnungen u. Ministerialverfügungen. 3. Aufl. 3 Bde. Leipzig 1829. — Hierzu Nachträge von Fürstenthal. Breslau 1829. Dann: 4r Bd., enthaltend die Nachträge zur 3ten Ausg. von Lindau, Leipzig 1837. Weiter: 1r. Nachtrag (mit einer Vorrede von Cramer). Halberstadt 1832. 2r Nachtrag. Breslau 1833.

Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Herausg. von H. Gräff, C. F. Koch, L. v. Rönne, H. Simon u. A. Wentzel. Lief. 1—13, Breslau 1837, 1838. Zuletzt herausgegeben von L. von Rönne. 5. Ausg., Berlin 1868.

Ueber das Civilrecht sind von den neuern Schriften nachbenannte anzumerken:

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. 6 Bde. 2te Ausg. Berlin 1843 ff.

Temme, Handbuch des Preußischen Civilrechts. 2te Ausg. Leipzig 1846.

Mein Preußisches gemeines Privatrecht. 3te Ausg. Berlin 1857.

F. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1864.

Ludw. Ed. Heydemann, System des Preußischen Civilrechts. 3 Bde. Berlin 1866—1868.

# Einleitung.

Gans, über die Einleitung zum Preußischen Landrecht; in den Beiträgen zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, S. 97 ff. — Meine Darstellung in den Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher z. A. L.R. Einleitung §§. 1—13.

I. Von den Gesetzen überhaupt *).

§. 1. Das allgemeine Landrecht enthält die Vorschriften, nach welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staats [1]), so weit dieselben [2]) nicht durch besondere [3]) Gesetze bestimmt worden, zu beurtheilen sind.

§. 2. Besondere Provinzialverordnungen [4]) und Statuten [5]) einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften erhalten nur durch die landesherrliche Bestätigung die Kraft der Gesetze.

---

*) (5. A.) Meine Abh. Von den Gesetzen und deren Abfassung; in der juristischen Zeitung von 1833, Kol. 250 ff.

1) Der Wortlaut drückt nicht die Meinung aus: nicht lediglich die Einwohner des Staats, denn einerseits auch Fremde, welche hier oder in Beziehung auf hier befindliche Gegenstände kontrahiren oder Recht suchen, haben sich nach dem hiesigen Rechte zu achten, und andererseits Einwohner des Staates können sich nicht auf das allgemeine Landrecht da berufen, wo man dasselbe nicht anerkennt, da das System des persönlichen Rechts nirgend mehr gilt. Die Meinung ist, daß dasjenige Recht, welches innerhalb der Grenzen, in welchen der Gesetzgeber Gewalt hat, herrschen soll, durch dieses Gesetzbuch urkundlich gemacht sein solle.

2) Nämlich die Rechte und Verbindlichkeiten. Auch das ist ungenau, denn das Gesetzbuch enthält nicht bloß Privatrecht, sondern auch Kirchenrecht, Staatsrecht, Gemeinderecht und Kriminalrecht, — Rechtsgebiete, welche man unter den „Rechten und Verbindlichkeiten" der Einwohner nicht zu begreifen pflegt.

3) Wird durch §. 1 des Publ.-Pat. näher bestimmt.

4) Wer außer dem Landesherrn in einer Provinz allgemeine Verordnungen sollte erlassen können, weiß man nicht. Das Erforderniß der landesherrlichen Bestätigung erscheint daher als eine müßige Bestimmung. Vielleicht hat man dabei an die damals üblichen Provinzialverwaltungen durch besondere Provinzialminister gedacht; doch auch diese konnten schon nach allgemeinen Grundsätzen keine das Recht ändernden Bestimmungen erlassen.

5) Durch diese Vorschrift ist den Statuten ihr wesentlicher Charakter der Autonomie genommen; die Statuten erhalten darnach nicht mehr vermöge der den Gemeinheiten und Gesellschaften zugestandenen Autonomie ihre Kraft, sondern nur durch den Willen des Landesherrn; sie treten damit in die Reihe der gewöhnlichen landesherrlichen Verordnungen, die nur von der Gesellschaft oder Gemeinheit entworfen und vollzogen zu werden pflegen, aber nur in soweit zur Geltung kommen, als sie unverändert bestätigt werden. Was daran gestrichen wird, fällt weg, und was zusätzlich oktroyirt wird, muß angenommen und angewendet werden.

(5. A.) Das Obertr. (III. Senat) hat auch den landesherrlich bestätigten Vertrag (s. g. Statut) eines Knappschafts-Vereins als ein Gesetz angesehen. Erk. vom 14. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 124). Das ist jedoch ein durch die Namensgleichheit veranlaßter Irrthum. Die im §. 2 gemeinten Statuten sind schriftlich aufgezeichnete allgemeine Rechtsnormen, welche durch Hinzutritt der landesherrlichen Genehmigung nur den Charakter der öffentlichen Glaubwürdigkeit annehmen und damit in die Reihe der geschriebenen Gesetze treten; der also genehmigte Vertrag einer Gesellschaft aber bleibt nach wie vor ein privatrechtlicher Vertrag und die landesherrliche Prüfung und Genehmigung bezweckt nur die Wahrung des landespolizeilichen Interesses. — Dies ist von dem IV. Senat des

§. 3. Gewohnheitsrechte und Observanzen [6]), welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben sollen, müssen den Provinzial-Landrechten einverleibt sein [7]).

§. 4. In sofern aber durch Observanzen [7a]) etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, hat es, bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung, dabei sein Bewenden [8]).

§. 5. Die von dem Landesherrn in einzelnen Fällen, oder in Ansehung einzelner Gegenstände, getroffenen Verordnungen können in andern Fällen, oder bei andern Gegenständen, als Gesetze nicht angesehen werden [9]).

---

Obertr. später, bezüglich auf eine Aktiengesellschaft, ausdrücklich dahin anerkannt, daß die landesherrliche Bestätigung nur Bedingung für die Existenz und das Inslebentreten der Gesellschaft sei, aber nicht den privatrechtlichen Charakter der Gesellschaft ändere und nicht den die Vertragsbestimmungen enthaltenden Statuten die Eigenschaft eines Gesetzes gebe. Erk. v. 31. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 277). In dem späteren Erk. vom 14. Mai 1868 erklärt das Obertr.', es lasse sich als allgemeine Regel nicht anerkennen, daß Statuten eines Vereins oder einer Gesellschaft durch die landesherrliche Bestätigung in allen ihren Theilen gleiche Wirksamkeit mit Gesetzen erhalten. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 176.) Damit ist nichts anzufangen. In einem oder dem anderen Theile sollen sie also doch Gesetze sein. Welche Theile sind dies?

6) Ueber das Verhältniß beider Spezien des ungeschriebenen Rechts s. ob. Note 14 zum Publ.-Patente; über den Beweis und die Erfordernisse s. Note 16 und 17 ebd.

7) Damit hören sie auf, Gewohnheitsrechte und Observanzen zu sein; sie sind dann *geschriebenes* Recht. Vergl. §. 60. In wiefern sich dergleichen ungeschriebene Rechtsnormen noch nach Einführung des A. L.R. bilden können, darüber s. m. oben Note 15 zum Publ.-Patente. (4. A.) Uebrigens ist von der Regel der §§. 3 und 4 eine Ausnahme für Kirchenbesserungen vorgeschrieben im §. 710, Th. II, Tit. 11. Vergl. Erk. d. Obertr. v. 16. Juli 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 14).

7a) (4. A.) Der Charakter einer gültigen Observanz wird nirgend näher bestimmt. *Observanz ist die Gewohnheit, welche in der gleichmäßigen Ausführung und Erfüllung vertragsmäßiger Rechte und Pflichten zwischen bestimmten Personen (also auch in Gesellschaften) besteht.* Ueber diese Begriffsbestimmung s. m. meine Abh. im Schles. Arch., Bd. V, S. 10 ff. Durch Observanzen werden bestehende gesellschaftliche (Gemeinde-) Verhältnisse lokalrechtlich ausgebildet, es wird dadurch für einen nicht ausdrücklich entschiedenen Punkt dieses Verhältnisses eine herkömmliche Norm gebildet. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XL, S. 259.

8) S. Note 7. Nur *Observanzen* (Note 14 zum Publ.-Patent), keine anderen Spezien des ungeschriebenen Rechts, sollen in dem, in dem §. 4 vorausgesetzten, Falle berücksichtigt werden. Kann nach Beschaffenheit des Falles eine Observanz überhaupt nicht entscheiden, oder fehlt es für den an sich geeigneten Fall an einer Observanz, so kommt die Regel des §. 49 der Einleitung zur Anwendung. Uebrigens kann zwischen zwei bestimmten Parteien ein Rechtsverhältniß durch Observanz zwar niemals *begründet*, wohl aber ein gehörig begründetes *erklärt*, d. h. durch Usual-Interpretation oder ausführende Handlungen der Parteien ausgelegt werden. Hiernach ist das, was in den Gründen der Revisionsentscheidung, welche in *Simon's* Rechtspr. Bd. I, Nr. 94 mitgetheilt ist, unter Ziffer 4, S. 375 gesagt wird, aufzunehmen.

9) Welche bestimmte Beziehung diese Verordnung hat, ist unklar. Gemeinrechtlich unterschied man, nach dem can. R., *Gnaden-* und *Justizreskripte* des Landesherrn, je nachdem dadurch Etwas in Hoheitssachen bewilligt, oder in einer streitigen Rechtssache bestimmt wurde. *Justinian* hat allen kais. Erlassen eine allgemeine Gesetzeskraft beigelegt, wenn sie auch in einer Spezialsache ergangen waren. L. 12 C. de leg. (I, 14.) Der Entwurf des G.B. deutete auf beide Arten hin; denn der §. 5 der Einleitung erwähnte, wie der jetzige §. 5, der Verordnungen in einzelnen Fällen, und der folgende §. 6 gedachte der Machtsprüche, die zu den Justizreskripten zählen. Der §. 6 wurde bekanntlich bei der Schlußrevision des G.B. gestrichen. Der §. 5 wurde schon bei der Revision für überflüssig gehalten, weil man meinte, daß die darin erwähnten Verordnungen alle Mal zu den Machtsprüchen gehörten, welche der folgende §. 6 nicht zulassen wolle. Das erklärte *Suarez* für ein Mißverständniß, denn es lasse sich denken, daß der Landesherr in einzelnen Fällen etwas verordnen könne, ohne noch gleich einen Machtspruch zu thun, z. B. er erkläre in casu individuo, es solle erlaubt sein, daß Jemand seine Stieftochter heirathe rc.; es solle von einem gewissen Mineral, so unstreitig ad regalia gehört, kein Zehent gegeben werden. Die Meinung des §. sei also eigentlich die: wenngleich der Landesherr bei Entscheidung eines einzelnen Falles einen allgemeinen Grund gebraucht habe, so solle dennoch die Entscheidung auf andere Fälle nicht amplificirt werden, wenngleich dabei derselbe Grund auch Anwendung finde. (Mat. Bd. 80 Abschr. Bd. I, Fol. 9, nach den Mot. der Ges.-Revis. zu §. 3 des Entw. S. 97.) Die Beispiele sind Fälle der Gnade und der Verwaltung. Darnach wäre der §. 5 nicht auf Justizreskripte zu beziehen. Um so mehr scheint er

§. 6. Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden[10]).

§§. 7 bis 9 fallen weg[10a]). Abfassung der Gesetze.

1. Verf.-Urkunde vom 31. Januar 1850.

Art. 62. Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.

Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.

Finanzgesetz-Entwürfe und Staatshaushalts-Etats werden zuerst der zweiten Kammer vorgelegt; letztere werden von der ersten Kammer im Ganzen angenommen oder abgelehnt.

Art. 63. Nur in dem Falle, wenn die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammern nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums, Verordnungen, die der

---

überflüssig zu sein. Auf erschlichene R. bezieht sich die V. gar nicht; dergleichen auf einseitige Vorstellung ergangene Erlasse gelten auch in der speziellen Sache nicht. Pr. O. Tit. 24, §§. 43, 44. Vergl. Cod. Fr. March. Th. III, Tit. 1, §. 15 und die alte V. v. 16. Januar 1706 (C. C. M. II, 4, S. 115).

10) Der Ausspruch von Gans (Beiträge, S. 15), daß Haß gegen die Wissenschaft die Quelle dieser Vorschrift sei, ist nicht zutreffend, wenngleich es an sich nicht bestreitbar ist, daß das Landrecht alle Wissenschaftlichkeit verachtet, was zuletzt noch in dem Epilog des Publikations-Patents Ausdruck erhalten hat, wo bei höchster Ungnade und schwerer Ahndung verboten ist, das neue Landrecht nach den früheren Rechten zu erklären oder auszudeuten, oder gar auf den Grund eines vermeintlichen philosophischen Raisonnements oder unter dem Vorwande einer aus dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung von den Vorschriften der Gesetze abzuweichen, indem vielmehr die richtige Auslegung zweifelhafter Stellen der höchsten Autorität vorbehalten wird. Mit größerer Nichtachtung läßt sich die Bestrebung der Wissenschaft doch wohl schwerlich zurückweisen. Allein die Vorschrift dieses §. 6 fließt nicht daher, sondern hat ihre bestimmte Beziehung. Unter den „Meinungen der Rechtslehrer" wird auf die s. g. communis doctorum opinio und die Responsa der Rechtsgelehrten gezielt, welche man dem geschriebenen Rechte an die Seite stellte. Gail, Pract. obs. L. I, obs. 153, Nr. 5; Menoch, de praesumt. L. II, c. 71, Nr. 2. Das wollte man in Pr. nicht zulassen. Schon die Verordnung vom 21. Juni 1713 c. 50 verbot die Einholung und Berücksichtigung von Responsen, und der §. 6 wiederholt das Verbot in allgemeineren Ausdrücken: man soll sich auf Meinungen der Rechtslehrer nicht wie auf Gesetze berufen. Damit ist nicht der Einfluß der Wissenschaft auf die Ueberzeugung des Richters untersagt und kann auch nicht gehindert werden. — Mit den „älteren Aussprüchen der Richter" werden nicht Judikate, sondern Präjudize gemeint. In dem gedr. Entw. §. 4 heißt es: „Entscheidungen der Richter vertreten nur unter den Parteien, zwischen welchen sie ergangen sind, die Stelle eines Gesetzes." Infolge der gegen die Fassung eingegangenen Erinnerungen faßte man in dem umgearbeiteten Entw. die Stelle so: „Entscheidungen der Richter und Meinungen der Rechtslehrer sollen niemals als Gesetz gelten." Woher dann die Bestimmung in ihrer jetzigen Fassung des §. 6 gekommen, ist aus den Mat. nicht zu ersehen. (Gesetzrev. Motive zu §. 4, S. 99.) Darnach ist verboten, daß man die in älteren Entscheidungen ausgesprochenen Rechtssätze als bindende Rechtsnormen ansehe. Dadurch ist die Meinung beseitigt, daß die Richter an ältere Aussprüche, weil dadurch eine Art Gewohnheitsrecht (der Gerichtsgebrauch) entstehe, gebunden seien (Thibaut, Pand. §. 16). Die L. 13 C. de sent. et interloc. (VII, 45) enthält schon ein ähnliches Verbot. In neuerer Zeit ist eine Modifikation des Verbots eingetreten, durch die K.O. v. 1. August 1836 (G.S. S. 218). Darnach soll auf die Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen, nicht bloß bei dem Obertribunal, sondern auch vermöge des Einflusses der Autorität desselben bei den übrigen Gerichten, möglichst gehalten und ein willkürlicher Wechsel der Rechtsansichten vermieden werden. Es wird eine Kontrole darüber, und im Falle man Gründe zu haben glaubt, von einer älteren Meinung abzugehen, eine Plenarberathung und Entscheidung vorgeschrieben. — Auf die Fälle, wo es sich um den Beweis eines Gewohnheitsrechts handelt und dem Zeugnisse älterer Richtersprüche Gewicht beigelegt wird, bezieht sich der §. 6 gar nicht. Vergl. Pr. des Obertr. v. 18. Febr. 1837 (Simon's Entsch. II. 240); vom 16. März 1838 und 4. Dezbr. 1840 (Schles. Arch. Bd. II, S. 480, 485; Bd. IV, S. 295). (4. A.) Der §. 6 bezieht sich auch nicht auf ausländische Rechte und Gesetze. Erk. des Obertr. vom 25. Juni 1858 (Archiv f. Rechtsfälle Bd. XXX, S. 140).

10a) (3. A.) Sie schreiben vor, daß jeder Entwurf einer neuen Verordnung, vor der Vollziehung, der Gesetzkommission, welche schon lange aufgehoben ist, zur Prüfung vorgelegt, und daß die Gesetzkommission eine deutliche bestimmte Fassung des zu gebenden Gesetzes in Vorschlag bringen solle. (4. A.) Ueber die äußere Form der älteren Verordnungen s. m. Privatrecht §. 21 u. Erk. des Obertr. v. 21. Dez. 1854 (Archiv f. Rechtsfälle, Bd. XVI, S. 101).

Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulegen.

Art. 64. Dem Könige, so wie jeder Kammer steht das Recht zu, Gesetze vorzuschlagen.

Gesetzesvorschläge, welche durch eine der Kammern oder den König verworfen worden sind, können in derselben Sitzungsperiode nicht wieder vorgebracht werden.

§. 10. Das Gesetz erhält seine rechtliche Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da es gehörig bekannt gemacht worden*).

Publikation. §. 11. Fällt weg [10aa]).

2. Verf.-Urkunde vom 31. Januar 1850.

Art. 45. Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu. — Er befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen.

Art. 86. Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner andern Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt.

Art. 106. Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind.

Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.

3. Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 (G.S. S. 265) [10aaa]).

§. 5. Die mit der örtlichen [10b]) Polizei-Verwaltung beauftragten Behörden sind befugt, nach Berathung [10bb]) mit dem Gemeindevorstande, ortspolizeiliche, für den Umfang der Gemeinde gültige Vorschriften zu erlassen und gegen die Nichtbefolgung derselben Geldstrafen bis zum Betrage von 3 Thlrn. anzudrohen.

Die Strafandrohung kann bis zum Betrage von 10 Thlrn. gehen, wenn die Bezirksregierung ihre Genehmigung dazu ertheilt hat.

Die Bezirksregierungen haben über die Art der Verkündigung der ortspolizeilichen Vorschriften, so wie über die Formen, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhängt, die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen [11]).

---

*) S. unten, Anm. 16 a. E. zum Zusatz 4 c.

10aa) (3. A.) Schreibt den alten modus publicationis vor, nämlich: Anschlag der Gesetze an den gewöhnlichen öffentlichen Orten und Einrücken eines Auszuges in die Intelligenzblätter der betreffenden Provinz.

10aaa) (3. A.) Die §§. 1—4 dieses G. befinden sich unten als Zus. 1 zu §. 11, Tit. 17, Th. II.

10b) (4. A.) Den Landräthen ist durch dieses Gesetz die Befugniß nicht beigelegt, Polizeiverordnungen zu erlassen; ebenso wenig ist die Regierung ermächtigt, die ihr in dieser Beziehung zustehende Befugniß (§. 11) auf den Landrath zu übertragen. Pr. des Obertr. v. 7. Okt. 1858, Nr. 4 (J.M.Bl. S. 366).

10bb) (3. A.) Die Berathung, d. i. die Einholung der Meinung, genügt. „Die Rechtsgültigkeit der von den Polizeibehörden erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften ist von der Zustimmung des Gemeindevorstandes nicht abhängig." Erk. des Obertr. v. 3. Mai 1854 (J.M.Bl. S. 268). Dem Erfordernisse der Berathung ist genügt, wenn die projektirte Verordnung dem Gemeindevorstande zu seiner Erklärung vorgelegt worden ist, dieser aber ein Bedenken dagegen nicht geäußert hat. Erk. dess. v. 7. Okt. 1858, Nr. 2. (J.M.Bl. S. 366.) Zu vergl. unten, die Anm. 13a zu §. 17.

11) Hierdurch und durch den folgenden §. 11, Abs. 2 ist die K.O. v. 8. Febr. 1840 über die Art der Publikation kreis- und lokalpolizeilicher Verordnungen (G.S. S. 32) aufgehoben. (4. A.) Auch ist durch dieses Gesetz die Befugniß der Oberpräsidenten, im Auftrage oder mit Genehmigung des betreffenden Ministeriums für den ganzen Umfang der Provinz solche allgemeine Verbote und Strafbestimmungen zu erlassen, wie es sonst nach §. 11 der Regierungsinstruktion vom 23. Okt. 1817 den Regierungen zustand (Instr. für die Oberpräsidenten vom 31. Dez. 1825, §. 1, Nr. III; §§. 11, 12, G.S. v. 1826 S. 1), aufgehoben. Vgl. Erk. d. Obertr. v. 16. Juli 1857 (J.M.Bl. S. 378).

(4. A.) Die Regierung zu Breslau hat hinsichtlich der Form bestimmt, daß zur Gültigkeit einer polizeilichen Vorschrift, welche von einer mit der örtlichen Polizeiverwaltung beauftragten Behörde auf Grund der angeführten Gesetzesstelle erlassen wird, Folgendes erforderlich ist: 1) Der Erlaß muß ausdrücklich auf den §. 5 des besagten Gesetzes Bezug nehmen und als polizeiliche Vorschrift, Polizeiverordnung oder Polizeireglement bezeichnet sein; 2) in dem

§. 6. Zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften gehören:

a) der Schutz der Personen und des Eigenthums;

b) Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, Brücken, Ufern und Gewässern[11*]);

c) der Marktverkehr und das öffentliche Feilhalten von Nahrungsmitteln;

d) Ordnung und Gesetzlichkeit bei dem öffentlichen Zusammensein einer größern Anzahl von Personen;

e) das öffentliche Interesse in Bezug auf die Aufnahme und Beherbergung von Fremden; die Wein-, Bier- und Kaffee-Wirthschaften und sonstige Einrichtungen zur Verabreichung von Speisen und Getränken;

f) Sorge für Leben und Gesundheit;

g) Fürsorge gegen Feuersgefahr bei Bau-Ausführungen, sowie gegen gemeinschädliche und gemeingefährliche Handlungen, Unternehmungen und Ereignisse überhaupt;

h) Schutz der Felder, Wiesen, Weiden, Wälder, Baumpflanzungen, Weinberge u. s. w.

i) alles andere, was in besonderem Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich angeordnet werden muß.

§. 7. Zu Verordnungen über Gegenstände der landwirthschaftlichen Polizei ist die Zustimmung der Gemeindevertretung erforderlich. Die Berathung erfolgt unter dem Vorsitze des mit der örtlichen Polizei-Verwaltung beauftragten Beamten.

§. 8. Von jeder ortspolizeilichen Verordnung ist sofort eine Abschrift an die zunächst vorgesetzte Staatsbehörde einzureichen[11**]).

§. 9. Der Regierungspräsident ist befugt, jede ortspolizeiliche Vorschrift durch einen förmlichen Beschluß unter Angabe der Gründe außer Kraft zu setzen.

Dem Beschlusse muß, mit Ausnahme dringender Fälle, eine Berathung mit dem Bezirksrathe vorangehen. Die Erklärung des Letzteren ist entscheidend:

1) wenn eine ortspolizeiliche Vorschrift außer Kraft gesetzt werden soll, weil sie das Gemeindewohl verletzt;

2) wenn es sich darum handelt, eine Verordnung über Gegenstände der landwirthschaftlichen Polizei wegen ihrer Unzweckmäßigkeit aufzuheben.

§. 10. Die Bestimmungen der §§. 8 u. 9 finden auch auf die Abänderung oder Aufhebung ortspolizeilicher Vorschriften Anwendung.

§. 11. Die Bezirksregierungen sind befugt, für mehrere[11a]) Gemeinden ihres Verwaltungsbe-

---

Erlasse muß ausdrücklich bemerkt sein, daß die Berathung mit dem Gemeindevorstande erfolgt ist; 3) wird mit unserer Genehmigung eine über den Betrag von drei Thalern hinausgehende Geldstrafe angedroht, so muß mit dem Erlasse unsere ertheilte Genehmigungsverfügung mit veröffentlicht werden; 4) die Publikation einer auf Grund des §. 5 des besagten Gesetzes erlassenen polizeilichen Vorschrift erfolgt in der bisher für die Publikation lokalpolizeilicher Verordnungen vorgeschriebenen Weise.

11 *) (5. A.) Die Verwaltungsbehörden haben vermöge des ihnen zustehenden Rechts der Oberaufsicht über die Benutzung der öffentlichen Ströme und Flüsse, insbesondere über die Schifffahrt und Flößerei auf denselben, die Befugniß, zu bestimmen: ob, wo und wie lange Flößholz in einem öffentlichen Gewässer lagern darf. Dergleichen Anordnungen sind als polizeiliche zu betrachten, es ist daher der Rechtsweg gegen dieselben unzulässig. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 9. Juni 1866 (J.M.Bl. S. 220). Vergl. unten, Th. II, Tit. 15, §§. 38, 47.

11 **) (5. A.) Der Vorschrift des §. 8 ist genügt, wenn eine ortspolizeiliche Verordnung der zunächst vorgesetzten Behörde eingereicht ist; dann ist es gleichgültig, zu welchem Zwecke diese Einreichung erfolgte. Die Gerichte haben nicht zu prüfen, ob die Einreichung einer ortspolizeilichen Verordnung an die zunächst vorgesetzte Behörde erfolgt ist, nach §. 17. Erk. des Obertr. vom 19. Septbr. 1866 (J.M.Bl. S. 303). Dagegen läßt sich die Befugniß der Gerichte, die Gültigkeit einer Verordnung der örtlichen Polizeiverwaltung oder der Bezirksregierung auch nach der Richtung hin zu prüfen: ob der Gegenstand derselben den §§. 6 u. 12 entsprechend sei, mit Grund nicht bezweifeln. S. die Motive des in der Anm. 11 c bezeichneten Plenarbeschl. dess. d. 8. Mai 1865 (Entsch. Bd. LV, S. 5*).

11 a) (4. A.) Diese Vorschrift ist so zu deuten, daß die Regierungen überall da einzutreten haben, wo die den Orts-Polizeibehörden eingeräumte Befugniß nicht ausreicht, und daß es bezüglich der Regierungsverordnungen nur darauf ankommt, die geographische Begrenzung ihrer Gültigkeit zu

zirks oder für den ganzen Umfang desselben gültige Polizei-Vorschriften zu erlassen und gegen die Nichtbefolgung derselben Geldstrafen bis zum Betrage von 10 Thlrn. anzudrohen [11b]).

Der Minister des Innern hat über die Art der Verkündigung solcher Vorschriften, sowie über die Formen, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhängt, die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen.

§. 12. Die Vorschriften der Bezirksregierungen (§. 11) können sich auf die im §. 6 dieses Gesetzes angeführten und alle anderen Gegenstände beziehen, deren polizeiliche Regelung durch die Verhältnisse der Gemeinden oder des Bezirks erfordert wird [11c]).

§. 13. Zum Erlasse solcher Vorschriften der Bezirksregierungen, welche die landwirthschaftliche Polizei betreffen, ist die Zustimmung des Bezirksrathes erforderlich.

§. 14. Die Befugniß der Bezirksregierungen, sonstige allgemeine Verbote und Strafbestimmungen in Ermangelung eines bereits bestehenden gesetzlichen Verbotes mit höherer Genehmigung zu erlassen, ist aufgehoben [12]).

§. 15. Es dürfen in die polizeilichen Vorschriften (§§. 5 u. 11) keine Bestimmungen aufgenommen werden, welche mit den Gesetzen oder den Verordnungen einer höheren Instanz im Widerspruche stehen [12a]).

§. 16. Der Minister des Innern ist befugt, soweit Gesetze nicht entgegenstehen, jede polizeiliche Vorschrift durch einen förmlichen Beschluß außer Kraft zu setzen.

Die Genehmigung des Königs ist hierzu erforderlich, wenn die polizeiliche Vorschrift von dem Könige oder mit dessen Genehmigung erlassen war [13]).

§. 17. Die Polizeirichter haben über alle Zuwiderhandlungen gegen polizeiliche Vorschriften (§§. 5 u. 11) zu erkennen, und dabei nicht die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, sondern nur die gesetz-

---

fixiren, so daß z. B. eine Verordnung der Regierung, die Ausübung der Fischerei in den Gewässern gewisser bestimmter Kreise betr., völlig in den Grenzen der Kompetenz der Regierung liegt. Erk. des Obertr. vom 26. Sept. 1860 (J.M.Bl. S. 410).

11b) (4. A.) Vergl. Reg.-Instr. v. 23. Okt. 1817, §. 11. — Die Regierung ist nicht ermächtigt, die ihr nach §. 11 zustehende Befugniß auf den Landrath zu übertragen. Pr. des Obertr. vom 7. Oktbr. 1858, Nr. 4 (J.M.Bl. S. 366).

11c) (5 A.) Die von einer Regierung für ihren Bezirk erlassene Verordnung, durch welche (außer der öffentlichen Aufforderung zu Kollekten) alle öffentlichen Aufforderungen zu Sammlungen überhaupt bei einer Polizeistrafe verboten worden, ist als eine gültige Polizei-Straf-Verordnung nicht anzusehen. Pl.-Beschl. des Obertr., Sen. f. Strafsachen, No. 295, vom 8. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 459 u. mit Motiven Bd. LV, S. 1 *). Der auf Grund einer Polizei-Verordnung mit der Sache befaßte Strafrichter ist zur Prüfung berufen: ob diese Verordnung dem Gegenstande nach gültig sei. (S. 5 * und flg. a. a. O.)

12) Ueber die hier aufgehobene Befugniß verhielten sich die V. v. 26. Dez. 1808, §. 45 a. E. (Rabe IX, S. 486); die Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen, v. 23. Okt. 1817, §. 11 (G.S. S. 254).

12a) (3. A.) Wie z. B. das Verbot, mit Bracken zu jagen. Anm. 19c zu §. 18 des Jagdpol.-G. v. 7. März 1850 (unten Zus. 4 zu Tit. 9).

(4. A.) Zu Ende des Jahres 1862 hielten sich Bezirksregierungen für ermächtigt, allgemeine Verordnungen zu erlassen, wodurch sie unter Androhung einer Strafe bis zu 10 Thlrn. verboten, öffentlich bekannt zu machen, daß Jemand Beiträge zum „Nationalfonds" annehmen werde, oder daß Jemand einen Beitrag dazu gegeben habe. Die Gültigkeit einer solchen Verordnung ist nach §§. 14 u. 15 dieses Gesetzes bezweifelt worden, weil sie mit der Verf.-Urkunde Art. 27 in Widerspruch steht. In diesem Sinne haben auch mehrere Polizeigerichte und Appellationsgerichte erkannt. (5. A.) Die Frage ist durch den in der Note 11c angeführten Pl.-Beschl. entschieden.

(4. A.) Einer Polizeiverordnung darf die Gültigkeit nicht deshalb abgesprochen werden, weil sie einen Eingriff in Privatrechte enthalte; für diesen Fall kann nur auf Grund des §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 Hülfe gesucht werden. Den von der Verwaltungsbehörde erlassenen polizeilichen Vorschriften kann nur insofern rechtliche Wirksamkeit versagt werden, als sie mit den Gesetzen oder den Verordnungen einer höheren Instanz in Widerspruch stehen. Erk. des Obertr. vom 5. Februar 1863 (J.M.Bl. S. 102).

13) Hierdurch ist die K.O. v. 4. Juli 1832 (G.S. S. 181), wodurch die Ministerien zum Erlasse solcher Verfügungen, welche das Gesetz nicht ändern, oder nicht eine gesetzliche Deklaration enthalten, ohne besondere Autorisation befugt erklärt werden, modificirt.

liche Gültigkeit jener Vorschriften nach den Bestimmungen der §§. 5, 11 u. 15 dieses Gesetzes in Erwägung zu ziehen[13a]).

§. 18. Für den Fall des Unvermögens des Angeschuldigten ist auf verhältnißmäßige Gefängnißstrafe zu erkennen. Das höchste Maß derselben ist 4 Tage statt 3 Thlr. und 14 Tage statt 10 Thlr.

§. 19. Die bisher erlassenen polizeilichen Vorschriften bleiben so lange in Kraft, bis sie in Gemäßheit dieses Gesetzes aufgehoben werden.

§. 20. Die den Polizeibehörden nach den bisherigen Gesetzen zustehende Exekutionsgewalt wird durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

Jede Polizeibehörde ist berechtigt, ihre polizeilichen Verfügungen durch Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel durchzusetzen[13b]).

Wer es unterläßt, dasjenige zu thun, was ihm von der Polizeibehörde in Ausübung dieser Be-

---

13a) Dieser deutlichen Bestimmung ungeachtet ist doch, unter Berufung auf Art. 106 der Verf.-Urk., behauptet worden, daß die Frage über die Rechtsverbindlichkeit der hier in Rede stehenden Polizeiverordnungen, nachdem dieselben in vorschriftsmäßiger Form bekannt gemacht worden, einer weiteren Prüfung von Seiten der Gerichte nicht unterliegen könne. Das Obertr. hat diese Behauptung, auf Grund des §. 17 und weil der Art. 106 der Verf.-Urk. sich nur auf königliche Verordnungen beziehe und daher die Prüfung der Gültigkeit einer, in Gefolge des G. vom 11. März 1850 erlassenen ortspolizeilichen Vorschrift nicht hindere, abgewiesen. Erk. vom 3. Mai 1854. (J.M.Bl. S. 268.) Vergl. das Erk. des Obertr., S. f. Str.-S. (Pr. 166) v. 6. Sept. 1855 (Entsch. Bd. XXXI. S. 314). Vergl. jedoch Anm. 11**.

13b) Zu den gesetzlichen Zwangsmitteln gehört auch die Androhung und Festsetzung von Geldstrafen. Gegen dergleichen Strafsestsetzungen findet keine Berufung auf rechtliches Gehör statt, da es sich hier nicht um Bestrafung wegen Uebertretungen auf Grund einer erhobenen Anklage, oder um ein administratives Strafverfahren, sondern lediglich um die Vollziehung eines von der Polizeibehörde innerhalb ihres Berufs und ihrer Kompetenz erlassenen Gebots handelt. Der Rechtsweg ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Anordnung nicht durch eine schriftliche Verfügung der Behörde, sondern nur mündlich durch den dazu befugten Beamten getroffen worden ist. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 14. Okt. 1865 (J.M.Bl. 1866, S. 29). In diese Kompetenz fallen auch die Anordnungen zur Beseitigung specieller, den Verkehr belästigender Mißstände, in Beziehung auf welche die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit, Nothwendigkeit und Gesetzlichkeit einer solchen Anordnung der richterlichen Kognition entzogen ist, wenn auch dadurch das Privateigenthum betroffen wird, gemäß §§. 1, 2 des G. vom 11. Mai 1842. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. vom 14. Januar 1854 (J.M.Bl. S. 283); und Erk. desselben Gerichtsh. v. 16. Dez. 1854 (J.M.Bl. 1855, S. 74). Ferner Erk. dess. Gerichtsh. v. 10. März 1855 (J.M.Bl. S. 162). (3. A.) Folgeweise ist auch, wenn von der städtischen Polizeibehörde einem Hausbesitzer eine bestimmte Handlung, z. B. das Auspumpen des Wassers aus seinem Keller, untersagt und bei Uebertretung des Verbots die angedrohte Geldstrafe festgesetzt wird, hiergegen eine Berufung auf den Rechtsweg unzulässig. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 3. Mai 1856 (J.M.Bl. S. 206) u. v. 9. Nov. 1861 (J.M.Bl. 1862, S. 192). — Wenn Jemandem durch eine polizeiliche Verfügung eine bestimmte Handlung, z. B. die Haltung von Tanzmusik, untersagt worden ist, derselbe aber diesem Verbote zuwiderhandelt und deshalb von der Polizeibehörde in Strafe genommen wird, so ist die Berufung auf den Rechtsweg hiergegen unzulässig. Die Behauptung, daß die Strafe vorher nicht angedroht worden sei, kann die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht begründen. Ueber die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges kann von den Gerichten nicht nur durch Erkenntniß, sondern in den geeigneten Fällen auch durch ein bloßes Dekret entschieden werden. Erk. dess. Gerichtsh. v. 7. Nov. 1857 (J.M.Bl. 1858, S. 30).

Gegen Strafverfügungen der Verwaltungsbehörden, durch welche Jemandem aufgegeben wird, einen von ihm widerrechtlich in Besitz genommenen öffentlichen Weg wieder herzustellen, ist der Rechtsweg unzulässig; dagegen ist die Frage über das Eigenthum des betr. Grundes und Bodens der richterlichen Entscheidung unterworfen. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 12. März 1859 (J.M.Bl. S. 113).

(5. A.) Die Polizeibehörden sind berechtigt, für die Befolgung der von ihnen erlassenen Anordnungen zu sorgen und die Ausführung derselben nöthigenfalls auf Kosten des Säumigen durch einen Dritten bewirken zu lassen. Die dafür gezahlten Geldbeträge können demnächst im Wege der Exekution eingezogen werden, ohne daß der Rechtsweg dagegen zulässig ist. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 13. Febr. 1864 (J.M.Bl. S. 129). Wenn die Ausführung einer polizeilichen Anordnung nach fruchtloser Aufforderung des Verpflichteten für dessen Rechnung durch einen Dritten bewirkt worden ist, so ist gegen die Höhe der von der Polizeibehörde festgesetzten und beigetriebenen Kosten nur der Weg der Beschwerde, nicht aber der Rechtsweg zulässig. Erk. des Kompetenz-Gerichtsh. vom 11. April 1868 (J.M.Bl. S. 255).

fugniß geboten worden ist, hat zu gewärtigen, daß es auf seine Kosten zur Ausführung gebracht werde[13c]), — vorbehaltlich der etwa verwirkten Strafe und der Verpflichtung zum Schadensersatze.

4. Königliche Verordnung über die Erscheinung und den Verkauf der neuen Gesetzsammlung. Vom 27. Oktober 1810. (G.S. S. 1.)

Wir ꝛc. ꝛc. In Betracht, daß die bisherige Publikation allgemeiner Gesetze weder an sich den vorgesetzten Zweck gehörig erreicht, noch den Gebrauch und die Uebersicht erleichtert, verordnen Wir hiermit:

§. 1. Es soll für die gesammte Monarchie eine Gesetzsammlung erscheinen, und es werden in dieselbe alle die vom heutigen Tage an erlassenen Gesetze und Verordnungen aufgenommen, welche mehr als ein einzelnes Regierungsdepartement betreffen.

§. 2. Es soll für jedes Regierungsdepartement ein Departementsblatt erscheinen, in welches alle Vorschriften und Publikationen aufzunehmen sind, welche das Departement allein betreffen.

§. 3. Die allgemeine Gesetzsammlung erscheint in Quarto: die Redaktion erfolgt im Büreau Unsers Staatskanzlers, der gesammte Debit aber durch das General-Postamt.

§. 4. Der Preis des Jahrganges ist vorläufig auf 2 Rthlr. festgesetzt und wird stets auf ¼ Jahr vorausbezahlt.

§. 5. Zur Haltung der Gesetzsammlung sind verpflichtet:

a) alle oberen und unteren Staatsbehörden, welche die Kosten aus ihren Fonds bestreiten[13d]);
b) alle Magistrate;
c) alle höheren Militärpersonen mit Einschluß der Stabsoffiziere;
d) die Patrimonialgesetze jeder Art;
e) alle Räthe bei Unsern Ministerien, desgleichen alle Räthe, Assessoren und Referendarien bei Landeskollegien;
f) alle Landräthe;
g) alle Superintendenten;
h) alle Domänenbeamte;
i) alle Gemeinden.

Königl. Erlaß vom 6. Juli 1850, betreffend die Bestimmung, daß zur Haltung der Gesetzsammlung und des Regierungs-Amtsblattes, außer den Räthen und Referendarien der Appellationsgerichte, auch die Mitglieder der Stadt- und Kreisgerichte, einschließlich der Einzelrichter, sowie die Gerichtsassessoren und die Beamten der Staatsanwaltschaft verpflichtet sein sollen. (G.S. S. 362.)

Auf Ihren gemeinschaftlichen Bericht v. 13. Mai d. J. will Ich, da die Vorschriften im §. 5, Buchstabe e der V. v. 27. Oktober 1810 und im §. 8 der V. v. 28. März 1811 mit Rücksicht auf die gegenwärtige Gerichtsverfassung einer Abänderung bedürfen, für sämmtliche Provinzen der Monarchie, mit Einschluß des Bezirks des Appellationsgerichtshofes zu Köln, für welchen es bei den gleichförmigen, der daselbst bestehenden Gerichtsverfassung entsprechenden Vorschriften der V. v. 9. Juni

---

13c) Ueber die Beitreibung der Kosten: V. v. 30. Juli 1853, §. 1, N. 14. (G.S. S. 909.) — Vergl. G. v. 11. Mai 1842 (G.S. S. 192).

(4. A.) Gegen polizeiliche Anordnungen, welche die Wegschaffung einer die öffentliche Sicherheit oder den Verkehr gefährdenden Anlage zum Gegenstande haben, ist der Rechtsweg unzulässig. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 30. Mai 1857 (J.M.Bl. 1858, S. 7).

13d) (4. A.) Das Staatsministerium hat unterm 28. November 1861 den Beschluß gefaßt, daß die königl. Staatsbehörden und diejenigen einzeln stehenden, eine Behörde repräsentirenden Beamten, welche bis dahin die Bezahlung der Gesetzsammlung aus Staatsfonds zu leisten haben (V. v. 27. Okt. 1810, §. 5a), vom Jahre 1862 ab die pro inventario erforderlichen Exemplare der Gesetzsammlung unentgeltlich geliefert erhalten sollen. (J.M.Bl. S. 312.) — Auch die Beamten der Staatsanwaltschaft haben auf eine kostenfreie Lieferung der pro inventario bestimmten, bis dahin gegen Bezahlung entnommenen Exemplare der Gesetzsammlung, auch wenn die Anschaffung bisher aus den für die Büreaubedürfnisse der Staatsanwaltschaft zur eigenen Verwendung festgesetzten Pauschquanten erfolgt ist, Anspruch. R. vom 15. April 1862 (J.M.Bl. S. 138).

1819 (G.S. S. 148) verbleibt, hierdurch bestimmen, daß zur Haltung der Gesetzsammlung und des Regierungs-Amtsblattes, außer den Räthen und Referendarien der Appellationsgerichte, auch die Mitglieder der Stadt- und Kreisgerichte, einschließlich der Einzelrichter, so wie die Gerichtsassessoren, desgleichen die Beamten der Staatsanwaltschaft verpflichtet sein sollen.

§. 6. Die für die letzteren dadurch entstehenden Kosten werden als Gemeindeausgaben betrachtet und aufgebracht. Die Gemeindevorsteher sind für die genaue und gewissenhafte Sammlung und Aufbewahrung verantwortlich und die Obrigkeiten verpflichtet, alle mangelnden Stücke sogleich auf Kosten der Gemeinde wieder anzuschaffen.

§. 7. Die Staatsbehörden, Regimentschefs, Landräthe und Magistrate senden binnen 14 Tagen Nachweisungen an das General-Postamt über den Bedarf an Exemplarien.

§. 8. Jeder, der nicht zur Haltung der Gesetzsammlung verpflichtet ist, kann darauf halbjährig bei den Postämtern abonniren.

§. 9. Ueber Einnahme und Ausgabe wird beim General-Postamte genaue Rechnung geführt und der Ueberschuß in die Staatskassen abgeliefert.

§. 10. Die Gesetzsammlung wird in Unsern Staaten portofrei versandt.

4a. Verordnung über die Einrichtung der Amtsblätter in den Regierungsdepartements und über die Publikation der Gesetze und Verfügungen durch dieselben und durch die allgemeine Gesetzsammlung. Vom 28. März 1811. (G.S. S. 165.)

Wir ꝛc. ꝛc. Zur nähern Ausführung der Verordnung vom 27. Okt. v. J. setzen wir hiermit über die Einrichtung der Amtsblätter in den einzelnen Regierungsdepartements und über die Kraft der Gesetzsammlung Folgendes fest:

§. 1. Es soll in jedem Regierungsdepartement sogleich ein öffentliches Blatt unter dem Titel: „Amtsblatt der (Churmärkischen) Regierung", nach jährlich fortlaufenden Nummern in dem Format der Gesetzsammlung, jedoch mit weniger kostspieligem Druck und Papier erscheinen und der Inhalt nach den Hauptzweigen der innern Verwaltung geordnet sein.

§. 2. Das Amtsblatt erscheint an bestimmten Tagen und enthält:

a) Titel, Datum und Nummer der in der allgemeinen Gesetzsammlung enthaltenen Gesetze.

b) Alle zur allgemeinen Bekanntmachung geeigneten Verfügungen der verschiedenen Landesbehörden, also sowohl der Regierungen und der Ober-Landgerichte, als sonstigen öffentlichen Provinzialbehörden, welche ein gemeinsames Interesse für das ganze Departement, einzelne Kreise und Oerter derselben, oder auch nur für einzelne Klassen der Einwohner des Departements haben. Es fallen mithin alle schriftlichen Cirkularien an die Unterbehörden, und so weit es irgend möglich ist, auch die Cirkularien der Letztern an einzelne Gemeinden hinweg.

c) Belehrungen über öffentliche Angelegenheiten.

§. 3. Auch öffentliche Verfügungen in speziellen Fällen, die eine allgemeine Bekanntmachung erfordern, z. B. Vorladungen, können in eine, unter besondern Nummern, unter dem Namen des öffentlichen Anzeigers fortlaufende Beilage des Amtsblatts, gegen Entrichtung der Einrückungsgebühren, aufgenommen werden; doch bleibt die rechtliche Wirkung an die Insertion in die Intelligenzblätter der Provinz gebunden, und werden in dieser Hinsicht hierdurch die früheren Gesetze nicht abgeändert[14]).

§. 4. Mit dem Anfange des 8. Tages, nachdem die Verordnungen und Verfügungen zum erstenmale im Amtsblatte abgedruckt worden, sind sie für gehörig bekannt gemacht anzunehmen. Die Tage werden hierbei vom Datum der Nummer des Amtsblatts an, und dieses Datum mit eingezählt.

Mit dem Anfange des 8. Tages, nachdem ein, in der allgemeinen Gesetzsammlung erschienenes Gesetz in dem Amtsblatt der einzelnen Regierungen als vorhanden angezeigt ist, ist das Gesetz als gehörig bekannt gemacht anzunehmen, und werden hiebei die Tage auf gleiche Weise gezählt. Nur dann leiden diese Bestimmungen eine Ausnahme, wenn in den Gesetzen oder Verordnungen ausdrück-

---

14) Abgeändert durch das Gesetz, betr. die Aufhebung des Intelligenz-Insertionszwanges und der amtlichen Intelligenzblätter v. 21. Dez. 1849 (G.S. S. 441).

lich ein anderer Zeitpunkt ausgedrückt ist, von welchem ab sie als gehörig bekannt gemacht angenommen werden sollen.

§. 5. Ist der Inhalt einer Verfügung von der Art, daß sogleich etwas zur Ausführung gebracht werden soll, so versteht sich von selbst, daß jede Behörde und jeder Einzelne sogleich nach dem Empfange der Amtsblätter das Nöthige einleiten muß, ohne den Ablauf jener Frist abzuwarten, die nur in Beziehung auf rechtskräftige Wirkungen festgestellt ist.

§. 6. Nur die in dieser Verordnung vorgeschriebenen oder bestätigten Arten der Publikationen von Gesetzen und Verordnungen haben öffentliche Gültigkeit.

§. 7. Der Preis des Jahrgangs eines Amtsblatts wird auf 12 gGr. festgesetzt und viertel- oder halbjährig vorausbezahlt. Die Redaktion und der Abdruck erfolgt unter Aufsicht und an dem Sitze der Regierungen, doch soll die Berechnung und Versendung, da, wo bereits Intelligenz-Comtoirs bestehen, diesen übertragen, der etwanige Ausfall aber aus dem Ueberschuß vom Absatz der allgemeinen Gesetzsammlung gedeckt werden, zu welchem Ende sich die Regierungen über Einnahme und Ausgabe mit der hiesigen Haupt-Debits-Direktion für die Gesetzsammlung zu berechnen haben.

§. 8. Alle in dem §. 5 der Verordnung vom 27. Oktober über die allgemeine Gesetzsammlung benannten Behörden und Personen sind zur Haltung und Bezahlung des Amtsblatts einer Regierung verpflichtet, und außerdem die einzelnen Krüger, Gast- und Schenkwirthe auf dem platten Lande und in den Städten. Nur im Fall äußerster Armuth können die Regierungen diese von der Haltung des Amtsblatts entbinden. Alle Unterbehörden in den Provinzen, die mit einer wirklichen Administration beauftragt sind, ihr Geschäft greife in das Polizei-, Justiz- oder Finanzfach, so wie alle Prediger, erhalten das Amtsblatt der Regierung des Departements unentgeltlich, sind aber auch zur richtigen Ablieferung desselben an ihre Amtsnachfolger verpflichtet.

§. 9. Die Obrigkeiten, Dorfschulzen und Prediger sind verpflichtet dafür zu sorgen, daß die Amtsblätter zur gehörigen Zeit aus dem nächsten Vertheilungsorte abgeholt und den Gemeinden sogleich bekannt werde, daß eine Nummer derselben angelangt sei, damit diese sich gleich die nöthige Kenntniß derselben verschaffen können. Insbesondere sind sie und die Prediger verpflichtet, die Gesetze da zu erklären und zu erläutern, wo die deutsche Sprache weniger bekannt ist. Unrichtige Aufbewahrung der Nummern der Gesetzsammlung und des Amtsblatts wird an den Schuldigen mit dem doppelten Preise des Jahrgangs bestraft.

§. 10. Die Intelligenzblätter erscheinen künftig ferner an den Orten, wo sie zur Bequemlichkeit des Publikums für nöthig gehalten werden, unter den frühern und den hier erneuerten oder bestätigten Vorschriften. Doch soll vom 1. Juli 1811 an, Niemand mehr verpflichtet sein, sie wider seinen Willen zu halten.

§. 11. Die Postbehörden sind für die richtige, schleunige und portofreie Beförderung der Gesetzsammlung und der Amtsblätter besonders verantwortlich.

4b. Deklaration wegen des Anfangs der rechtlichen Wirkung der durch die Gesetzsammlung und durch die Amtsblätter bekannt gemachten Gesetze und Verfügungen. Vom 14. Januar 1813. (G.S. S. 2.)

Wir ꝛc. ꝛc. Thun kund und fügen hiermit zu wissen, daß, nachdem Uns vorgetragen worden, welchergestalt über den Anfang der rechtlichen Wirkung der durch die Gesetzsammlung und durch die Amtsblätter bekannt gemachten Gesetze und Verfügungen Zweifel entstanden seien, Wir zu deren Hebung die hierauf Bezug habenden Vorschriften des A. L.R. Einleitung §§. 10 bis 13, der Verordnung vom 27. Oktober 1810 über die Erscheinung und den Verkauf der neuen Gesetzsammlung und der Verordnung vom 28. März 1811 über die Einrichtung der Amtsblätter zu deklariren geruht haben, wie folgt:

1. Jedermann im Staate ist schuldig, die in die Gesetzsammlung und die in die Amtsblätter eingerückten Gesetze und Verfügungen zu befolgen und sich darnach zu achten, sobald er davon Kenntniß erhalten hat[15]).

2. Es wird angenommen, daß das Amtsblatt acht Tage nach seiner Erscheinung an allen Or-

15) Abgeändert durch das G. v. 3. April 1846, §. 3. S. u. Anm. 18 dazu.

ten des Departements bekannt sei. Nach Ablauf dieses Zeitraums kann sich daher Niemand damit entschuldigen, daß ihm eine in die Gesetzsammlung oder in das Amtsblatt eingerückte Verordnung unbekannt geblieben sei.

3. Hierbei versteht sich von selbst, daß da, wo auf dem gewöhnlichen oder auf einem ungewöhnlichen Wege die Gesetzsammlung oder das Amtsblatt früher bekannt wird, die verbindende Kraft der darin aufgenommenen Vorschrift sofort eintritt, und daß insbesondere alle öffentlichen Behörden sich darnach unverzüglich zu achten verbunden sind, insofern das Gesetz selbst nicht einen andern Zeitpunkt der Anwendung festsetzt.

4c. Kabinetsordre vom 24. Juli 1826, betreffend die öffentliche Gültigkeit der ausschließlich durch die Amtsblätter bekannt gemachten Gesetze. (G.S. 1826 S. 73.)

Auf den Bericht des Staatsministeriums vom 28. v. M., über die öffentliche Gültigkeit der durch die Amtsblätter bekannt gemachten Gesetze, gebe Ich demselben zu erkennen: daß nach den deutlichen Bestimmungen der Gesetze vom 27. Oktober 1810, 28. März 1811 und 14. Januar 1813, ein durch das Amtsblatt bekannt gemachtes Gesetz, wenn es auch nicht in die Gesetzsammlung aufgenommen ist, für die Eingesessenen des Regierungsbezirks, in dessen Amtsblatt es erscheint, verbindliche Kraft hat, ohne Unterschied, ob es eine allgemeine, auf sämmtliche Unterthanen der Monarchie gerichtete Vorschrift, oder eine, nur die Eingesessenen des einzelnen Regierungsbezirks verpflichtende Anordnung enthält, woraus von selbst folgt, daß eine in die sämmtlichen Amtsblätter der Monarchie aufgenommene gesetzliche Bestimmung, wenn sie auch nicht der Gesetzsammlung einverleibt wird, für alle Unterthanen der Monarchie verbindend und gültig ist. Daß ein allgemein verpflichtendes Gesetz ausschließend nur durch die Bekanntmachung in der Gesetzsammlung öffentliche Gültigkeit erlange, ist so wenig vorgeschrieben, daß vielmehr die Amtsblätter als das Organ bezeichnet sind, durch welches der Wille des Gesetzgebers den Unterthanen bekannt werden soll, weil ein in der Gesetzsammlung abgedrucktes Gesetz nicht eher für publicirt geachtet werden kann, als bis dessen Erscheinung nach Titel, Datum und Nummer in den Amtsblättern angezeigt ist. Um so weniger kann es dem geringsten Zweifel unterliegen, daß es für eine völlig hinreichende Publikation des Gesetzes gelten müsse, wenn es seinem vollständigen Inhalte nach in die Amtsblätter aufgenommen wird. Nur die Rücksichten, theils auf den Kostenaufwand, theils auf den leichtern und bequemern Gebrauch für die gerichtlichen und verwaltenden Behörden, haben der Bekanntmachung allgemeiner Gesetze, durch eine einzige Sammlung, den Vorzug vor der Bekanntmachung durch die verschiedenen Amtsblätter der einzelnen Regierungsbezirke verschafft, wobei es als Regel auch dergestalt sein Bewenden haben soll, daß die Gesetzsammlung die allgemeinen Gesetze enthalten, und das Amtsblatt vorzüglich nur zur Aufnahme administrativer Verfügungen bestimmt bleiben muß, ohne daß die verbindliche Kraft des Gesetzes bezweifelt werden darf, wenn aus besondern Gründen gut gefunden wird, es nicht durch die Gesetzsammlung, sondern durch die Amtsblätter bekannt machen zu lassen. Hiernach berichtigt sich die irrthümliche Ansicht des Ober-Landesgerichts zu Breslau, in Beziehung auf die gesetzliche Anwendbarkeit Meiner Ordre vom 10. Januar 1824, durch welche Ich das Regulativ des Finanzministeriums vom 1. Dezember 1820, wegen der Maischsteuer, genehmigt habe.

4d. K.O. v. 29. März 1837, betreffend die Anwendung der preußischen Gesetze in denjenigen Orten, welche bei Grenzregulirungen als Gebietstheile der Monarchie anerkannt oder in Folge eines Austausches an dieselbe abgetreten worden sind. (G.S. S. 71.)

Auf den beigefügten Bericht der Minister der Justiz und der auswärtigen Angelegenheiten habe Ich nach dem Antrage derselben wegen Anwendung der preußischen Gesetze in denjenigen Orten, welche bei Grenzregulirungen auf den Grund abgeschlossener und bestätigter Grenzrezesse als Gebietstheile Meiner Monarchie anerkannt, oder in Folge eines Austausches an dieselbe abgetreten worden sind oder sich noch in der Verhandlung befinden, folgende Bestimmungen erlassen:

1. In allen Fällen, in denen die Grenzregulirung nur verdunkelte und ungewisse Grenzen festgestellt hat, sind die preußischen Gesetze, Verordnungen und Vorschriften, die in demjenigen Gerichts-

bezirk gelten, dem die bisher streitigen Gebietstheile definitiv überwiesen sind, auch in diese letzteren durch die ursprüngliche Publikation für eingeführt zu achten.

2. Dagegen sollen in denjenigen Gebietstheilen, welche seit Einführung der preußischen Gesetzgebung in die neu und wieder eroberten Provinzen in Folge abgeschlossener Grenzregulirungsrezesse an Preußen neu abgetreten worden, die preußischen Gesetze, Verordnungen und Vorschriften, insofern sie nicht schon jetzt auf den Grund besonderer Bestimmungen darin angewendet werden, vom 1. Juli d. J. an unter Beobachtung der Grundsätze desjenigen Patents in Kraft treten, wodurch die diesseitige Gesetzgebung in die Provinz, zu welcher das neu erworbene Gebiet fortan gehört, neu oder wieder eingeführt worden ist.

3. Nach diesen Bestimmungen (1 u. 2) soll in allen Fällen verfahren werden, in welchen künftighin, zu Folge der mit benachbarten Staaten abgeschlossenen Grenzrezesse, entweder zweifelhafte und verdunkelte Grenzen festgestellt worden, oder Gebietsabtretungen stattgefunden haben, wobei ich Sie, die Minister der Justiz und des Innern und der Polizei, ermächtige, in solchen Fällen den Zeitpunkt, mit welchem die preußische Gesetzgebung in das neu erworbene Gebiet eingeführt werden soll, durch ein in die Amtsblätter der betreffenden Provinz aufzunehmendes Publikandum zu bestimmen.

4c. Gesetz betreffend die Publikation der Gesetze. Vom 3. April 1846. (G.S. S. 151.)

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen zur Vereinfachung der bisherigen Bestimmungen über die Publikation der Gesetze auf den Antrag unseres Staatsministeriums und nach vernommenem Gutachten unseres Staatsraths, für den ganzen Umfang unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung[16]) ohne Unterschied[16a]), ob sie für die ganze Monarchie, oder für einen Theil derselben bestimmt sind.

---

16) Organische Erlasse in Staatswirthschaftsangelegenheiten und über Gegenstände der Finanzverwaltung haben die Behörden zu befolgen, wenn sie auch nicht auf diesem Wege publicirt worden sind. Darauf gründet sich wohl das Pr. 1682, vom 30. Jan. 1846 (Entsch. XII, 145): Den fiskalischen Behörden ist nicht gestattet, einen nach älteren Gesetzen gerechtfertigten Anspruch gegen einen Unterthan durchzuführen, wenn der Landesherr in einem neuern Erlasse — falls derselbe auch nicht durch die G.S. publicirt wäre, sondern nur sonst kein Bedenken gegen die Wirklichkeit des Erlasses besteht, — seinen Willen, daß ein solcher Anspruch forthin nicht erhoben werden solle, kundgegeben hat. — Dasselbe wird von Erlassen angenommen, welche das Verhältniß der Beamten betreffen und das dienstliche Verhalten derselben normiren. Zu dieser Gattung rechnet man auch eine, nur ihrem Inhalte nach durch ein Cirk. d. J.M. vom 12. Nov. 1830 (Jahrb. Bd. XXXVI, S. 294) mitgetheilte Kabinetsbestimmung v. 7. Juli 1830, wonach keinem Beamten wegen Verkürzung von Diensteinkünften, oder Ermäßigung von Diäten und Auslage-Liquidationen der Rechtsweg gestattet ist. Erk. des G. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 5. April 1851 (J.M.Bl. S. 191). Die Wissenschaft hat hierbei keine Stimme. (4. A.) Dies ist endlich durch das G. v. 24. Mai 1861 (Zus. 21b zu §. 85, II, 10) abgeändert.

Uebrigens ist rechtsgrundsätzlich angenommen:

a) Organische Verordnungen über Gegenstände der Staatswirthschaft und Finanzverwaltung bedürfen zu ihrer verbindlichen Kraft der besonderen Publikation nicht.

b) Die Gültigkeit älterer, vor Publikation des A. L.R. erlassener Gesetze ist durch das Publikationspatent (zum Anhange) vom 1. April 1803 von deren Aufnahme in die akademische Ediktensammlung und in das neue Archiv nicht abhängig gemacht. Erk. des Obertr. vom 21. Dez. 1854 (Archiv für Rechtsf. Bd. XVI, S. 101).

16a) (3. A.) Wenn nicht in dem betreffenden Gesetze selbst eine andere Verkündigungsart vorgeschrieben ist, wie z. B. in der K.O. v. 2. Juli 1836, betr. das Verbot der Strohdachbedeckungen in der Rheinprovinz, welche a. E. die Vorschrift enthält: „diese Bestimmungen durch die Amtsblätter zur allgemeinen Kenntniß zu bringen". Der Polizeirichter hatte gleichwohl von der Anklage der Uebertretung dieses Verbots freigesprochen, weil eine die ganze Rheinprovinz betreffende Vorschrift durch die Gesetzsammlung hätte publicirt werden müssen, um verbindliche Kraft zu erlangen. Allein das Obertr. hat durch eine Entsch. v. 6. Nov. 1856 wegen der Schlußbestimmung der gedachten K.O., worin ein spezieller Ausspruch des Gesetzgebers über die Art der Verkündigung des vorliegenden Gesetzes gesehen werden müsse, die so erfolgte Verkündigung als rite geschehen anerkannt. Goltdammer, Archiv, Bd. V, H. 1, Nr. 6.

§. 2. Ist in einem durch die Gesetzsammlung verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt[17]), mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen.

Enthält aber das verkündete Gesetz eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft in dem Regierungsbezirk Potsdam mit Berlin mit dem achten Tage; in den Regierungsbezirken Frankfurt, Stettin, Magdeburg und Merseburg mit dem neunten Tage; in den Regierungsbezirken Stralsund, Cöslin, Posen, Breslau, Liegnitz und Erfurt mit dem eilften Tage; in den Regierungsbezirken Marienwerder, Bromberg, Oppeln und Minden mit dem zwölften Tage; in den Regierungsbezirken Danzig, Münster und Arnsberg mit dem dreizehnten Tage; in den Regierungsbezirken Königsberg und Gumbinnen, so wie in der Rheinprovinz, mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablaufe desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist.

4f. G., die Einführung und Publikation der preuß. Gesetze in den neu erworbenen Jade-Gebieten betreffend, v. 14. Mai 1855. (G.S. S. 306.)

§. 3. Die Gesetzeskraft der für die Jade-Gebiete erlassenen Gesetze und Verordnungen tritt mit dem vierzehnten Tage von dem Ablaufe desjenigen Tages ein, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist.

§. 3. Auch für diejenigen, welche schon früher von dem Gesetz Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit[18]), nach demselben sich zu achten, erst mit dem im §. 2 bestimmten Zeitpunkte.

§. 4. Das vorliegende Gesetz tritt am 1. Mai d. J. in Kraft. Nach seinen Bestimmungen sind nur diejenigen Erlasse zu beurtheilen, welche an eben diesem Tage oder späterhin als Gesetze verkündet werden. Auch treten von da ab alle dem vorliegenden Gesetze entgegenstehenden bisherigen Vorschriften außer Kraft.

4g. Verordnung, betreffend die Publikation der Gesetze in denjenigen Landestheilen, welche durch das Gesetz vom 20. September 1866 (G.S. S. 555) der preußischen Monarchie einverleibt worden sind. Vom 1. Dezember 1866 (G.S. S. 743).

Wir ꝛc. verordnen für diejenigen Landestheile, welche durch das Gesetz vom 20. September 1866 der Preußischen Monarchie einverleibt worden sind, was folgt:

§. 1. Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die zu Berlin erscheinende Gesetzsammlung für die Königl. Preußischen Staaten, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Theil derselben bestimmt sind.

§. 2. Ist in einem durch die Gesetzsammlung (§. 1) verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen. Enthält aber der verkündete Erlaß eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft mit dem zwölften Tage nach dem Ablaufe desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist.

§. 3. Auch für Diejenigen, welche schon früher von dem Gesetz Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit, nach demselben sich zu achten, erst mit dem im §. 2 bestimmten Zeitpunkte.

§. 4. Die nähere Bezeichnung derjenigen Behörden und Beamten, welche verpflichtet sein sollen, die Gesetzsammlung (§. 1) auf ihre Kosten zu halten, wird einer besonderen Königlichen Verordnung vorbehalten.

§. 5. Zur Publikation anderer, als der im §. 1 bezeichneten landesherrlichen Erlasse und all-

---

17) Die Schule nennt die Zeit bis dahin „vacatio“. Ein Beispiel davon giebt im R.R. die Lex Julia et Papia Poppaea.

18) Darüber war man vorher in Zweifel. Nach dieser Bestimmung ist es so anzusehen, als wenn vor Eintritt des Zeitpunkts das Gesetz als solches noch nicht existirte, so daß weder ein Recht, noch eine Pflicht, sich darnach zu achten, vorher zur Entstehung kommt. Nach Eintritt ist es gleichgültig, ob man das Gesetz kennt, oder nicht. Vergl. §§. 12 u. 13.

gemeiner Anordnungen der Behörden in den einzelnen Landestheilen die geeigneten Organe zu bestimmen, bleibt dem Minister des Innern überlassen*).

§. 6. Diese Verordnung tritt am 1. Januar 1867 in Kraft. Alle derselben entgegenstehenden bisherigen Vorschriften sind von da ab aufgehoben.

Urkundlich ꝛc.

4b. Verordnung, betreffend die Publikation der Gesetze in denjenigen Landestheilen, welche durch die Gesetze vom 24. Dezember 1866 (G.S. S. 875, 876) der Preußischen Monarchie einverleibt worden sind. Vom 29. Januar 1867 (G.S. S. 139).

Wir ꝛc. verordnen für diejenigen Landestheile, welche durch die Gesetze vom 24. Dezember 1866 der Preußischen Monarchie einverleibt worden sind, was folgt:

§. 1 bis 5 (lauten wie die §§. 1 bis 5 des Zusatzes 4 a)**).

---

*) Allg. Verf. des J.M. vom 31. Dezember 1866, betr. die Anschaffung der Gesetzsammlung und des interimistisch eingeführten Amtsblatts in den durch das Gesetz vom 20. September 1866 mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheilen (J.M.Bl. 1867, S. 2).

In Gemäßheit der Allerh. Verordnung vom 1. d. M., betreffend die Publikation der Gesetze in den neu erworbenen Landestheilen, hat der Herr Minister des Innern unterm 27. d. M. bestimmt, daß als dasjenige Organ, durch welches die im §. 5 der Verordnung gedachten landesherrlichen Erlasse und allgemeinen Anordnungen der Behörden zu veröffentlichen sind, in Hannover und Cassel ein neues Blatt unter dem Titel „Amtsblatt für Hannover", beziehungsweise „Amtsblatt für Hessen" erscheinen, für Nassau dagegen das dortige Intelligenzblatt und für Frankfurt das dortige Amtsblatt bis auf Weiteres benutzt werden soll. In diesen Blättern werden auch Titel, Datum und Nummer der in der Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten publicirten Gesetze, sowie diese Gesetze selbst, soweit dies für zweckmäßig erachtet wird, bekannt gemacht werden. Die bisherige Gesetzsammlung des ehemaligen Königreichs Hannover, die Sammlung von Gesetzen ꝛc. für das ehemalige Kurfürstenthum Hessen und das Verordnungsblatt zur Publikation der Gesetze und Verordnungen der höheren Landesstellen im ehemaligen Herzogthum Nassau hören mit dem 1. Jan. 1867 zu erscheinen auf.

Sämmtliche Gerichtsbehörden und Justizbeamte in den neuen Landestheilen werden hiervon mit dem Bemerken benachrichtigt, daß die Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten und die oben genannten interimistisch eingeführten Amtsblätter vom 1. Januar 1867 ab bei der Postanstalt zu bestellen sind. Die Gerichtsbehörden werden angewiesen, die Kosten für die Anschaffung der Gesetzsammlung und das Amtsblatt für den betreffenden Gerichtsbezirk, welche sofort zu bewirken ist, aus dem Büreaukosten-Fonds zu bestreiten.

**) Auf Grund des §. 5 ist die nachstehende Allg. Verf. des J.M. v. 18. Mai 1867, betreffend die Anschaffung der Gesetz-Sammlung ꝛc. in den durch die Gesetze vom 24. Dez. v. J. mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheilen, ergangen.

In Gemäßheit der Allerh. Verordnung v. 29. Januar d. J., betreffend die Publikation ꝛc., hat der Herr Minister des Innern unterm 4. d. M. für das Gebiet der ehemaligen Herzogthümer Holstein und Schleswig bis auf Weiteres „das Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein" zu demjenigen Organ bestimmt, durch welches die im §. 5 der Verordnung bezeichneten landesherrlichen Erlasse und allgemeinen Anordnungen der Behörden zu veröffentlichen sind. In diesem Blatte werden auch Titel, Datum und Nummer der in der Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten publizirten Gesetze, sowie diese Gesetze selbst, soweit dies für zweckmäßig erachtet wird, bekannt gemacht werden.

In gleicher Weise ist zum Publikations-Organ bestimmt worden:

für Gersfeld, Orb und Vöhl „das Amtsblatt für Hessen";

für Homburg, Biedenkopf, Gießen, Rödelheim und Nieder-Ursel das jetzige Regierungsblatt für den Bezirk des Civil-Kommissariats zu Homburg; letzteres jedoch nur einstweilen und bis zur Organisation des Regierungsbezirks Wiesbaden — §. 2 der V. vom 22. Februar d. J. (G.S. S. 273) —, wonächst das Intelligenzblatt für Nassau an seine Stelle treten wird.

Sämmtliche Gerichtsbehörden und Justizbeamte in den oben angegebenen Landestheilen werden hiervon mit dem Bemerken benachrichtigt, daß die Gesetzsammlung, das Verordnungsblatt und in Gemäßheit des allerh. Erlasses vom 12. Dezember 1866 (J.M.Bl. S. 347) auch das im Büreau des Justizministerii redigirte Justizministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, welches auch für die bezeichneten Landestheile zum Publikationsorgan der an die Justizbehörden und Beamten in denselben ergehenden allgemeinen Verfügungen benutzt wird und außer den Justizbehörden auch von den Anwalten und Notarien anzuschaffen ist, vom Beginne des laufenden Jahres ab bei der Postanstalt zu bestellen sind. Die Kosten Seitens der Behörden sind aus dem Büreaukosten-Fonds zu bestreiten. (J.M.Bl. S. 148.)

§. 6. Diese Verordnung tritt sofort in Kraft. Alle derselben entgegenstehenden bisherigen Vorschriften sind hiermit aufgehoben.

Urkundlich ꝛc.

41. Verordnung, betreffend die Einführung des Bundesgesetzblattes für den Norddeutschen Bund. Vom 26. Juli 1867 (Bundesgesetzbl. S. 24).

Wir ꝛc. verordnen zur Ausführung der Artikel 2 und 17 der Verfassungsurkunde für den Norddeutschen Bund, im Namen des Bundes, was folgt:

§. 1. Für das ganze Gebiet des Norddeutschen Bundes wird in Berlin ein

„Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes"

erscheinen, durch welches sämmtliche Bundesgesetze (Art 2 der Verfassungsurkunde des Norddeutschen Bundes), und Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidiums (Art. 17) verkündet werden sollen.

§. 2. Der Tag der Ausgabe des Bundesgesetzblattes in Berlin (Art. 2 der Verfassungsurkunde des Norddeutschen Bundes) ist auf dem Blatte anzugeben.

§. 3. Die Herausgabe des Bundesgesetzblattes erfolgt im Büreau des Bundeskanzlers.

Urkundlich ꝛc.

§. 12. Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staats[19]) sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; und es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen[20]).

§. 13. Nur in dem Falle, wo vorhin erlaubte, oder als gleichgültig angesehene Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt, oder verboten worden, soll der Uebertreter mit dem Einwande:

---

19) Fremde also, welche sich vorübergehend im Lande anshalten, sind hier nicht mit gemeint. Diese Fassung ist nicht ungenau oder zufällig, wie unten der §. 34 zeigt, sie hat eine geschichtliche Veranlassung. In Beziehung auf Zuwiderhandeln gegen verbietende Gesetze nahm man fast allgemein an, daß Fremde die besonderen Gesetze des Landes oder des Ortes, wo sie sich seit Kurzem aufhalten, nicht gekannt hätten, und ließ die Entschuldigung der Unwissenheit gelten. Böhmer ad Carpzov., Qu. 149, obs. 4, n. 67; Struben, rechtl. Bed. Th. II, Bd. 113 u. Th. IV, Bd. 28; Quistorp, peinl. R. Th. I, §. 48. Hierauf bezieht sich die Bestimmung des folg. §. 13.

20) Allgemeine Regel ist hiernach, daß ein Rechtsirrthum nicht angenommen werden darf, wegen desselben Grundes, aus welchem auch das R.R. in der Regel keine Rücksicht auf den error juris nimmt, nämlich weil die Rechtsnorm gewiß sei und daher von Jedem, wenn er selbst sie nicht wisse, durch Erkundigung leicht in Erfahrung gebracht werden könne, folglich Jeder seine Unkenntniß nur seiner eigenen groben Nachlässigkeit beizumessen habe, wovon er selbst die Folgen tragen müsse. L. 2, L. 9, §. 3 D. de juris et facti ignorantia (XXII, 6). Um dem Irrenden eine solche Nachlässigkeit vorwerfen und deshalb auf den Irrthum nicht Rücksicht nehmen zu wollen, muß der Gegenstand des Irrthums eine als gewiß anzusehende Vorschrift sein, d. h. der Irrthum muß sich auf das Dasein und den Inhalt des Gesetzes beziehen: „es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen." Die Unwissenheit über juristische Thatsachen (error facti) wird nicht unberücksichtigt gelassen. Ein von beiden zu unterscheidender Irrthum bezieht sich auf die Auffassung des Inhalts der Rechtsnorm und auf die Unterordnung der Thatsachen unter die Rechtsregel, oder auf die streitigen Rechtssätze. Was zehn Rechtsverständige so auslegen, das verstehen zehn Andere anders, und Andere noch wieder anders, und doch kann nur die eine Meinung die wahre Rechtsnorm sein, alle anderen müssen Irrthümer sein. Soll man hier dem Irrenden eine grobe Nachlässigkeit vorwerfen dürfen? Im Gegentheil: er strengt alle seine Geisteskräfte an, das Wahre zu erkennen. Man rechnet daher diesen Irrthum nicht zu den Fällen des Rechtsirrthums, sondern zu den des faktischen, weil der Irrthum im Grunde in der fehlerhaften Erkenntniß der Thatsachen und in der unrichtigen Subsumtion derselben unter die Rechtsregel beruht. v. Savigny, Bd. III, S. 327 ff. u. 470. Vergl. L. 38 D. de cond. ind. (XII, 6.) Das A. L.R. erwähnt gleichfalls nicht dieses dritten Falles von Irrthum, daher man ihn nothwendig zu den Fällen des juristischen oder des faktischen rechnen muß. Nach der Fassung des §. 12 muß man sich für den faktischen Irrthum entscheiden. Ueber den Irrthum bei der condictio indebiti unten I, 16, §. 167 „Jeder Irrthum" und die Anm. dazu.

(5. A.) Die zu vermuthende Kenntniß eines Gesetzes umfaßt auch die Kenntniß seines Gebiets. Von dem Grundsatze des §. 12 sind Polizeiverordnungen nicht ausgeschlossen. Erk. des Obertr. vom 6. April 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 111).

daß er, ohne Vernachlässigung seiner Pflichten, vor der vollbrachten That, von dem Verbote nicht unterrichtet gewesen,

annoch gehört werden [21]).

Anwendung der Gesetze.

§. 14. Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden [22]).

§. 15. Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publicirte Erklärung eines älteren Gesetzes aber giebt, in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen, den Ausschlag [23]).

§. 16. Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hiezu eine hinlängliche Frist bestimmt haben [24]).

§. 17. Frühere Handlungen, welche, wegen eines Mangels der Förmlichkeit, nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, in so fern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten, zur Zeit des darüber entstandenen Streits, dabei angetroffen werden [25]).

---

21) In Anwendung auf Delikte finden sich im R.R. eine Reihe von Aussprüchen, welche von einer Unterscheidung zwischen Delikten, die schon abgesehen von positiven Strafgesetzen für strafbar gelten, und solchen Handlungen, deren Strafbarkeit ein bestimmtes Verbot erfordert, ausgehen. Bei den Delikten der zweiten Klasse wird zwar auch nicht die Unkenntniß des Strafgesetzes nachgesehen, indem man von Jedem fordert, das Dasein des Gesetzes zu wissen. Aber man nimmt in vielen Fällen Rücksicht darauf, wenn der Handelnde zwar das Gesetz kennt, doch über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung irrt. In diesem Falle wird bei Strafgesetzen von ganz positiver Natur gewissen Klassen von Personen (Frauen, Landleuten, Soldaten, Minderjährigen) Nachsicht gewährt. Eine ähnliche Ausnahme von der Regel des §. 12 macht hier der §. 13 bei unerlaubten Handlungen, und zwar ohne Beschränkung auf gewisse Klassen von Personen. — Manche gemeinrechtliche Juristen dachten bei Anwendung dieser Ausnahme an das Erforderniß der Neuheit des Gesetzes und suchten nach einer Begrenzung in der Zeit. (Danstorp, peinl. R. Th. I, §. 48; Glück, Kommentar I, S. 294 u. A.) Von dieser Auffassung waren auch die Verf. des G.B. anfangs ausgegangen: der umgearbeitete Entwurf bestimmte 4 Wochen nach der Publikation. Im G.B. aber erschien der §. 13 in seiner jetzigen Fassung, und es ist nicht ersichtlich: wie er in dieser Fassung in das zum Drucke bestimmte Manuskript gekommen ist. (Gesetzrevis. Mot. zum §. 7 des Entw. S. 103.) Augenscheinlich entspricht die Vorschrift, wie sie jetzt ist, dem Sinne ihres Vorbildes besser. (4. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß der §. 13 nach der neueren Gesetzgebung über die Publikation der Gesetze und Verordnungen für aufgehoben erachtet werden müsse. Niemand könne sich mit der Unbekanntschaft der gehörig verkündeten Gesetze und Verordnungen entschuldigen. Erk. v. 4. Sept. 1863 (J.M.Bl. S. 254).

22) Diese Vorschrift ist nur auf Gesetze des materiellen Rechts, die nach §. 1 der Einleitung Gegenstand des Landrechts sind, zu beziehen. K.O. vom 11. Okt. 1839 (G.S. S. 329). — Vergl. u. §. 51 u. o. Publ.-Pat. §. VIII. Ueber die Anwendung dieser Regel des §. 14 auf die einzelnen Rechte und Rechtsverhältnisse s. o. die Anmerk. 25 zu §. VIII, u. unten Anm. 74, Abs. 2 zu §. 66, Tit. 4. (4. A.) Hinsichtlich der Pflicht zur Urkundenedition kommen, — wenn dieselbe nicht aus einem in früherer Zeit vertragsmäßig oder vermöge besonderer Rechtstitel bereits erworbenen Rechte, sondern lediglich aus den früheren thatsächlichen Verhältnissen hergeleitet wird, — nicht die früher geltend gewesenen, sondern die zur Zeit der verlangten Edition geltenden Gesetze zur Anwendung. Erk. des Obertr. v. 1. Febr. 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XX, S. 105).

23) Der Satz ist unbestritten und uralt. Vergl. Nov. 19 praef. i. f. u. c. 1. Die daneben stehende hiervon verschiedene Regel des §. IX im Publ.-Pat. ist bloß transitorisch. Ob eine Verordnung des Gesetzgebers eine authentische Auslegung eines älteren Gesetzes sei, ist eine Thatsache, worüber der Richter zu befinden hat. Vergl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen (Hannover 1828) Bd. II, S. 385. Fehlt die Erklärung des Gesetzgebers darüber, so kann die Frage zweifelhaft sein; eine Rechtsregel kann selbstverständen über eine Thatsache nicht entscheiden. Der Ausspruch des Obertr. in der in Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 308 mitgetheilten Entscheidung v. 6. Juni 1833: „Soweit das neue Gesetz den Grund der älteren Verordnung bestimmt angiebt, erklärt und erläutert es zugleich dasselbe," bezieht sich auf die V. vom 11. März 1818 und das darauf bezügliche spätere Gesetz vom 9. Juni 1827, mit dessen Auslegung es sich beschäftigt; und darf für einen allgemeinen Grundsatz nicht genommen werden. In anderen Fällen kann ein neues Gesetz den Grund des alten sehr wohl angeben und doch Neues verordnen.

24) Diese Vorschrift giebt der Gesetzgeber sich selbst und ist hier ohne alle praktische Bedeutung.

25) Vergl. §§. 42 u. 43, Tit. 3 und §. XI des Publ.-Pat., auch Note 24 zu §. VII des Publ.-

§. 18. Aufgehoben [25a]).

§. 19. In sofern aber aus einer verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden [25b]).

§. 20. Ist es zweifelhaft: ob das Verbrechen vor oder nach der Publikation des

---

Pat. — Das Verhältniß des §. 17 der Einl. zu dem §. 43, Tit. 3 hat Zweifel und Meinungsverschiedenheit veranlaßt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gilt die Regel: die als Bedingung der Gültigkeit positiv vorgeschriebene Form der Rechtsgeschäfte wird nach dem Gesetze beurtheilt, welches zur Zeit der unternommenen Rechtshandlung gilt (tempus regit actum). Anm. 25 zu §. VIII des Publ.-Pat. Diese Regel findet sich als bleibend ausgesprochen im §. 42, I, 3; sie findet sich gleichmäßig ausgesprochen in den transitorischen Bestimmungen des Publ.-Pat. §§. XI und XII; sie wird auch anerkannt von gemeinrechtlichen Schriftstellern. Weber, über Rückanwendung der Gesetze, S. 90 u. ff. Nur in der Beziehung, wenn das neue Gesetz die Form eines Rechtsgeschäfts erleichtert, ist von der Allgemeingültigkeit der Regel die Ausnahme von Einigen behauptet worden, daß, wenn die neue Form beobachtet worden sei, diese zur Aufrechthaltung des Geschäfts genüge. Glück, Komment., §. 21 a. E. (Bd. I, S. 147). Der dort als Gewährsmann genannte Voet, Comm. I, 3, §. 17, ist hierüber unbestimmt. Diese Meinung war bei der Abfassung des Entwurfs ohne Einfluß geblieben. Einl. §. 19. Suarez aber fand, bei der revisio monitorum, daß es doch zwei Fälle gebe, wo ein neues Gesetz allerdings ad casus praeteritos gezogen werden könne, nämlich a) bei Strafgesetzen, b) wenn es die Form, woran vorhin die Gültigkeit einer Handlung gebunden war, simplificirt und abkürzt, z. B. bei den Solennitäten der Testamente. Diese Ansicht fand Beifall und so entstand der §. 17. (Bornemann, System I. S. 193.) Hierbei aber hatte man nicht daran gedacht, daß der §. 43, I, 3 dieser Ausnahme vorbeugte, indem er verordnete: Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form vom Anfange an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden. Beide Satzungen können nicht nebeneinander bestehen. Man hat sie vereinigen wollen, dadurch, daß jeder Bestimmung eine andere Beziehung zugeschrieben worden ist. Das ist jedoch unrichtig: beide betreffen einen und denselben Gegenstand, nämlich die positive Form der Rechtsgeschäfte in Beziehung auf die Zeit. Der Ausdruck „Handlungen" bezeichnet den Gattungsbegriff für alle Rechtsgeschäfte oder juristische Thatsachen, und umfaßt sowohl Verträge als einseitige Rechtshandlungen. Das Obertr. (I. Senat) hat in dem Pr. 2097, vom 8. Februar 1849 (Entsch. XVII, S. 509) ausgesprochen: Die Vorschrift des §. 17 der Einleitung findet auf die Form von Verträgen keine Anwendung. Der gleiche Ausspruch ist schon vorher von dem IV. Senat am 19. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 106) gethan. Dort wird als Grund behauptet, daß solches aus dem Wesen eines Vertrages folge und auch nach §. X des Publ.-Pat. angenommen werden müsse. Die Bestimmung dieses §. X ist aber gar nicht auf den Fall, wo ein neues Gesetz eine mildere Form einführt, zu beziehen und hat auch an sich, als eine transitorische, gar nicht die Kraft, einen als bleibend vorgeschriebenen Grundsatz des Gesetzbuchs selbst wieder aufzuheben. Was aber das geltend gemachte Wesen eines Vertrages betrifft, so ist daraus ganz gewiß nicht eine als Bedingung der Gültigkeit vorgeschriebene positive Form (nur von einer solchen handelt es sich) abzunehmen; sonst könnten die positiven Formen von den verschiedenen Gesetzgebern nicht so sehr verschieden und willkürlich vorgeschrieben sein. Auf gültigen Rechtsgründen beruht darnach die Beschränkung der allgemeinen Bestimmung des §. 17 nicht; der Ausspruch ist weiter nichts als der gewiß nicht zu tadelnde Behelf der Praxis, den Widerspruch zu beseitigen. Damit wäre man seiner jedoch erst bei Verträgen ledig, bei einseitigen Handlungen bleibt er stehen. Aber auch in dieser Beziehung trägt die völlig unpraktische Bestimmung die Unwirksamkeit in sich, indem sie „die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten" fordert. Hieran anknüpfend sagt das Pr. des Obertr. vom 20. Febr. 1849 (Entsch. XVIII, S. 242, Nr. II): „Ist eine nach älteren Gesetzen zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vorgeschriebene Förmlichkeit nicht beobachtet, so wird, wenn ein neueres Gesetz von dieser Förmlichkeit absieht, das früher abgeschlossene Geschäft nicht darum allein, sondern nur dann gültig, wenn alle von dem neueren Gesetze als wesentlich vorgeschriebene Förmlichkeiten beobachtet sind." Nun müßte es doch wohl ein höchst seltener Zufall sein, wenn Jemand eine Rechtshandlung nach anderen als den gerade vorgeschriebenen Förmlichkeiten vollzogen hätte, und die beobachteten Phantasieförmlichkeiten mit denjenigen Formen übereinstimmen sollten, welche ein noch nicht einmal in Aussicht stehendes künftiges Gesetz vorschreiben wird. Auf diese Weise hat die Praxis den Mißgriff der Gesetzgebung genügend ausgeglichen.

25a) Durch Art. VII des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche vom 14. April 1851. (S. A.) Der §. 18 lautet: „Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu Statten, an welchem diese Strafe, zur Zeit der Publikation des neueren Gesetzes, noch nicht vollzogen war."

25b) Ist eine bloße Anwendung der Regel. Anm. 25 zu §. VIII des Publikationspatents.

neuen Gesetzes vorgefallen sei, so muß, bei Bestimmung der Strafe[25c]), das mildere Gesetz zum Grunde der Entscheidung genommen werden.

§. 21. Uebrigens stehen, bei Beurtheilung einzelner Streitfragen, die allgemeinen Gesetze den Provinzialgesetzen, diese den besondern Statuten und diese endlich den auf andere Art wohlerworbenen Rechten nach[26]).

Wen die Gesetze verbinden.*)

§. 22. Die Gesetze des Staats[27]) verbinden alle Mitglieder desselben, ohne Unterschied des Standes[28]), Ranges und Geschlechts.

Ueberhaupt.[29])

§. 23. Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse[30]) eines Menschen wer-

---

25c) Für den Civilpunkt ist diese Vorschrift nicht präjudicirlich; im Civilprozesse dienen die allgemeinen Beweisregeln zur Richtschnur.

26) Kommen verschiedene Territorialrechte innerhalb desselben Gebiets, die nicht neben einander, sondern in dem Verhältnisse der Unterordnung zu einander stehen, in Frage, so gilt die Regel: specialis lex derogat generali, oder Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht. Diese Regel bestätigt der §. 21. Doch leidet die Regel eine Ausnahme in den besonderen Fällen, wo das allgemeinere Recht absolut gebietende Vorschriften giebt, wie z. B. die Bestimmung über den Großjährigkeitstermin. Vergl. Note 3 und 9 zum Publ.-Pat.

*) (5. A.) Meine Abh., Von der Anwendung mehrerer Rechtsquellen (Kollision der Gesetze hinsichts des Ortes); in der juristischen Zeitung von 1833, Kol. 254 ff., 276 ff., 300 ff., 322 ff., 346 ff.

27) Das Gesetzbuch enthält also nur Territorialrecht, und nach diesem Territorialrechte sollen sich Alle ohne Unterschied richten. Der Grund der Rechtsgemeinschaft ist mithin das Staatsgebiet, nicht die Volksabstammung: nationale Rechte gelten nicht, und der bis in die neuere Zeit geduldete Ueberrest davon, das persönliche Recht der Juden, ist nun auch untergegangen. Verf.-Urk. Art. 4 und 12.

28) Die besonderen Standesrechte, welche sonst den Personen, die von Geburt oder Abstammung einem gewissen Stande (Klasse von Einwohnern) angehörten, gemeinsam waren, z. B. das Privat-Fürstenrecht, sind damit, folgerecht (s. die vor. Note), völlig beseitigt. S. o. Note 3 zum Publ.-Pat.

29) Ueberhaupt. Unter dieser Ueberschrift gehen die Verfasser über zur Bestimmung der örtlichen Grenzen der verschiedenen, einander widerstreitenden Territorialrechte und zur Entscheidung der von diesen Grenzen abhängigen Kollisionen. Sie schließen sich dabei an an die damals herrschende Lehre der Statuta personalia, realia und mixta. Personalstatuten nennt man diejenigen Gesetze, welche hauptsächlich über die persönlichen Zustände Bestimmung treffen; Realstatuten heißen die Gesetze, welche hauptsächlich von unbeweglichen Sachen handeln; gemischte Statuten sollen Gesetze sein, welche nach Einigen bloß über Handlungen Vorschriften geben, nach Anderen solche, welche sich über Person und Sache zugleich verhalten, oder auch wohl nur solche, welche die Form der Handlungen zum Gegenstande haben (J. Voet, de statutis §. 4); bei der Begrenzung der Begriffe und in der Anwendung aber findet man eine große Menge ganz verschiedener Meinungen, und man hat die Ueberzeugung gewonnen, daß die Lehre wegen ihrer Unvollständigkeit und Unbestimmtheit völlig ungenügend ist, als Grundlage für die Entscheidung der Kollisionsfragen zu dienen. v. Savigny, System VIII. S. 123. Das A. L.R. trifft unter dem Einflusse dieser Lehre in den §§. 23—35 Bestimmungen über die Kollision der Rechte verschiedener Bezirke; doch sind sie, wie zu erwarten, unvollständig und vieldeutig wie ihr Vorbild, daher es zu verwundern wäre, wenn es an der Verschiedenheit der Meinungen fehlte, auf welche man in der Rechtsanwendung wie in der theoretischen Auslegung stößt. — Vorausgesetzt sind bei der Fassung dieser Bestimmungen vielleicht nur die Rechte verschiedener Bezirke innerhalb des pr. Landes, indeß sind die Grundsätze auch für die Kollision der einheimischen Rechte mit den Rechten fremder Staaten anwendbar; die Praxis findet solches nicht zweifelhaft.

30) Nicht allein die persönlichen Eigenschaften (die Rechtsfähigkeit), sondern auch die Befugnisse (zu handeln, die Handlungsfähigkeit oder die Wirkung der Rechtsfähigkeit) sollen nach diesem Rechte beurtheilt werden. Damit ist die Unterscheidung der Rechtsfähigkeit an sich und der Wirkungen derselben, worüber man gemeinrechtlich streitet, verworfen. Vergl. §. 35. Auch die besondere Fähigkeit zu gewissen Rechtshandlungen, namentlich die Fähigkeit der Frauenspersonen zur Uebernahme von Bürgschaften, ist nach dem Personalstatute zu bestimmen, denn die Unterscheidung mancher Schriftsteller zwischen allgemeiner und besonderer Fähigkeit ist nirgend anerkannt. Außer den persönlichen Eigenschaften und Befugnissen, sowie deren Wirkungen, müssen aber, nach allgemeinen Grundsätzen, gleichfalls nach dem Personalstatute beurtheilt werden: I. Das Erbrecht, namentlich: 1. die Testamentsfähigkeit, (daher auch die Fähigkeit, ein Fideikommiß zu gründen, und die gesetzlichen Erfordernisse einer Fideikommißstiftung, wie auch das Obertr. in dem Erk. vom 8. Mai 1865, Arch. f. Rechtsf. Bd. LX. S. 39, anerkannt hat), und zwar bei Veränderung des Wohnsitzes nach der Testamentserrichtung sowohl nach dem Ortsrechte zur Zeit der Errichtung, als nach den Rechten des letzten Wohnsitzes zur Zeit des Todes; 2. der Inhalt nach dem Personalstatute des letzten Wohnsitzes; 3. die Fä-

higkeit des Erben und Legatars nach deren eigenem persönlichen Rechte; die Erwerbung der Erbschaft aber richtet sich nach dem Rechte des Erbschaftsforums (Erk. des Obertr. v. 17. Dezemb. 1855, Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX. S. 186); 4. die Form des Testaments; doch wird hierüber gestritten, indem nach einer anderen Meinung die Regel: locus regit actum, Anwendung finden soll. v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 365. Das L.R. bestimmt darüber nichts; die Praxis hat sich in letzter Instanz für diese andere Meinung entschieden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 6. März 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVI. S. 270), und vom 3. April 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 368). S. auch unten, Anm. 44, Nr. IV. 5. Die Intestaterbfolge, nach I, 12, §. 537; II, 1, §. 495; Anh. §. 78. Wegen des §. 32 der Einl. wird der Grundsatz bestritten, von Bornemann, Pr. R. (2. A.) Bd. II, S. 54 ff. Allein diese Stelle bezieht sich auf Handlungen unter Lebendigen, und das Pr. R. kennt nicht mehrere Erbschaften, sondern nur Eine Erbschaft eines Verstorbenen (Pr.-O. Tit. 2, §. 121), was nicht passen würde, wenn der §. 32 eine Vorschrift für die Erbfolge enthalten sollte. Auch v. Savigny a. a. O. S. 316 ff. führt den Beweis für die Wahrheit unserer Lehre. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. X, S. 143 ff. u. 177 ff. u. unten, Anm. 42 zu §. 32. Auch viele, wenn nicht die meisten, Gerichte nehmen sie an. S. das Glogauer Urtel v. 1828 in m. Schl. Archiv Bd. II, S. 79 ff. Vergl. den Rechtsfall in Ulrich und Sommer, neues Arch. Bd. VI. S. 476 ff. 6. Erbverträge wie Testamente. II. Das Familienrecht, namentlich: 1. die Ehe mit ihren Folgen und Wirkungen, nach dem Personalstatute des Mannes (II, 1, §. 369), mit Ausschluß der Form der Eingehung, wobei zwar die Gesetze des Ortes, wo man sich verbindet, in Betracht kommen, doch aber auch die Ehe in der Form, welche an dem Orte, wo die Eheleute ihren Wohnsitz nehmen wollen, vorgeschrieben ist, gültig vollzogen werden kann. Seuffert, Archiv, Bd. II, Nr. 5. 2. Das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, bei ehelichen Kindern nach dem Personalstatute des Vaters; bei unehelichen nach dem des Kindes. In Beziehung auf uneheliche Kinder sind die Meinungen der Schriftsteller wie der Gerichte, sowohl nach Gemeinem als nach preuß. Rechte verschieden. Eine Meinung führt die Ansprüche aus der unehelichen Zeugung auf ein Delikt (Reichs-Pol.-O. 1530, Tit. 33, 1548, Tit. 25, 1577, Tit. 26) zurück und will deshalb auf das am Orte der Klage geltende Gesetz sehen, weil das Gesetz ein zwingendes, streng positives sei. v. Savigny, Bd. VIII, S. 278. Diesen Charakter hat das französische; die franz. Gerichte nehmen daher eine solche Klage nicht an: das franz. Recht erkennt einen solchen Anspruch gar nicht an nnd verbietet die Erörterung desselben. Wo aber, wie in Deutschland, der Anspruch an sich rechtliches Dasein hat und die Gesetze verschiedener Länder nur über den Umfang oder über die Bedingungen von einander abweichen, da ist der Charakter derselben als ein positiv gebietender nicht zur Anerkennung gekommen. Daher urtheilen die Gerichte über die Frage: welches Recht zur Anwendung zu bringen, verschieden; die Einen sehen auf den Ort der Klage, wie bei Delikten (Seuffert, Arch. für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. II. Nr. 4), die Anderen auf den Ort des Beischlafs (ebd. Bd. I, N. 153, Bd. II. Nr. 118). Dabei wird zwischen den Ansprüchen der Geschwächten und den Rechten des Kindes nicht unterschieden. Anders nach pr. Rechte. Anfangs vermischte man auch hiernach, auf Grund des §. 37, Tit. 3, Th. I A.L.R., beiderlei Ansprüche. In neuerer Zeit aber ist die Unterscheidung, sowohl bei Schriftstellern als in den Gerichten, klar und bestimmt hervorgetreten und die Praxis hat sich nunmehr für die Lehre entschieden, wonach die Rechte des Kindes gegen seinen Erzeuger als Folgen und Wirkungen der persönlichen Eigenschaften (des Status) eines Menschen anzusehen und nach dem Personalstatute des Kindes zu beurtheilen sind. Hierauf gründet sich der Pl.-Beschl. des Obertr. vom 21. November 1849 (Pr. 2158, Entsch. XVIII, 39): „Aus einer Schwängerung, welche an einem Orte, wo französisches Recht gilt, stattgefunden hat, steht dem daraus unter der Herrschaft des französischen Rechts geborenen und domizilirenden Kinde gegen den Schwängerer ein rechtlicher Anspruch auch dann nicht zu, wenn dieser nach dem Beischlafe seinen Wohnsitz aus dem Orte des französischen Rechts nach einem Orte verlegt, wo das A. L.R. gesetzliche Kraft hat." Hiermit stimmt der Satz, welcher einer späteren Senatsentscheidung vom 1. Novbr. 1850 (Entsch. XX, 300) vorangestellt ist, und so lautet: „Die Alimentationspflicht des Vaters in Beziehung auf die von seinem Sohne erzeugten außerehelichen Kinder ist nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, in welchem die Schwängerung erfolgt ist," nicht überein. Das beruhet aber auf einer unrichtigen Auffassung und Fassung; der Satz ist ein Privaterzeugniß, kein von dem Obertr. ausgehendes Präjudiz; die Gründe der Entscheidung aber sind eben die des Pl.-Beschl. vom 21. November 1849, und enthalten nichts von der Anwendung des örtlichen Rechts der Schwängerung, sondern sprechen von dem Wohnsitze der Mutter und des Kindes. (4. A. Noch in dem Erk. des Obertr. vom 3. Dezember 1851 [Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 143] ist der Plenarbeschluß dahin angewendet worden, daß die Rechte des unehelichen Kindes gegen seinen Vater als durch die Gesetze des Geburtsortes [richtiger: nach den Gesetzen des sich nach dem Domizil der Mutter zur Zeit der Niederkunft bestimmenden Domizils] des Kindes bestimmt erachtet worden sind, wenngleich der Vater diesen Gesetzen nicht unterworfen, was allerdings bei unehelichen Kindern ein gleichgültiger Umstand ist. Allein jener Plenarbeschluß vom 21. Novbr. 1849 [Pr. 2158] ist später durch einen Pl.-Beschl., vom 1. Februar 1858, wieder umgestoßen. Dieser Pl.-Beschl. hat nach einer langen Diskussion gegen das einstimmige Votum beider Referenten den Satz als Rechtssatz zu Tage gefördert: „Das Recht eines unehelichen Kindes gegen seinen Vater auf Alimente wird in dem Falle, wo die Mutter des Kindes bei

den nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz[31]) hat.

---

dessen Geburt den Wohnsitz, welchen sie zur Zeit ihrer präsumtiven Schwängerung inne gehabt, aufgegeben hatte, nach dem Gesetze ihres Domizils zur Zeit der Schwängerung beurtheilt." [J.M.Bl. S. 115 und Entsch. Bd. XXXVII, S. 1.] Ich notire dies als rechtsgeschichtliche Thatsache. Auf die unerquickliche Begründung ist nicht einzugehen. Da die Zeit der präsumtiven Schwängerung so geräumig ist, daß die Mutter in Grenzorten ein Dutzend Mal ihren Wohnsitz ändern kann, so ist der Satz bodenlos. [5. A. In diesem Falle hilft sich das Obertr. mit dem Satze: non deficit jus, sed probatio, und sagt: „Liegt der Klägerin aber zur Begründung ihrer Klage der Beweis ob, daß die von ihr erhobenen Ansprüche durch das am Orte der Schwängerung geltende Recht geschützt seien, so muß ihre Klage an dem Umstande scheitern, daß es eben ungewiß ist, ob die Schwängerung auf der linken Rheinseite, deren Gesetzgebung jenen Ansprüchen entgegensteht, oder auf dem Gebiete des Ostrheines, wo solche durch das örtliche Recht geschützt sein würden, stattgefunden hat, und es somit an dem Beweise des entfernten Klagegrundes (fundamendum remotum) fehlt. Erk. vom 19. Juni 1866, Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 252.] Eine Lehre giebt dieser Plenarbeschluß: es ist auch auf die Plenarbeschlüsse des Obertr. nicht zu bauen. Es ist weiter in dieser Beziehung, als Ausnahme von der Regel des §. 23, auch angenommen, daß es nicht sowohl auf den Wohnsitz der Geschwängerten im streng rechtlichen Sinne ankomme, als vielmehr darauf, daß sie während der Empfängnißzeit einen dauernden Aufenthalt an dem Orte, wo die Schwängerung vorgefallen, namentlich als Dienstbote, gehabt. Erk. des Obertr. v. 15. April 1859 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 141]. [Der Satz, daß die Gesetze des Wohnortes der Mutter zur Zeit der Schwängerung die maßgebenden seien, ist gegen eine neuere Anfechtung von dem Obertr. durch das Erkenntniß v. 1. Novbr. 1861 aufrecht erhalten. Entsch. Bd. XLVII. S. 55.] Dieser Grundsatz findet jedoch nur dann Anwendung, wenn da, wo die Schwängerung stattfand und die Geschwängerte diente, die K.O. v. 4. Juli 1832 und v. 5. Dez. 1835 Gesetzeskraft haben. Erk. dess. vom 12. Sept. 1859, Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 43), v. 29. Juni 1863 (Entsch. Bd. L. S. 311) u. v. 19. Juni 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 250). — Als Ausfluß der Statusrechte müssen folgerecht mit der zeitlichen und örtlichen Veränderung des Personalstatuts sich auch die „Befugnisse" des Kindes ändern. Hinsichtlich der zeitlichen Veränderung ist solches von der Gesetzgebung in der That ausgesprochen, denn das Patent v. 9. Sept. 1814, §. 11 und v. 9. Nov. 1816, §. 14 erkennen den unehelichen Kindern, welche bis dahin unter der Herrschaft des franz. Rechts gelebt haben, die Rechte, welche ihnen das A. L.R. giebt, mit dem Tage der Einführung des L.R. zu; das Gleiche muß, wegen Gleichheit des Grundes, auch bei örtlichen Veränderungen gelten, so daß, wenn z. B. ein uneheliches Kind seinen Wohnsitz aus dem Bezirke des franz. R. in den des A. L.R. verlegt, von diesem Zeitpunkte an ihm die Rechte der unehelichen Kinder gegen seinen Vater zustehen. Ob es solche geltend machen kann, oder nicht, hängt von den Gesetzen des Wohnsitzes des Vaters ab. Wohnt er unter dem franz. Rechte, so ist es unmöglich bei einem franz. Gerichte, wegen des positiven Verbotsgesetzes; wohnt er unter einem Rechte, welches die Ansprüche des Kindes aus dem Status anerkennt, so können dieselben geltend gemacht werden. (4. A.) Der V. (rheinische) Senat des Obertr. hat in Bezug darauf ausgesprochen, daß die Geltendmachung und Durchführung der einem unehelichen Kinde an dem Orte seiner Geburt auf Grund der dort geltenden Gesetze gegen seinen Erzeuger zustehenden Ansprüche an einem anderen Orte nur unter der Voraussetzung stattfinde, daß auch an diesem Orte jene Ansprüche gesetzlich anerkannt sind. Erk. v. 23. Sept. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 205). (5. A.) III. Der staatsrechtliche Status (status publicus), d. h. der Inbegriff der Eigenschaften und Fähigkeiten, welche eine Person haben muß, um nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts an der Gesetzgebung oder der Regierung und Verwaltung des Staats theilnehmen zu können, gehört nicht in die Sphäre des Privatrechts, daher kann dabei die Frage von der Kollision der Statuten nicht in Betracht kommen; das öffentliche Recht eines jeden Staats ist absolut und ausschließlich maßgebend.

31) Wohnsitz heißt der bleibende Mittelpunkt der Lebensverhältnisse und Geschäfte einer physischen Person. Juristische Personen können keinen natürlichen Wohnsitz haben; man schreibt ihnen jedoch wegen des Bedürfnisses, einen gewissen Gerichtsstand derselben zu begründen, einen künstlichen Wohnsitz zu. Ist ein solcher nicht bei der Gründung der juristischen Person festgestellt, so ist der Sitz des Geschäftsbetriebes derselben dafür anzunehmen. Ueber die Art, wie der Wohnsitz erworben und wieder aufgehoben wird, s. m. Priv. Recht §. 219. — Wirkungen des Wohnsitzes sind, sowohl nach Röm. als nach heutigem Rechte, außer den Ortslasten, Gerichtsstand (forum domicilii) und Rechtsgenossenschaft. Allein beide Wirkungen haben in den heutigen, oder richtiger in den im A. L.R. vorausgesetzten, staatlichen Zuständen andere Beziehungen: weder der Wohnsitz macht nothwendig, wie nach R. R., immer zum Mitgliede der Ortsgemeinde, noch bezieht sich der Gerichtsstand auf die Obrigkeit des Stadt- oder Ortsgebiets, sondern auf die eines Gerichtsbezirks. Die s. g. Eximirten sind nicht der Gerichtsbarkeit der Ortsobrigkeit unterworfen. II, 8, §§. 6 u. 62. Der Wohnsitz macht also zwar das ihm eigenthümliche Recht (lex domicilii) zur Eigenschaft der Person, dieses Recht ist aber nicht das des Ortes, sondern das der Gerichtsbarkeit, welcher die Person vermöge ihres Wohnsitzes und ihrer

5. V. über Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes, vom 3. Januar 1849, §. 15 (G.S. S. 5).

So lange in einzelnen Provinzen noch besondere Provinzial- oder statutarische Rechte bestehen, welche auf die nach den zeitherigen Bestimmungen vom ordentlichen Gerichtsstande eximirten Personen und Sachen nicht Anwendung gefunden haben, bleibt diese Anwendung für solche Personen und Sachen auch ferner ausgeschlossen.

§. 24. Eine bloße Entfernung aus seiner Gerichtsbarkeit, bei welcher die Absicht, einen andern Wohnsitz zu wählen, noch nicht mit Zuverlässigkeit erhellet, verändert die persönlichen Rechte und Pflichten dieses Menschen nicht[32]).

§. 25. So lange Jemand noch keinen bestimmten Wohnsitz hat[33]), werden seine persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten nach dem Orte seiner Herkunft[34]) beurtheilt.

---

übrigen persönlichen Eigenschaften unterworfen ist. Dieses ist es, was der §. 23 sagt. Innerhalb eines Gebietes konnten sonst viele Gerichtsbarkeiten vorkommen, deren Entstehungsgründe und Grenzen sehr verschiedenartig waren. Das Jahr 1848 hat hierin eine große Veränderung zur Folge gehabt: die standesherrliche, städtische und Patrimonialgerichtsbarkeit jeder Art in Civil- und Strafsachen, sowie die geistliche Gerichtsbarkeit in allen weltlichen Angelegenheiten ist aufgehoben; die Gerichtsbarkeit wird überall nur durch vom Staate bestellte Gerichtsbehörden ausgeübt. V. v. 2. Jan. 1849, §. 1 (G.S. 1). Seitdem giebt es in den geographisch abgegrenzten Kreisen und Bezirken nur Eine Gerichtsbarkeit. Allein die besonderen Rechte, welche in den aufgehobenen Gerichtsbarkeiten mit verschiedenartigen Grenzen in demselben geographischen Bezirke galten, und nach welchen die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse der, mit fremden Gerichtsangehörigen in demselben Stadt- oder Landbezirke vermischt wohnenden Gerichtseingesessenen bestimmt wurden, sind beibehalten. (Zus. 5 zu §. 23.) Der §. 23 ist nun nicht mehr nach seinem Wortlaute anwendbar, sondern es muß festgestellt werden, welcher Gerichtsbarkeit eine Person angehören würde, wenn jene Sondergerichtsbarkeiten nicht aufgehoben worden wären, um hiernach das auf sie anwendbare Lokalstatut zu ermitteln. — Der Grundsatz, daß die persönlichen Rechte durch den Wohnsitz bestimmt werden, gilt ohne Unterschied des Staatsverbandes oder Unterthanenverhältnisses (der Inländer und Ausländer). Das Gesetz v. 31. Dez. 1842 (G.S. 1843, S. 15) betrifft nicht das Privatrecht, sondern staatsrechtliche Verhältnisse.

32) Wird aber ein anderer Wohnsitz erworben, so verändern sich damit auch die persönlichen Rechte. Das ist der Gegensatz der Bestimmung. Das Aufgeben des Wohnsitzes allein, ohne die Erwerbung eines neuen, hat diese Wirkung nicht, vielmehr bleiben die persönlichen Rechte nach dem Statut des aufgegebenen Wohnsitzes bis zur wirklichen Begründung eines neuen Wohnsitzes unverändert, weil eben bis dahin noch keine Veränderung eingetreten ist. Die scheinbar entgegenstehenden §§. 22—25, Tit. 2 Pr.-O. betreffen bloß den Gerichtsstand. Der folgende §. 25 der Einleitung bezieht sich auf den Fall, wo die Person noch überhaupt keinen, von ihrer Herkunft verschiedenen Wohnsitz begründet hat. Ist dieses geschehen, so ist damit das Recht der Herkunft verändert und kann nicht von selbst wieder entstehen. Der Satz aber, daß die persönlichen Rechte sich mit dem Wohnsitze ändern, hat keine Anwendung auf schon erworbene Befugnisse, namentlich nicht auf die schon erworbene Selbstständigkeit und Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit). Diese geht nicht wieder verloren, wenn ein großjährig Erklärter, oder nach dem Rechte seines Wohnsitzes mit Zurücklegung des 20sten Jahres großjährig Gewordener einen neuen Wohnsitz an einem Orte nimmt, wo die Minderjährigkeit länger dauert. Hierüber sind Schriftsteller und Praxis einig. R. v. 2. Novbr. 1789 (Klein, Annal. IV, S. 172); R. v. 24. Januar 1815 (Jahrb. Va, S. 7); R. v. 19. März 1798 (Stengel IX, 255); Entsch. der G.K. vom 24. Januar 1798, Nr. 2 (Klein IV, 197); R. vom 28. August und v. 5. Januar 1813 (Jahrb. I, 203 u. II, 186). Vergl. auch Uebereinkunft mit Sachsen v. 15. März 1821, §. 3 (G.S. S. 39). Einige gemeinrechtliche Schriftsteller, z. B. Lauterbach, de domicilio §. 69; Hert, de collisione legum §. 5 i. f., waren anderer Meinung.

33) Damit ist ein Wohnsitz gemeint, welchen eine Person sich selbstständig errichtet hat. Wenn Jemand zu der Zeit, wo es darauf ankommt, keinen solchen Wohnsitz hat, so ist die Ursache davon entweder, daß er den erworben gehabten Wohnsitz wieder aufgegeben und noch keinen neuen gegründet hat. Für diesen Fall ist der §. 24 der Einl. bestimmend. S. die vorige Note. Oder er hat überhaupt noch keinen eigenen Wohnsitz gehabt. Auf diesen Fall bezieht sich dieser §. 25.

34) Darunter ist nicht der Geburtsort zu verstehen, sondern die origo oder der Ort, an welchem zur Zeit der Geburt des Menschen, oder im Falle der Veränderung zur Zeit der Beendung der väterlichen Gewalt über ihn, der eheliche Vater desselben seinen Wohnsitz hatte. Pr.-O. Tit. 2, §§. 17—20; A. L.R. II, 2, §. 60. Der Grund ist, weil das Kind den Wohnsitz des Vaters theilt. Vergl. R. v. 17. März 1794 (Klein, Annal. Bd. XIV, S. 324, und Voetius, Commentar. V, 1, §. 92 a. E.). Das Gleiche gilt von Ehefrauen, welche den Wohnsitz des Ehemannes haben (Pr.-O. Tit. 2, §. 87; A. L.R. II, 1, §§. 175, 679. Domicilium matrimonii. L. 5 D. de ritu nupt. XXIII, 2; L. 65 D.

§. 26. Ist der Ort seiner Herkunft unbekannt, oder außerhalb der königlichen Lande[35]), so gelten die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, oder die besonderen Gesetze seines jedesmaligen Aufenthaltes, so wie nach den einen, oder den andern, eine von ihm unternommene Handlung am füglichsten bestehen kann.

§. 27. Hat Jemand einen doppelten Wohnsitz[36]), so wird seine Fähigkeit zu handeln, nach den Gesetzen derjenigen von beiden Gerichtsbarkeiten beurtheilt, welche die Gültigkeit des Geschäfts am meisten begünstigen.

Bei beweglichen Sachen.

§. 28. Das bewegliche Vermögen eines Menschen wird, ohne Rücksicht seines gegenwärtigen Aufenthaltes, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben beurtheilt[37]). (§. 23 sqq.)

---

de jud. V, 1; L. 9 C. de incolis; L. 38, §. 3 D. ad munic. L, 1) und nach Auflösung der Ehe, bis zur willkürlichen Veränderung, auch behalten. (Pr.-O. Tit. 2, §. 90; A. L.R. II, 1, §. 738; L. 22, §. 1 D. ad mun.) Uneheliche Kinder haben, so lange sie nicht legitimirt sind, den Wohnsitz der Mutter. (Pr.-O. Tit. 2, §§. 21 u. 99; A. L.R. II, 2, §. 640.) Desgleichen haben selbstständige Dienstboten und Hausofficianten den Wohnsitz ihrer Herrschaft. (Pr.-O. Tit. 2. §. 13; A. L.R. I, 1, §. 4. — Pr. des Obertr. 489, vom 25. Juni 1838. Das scheinbar entgegenstehende Gesetz v. 31. Dezbr. 1842, §. 2 [G.S. 1843, S. 8] betrifft bloß politische Verhältnisse.) — Die §§. 22 — 25 betreffen nur den Gerichtsstand der Wohnsitzlosen, und sind dem §. 25 der Einl. nicht entgegen.

35) Diese Ausnahme von der Regel ist erst in Folge von Erinnerungen gegen den Entwurf aufgenommen, um eine praktische Schwierigkeit zu beseitigen, welche aus der Unbekanntschaft mit dem im Auslande geltenden Rechte bei uns entstehen möchte. (Bornemann, System, Bd. I, S. 202, Anmerk.) Warum jedoch nur für den Fall, daß der Ort der Herkunft des Fremden außerhalb Landes ist, die Ausnahme gelten soll, ist nicht ersichtlich, da der Grund ebenso dann zutrifft, wenn der Wohnsitz außerhalb Landes ist. Der §. 35 der Einl. giebt die gleiche Vorschrift auch für diesen Fall, doch mit der Einschränkung auf Verträge über Gegenstände, welche sich hier im Inlande befinden. Im Uebrigen bleibt es sonach bei der Regel, daß die Handlungsfähigkeit der Fremden nach dem Rechte ihres Wohnsitzes, wenn sie einen Wohnsitz haben, zu beurtheilen ist.

36) Für diesen Fall muß ein anderer Grundsatz gelten, als für den Gerichtsstand angenommen ist. Pr.-O. Tit. 2, §. 5. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müßte das Recht des ersten Wohnsitzes für die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person bestimmend sein, weil dieses erste persönliche Recht durch die Erwerbung eines zweiten gleichzeitigen Wohnsitzes nicht verändert wird. Das behauptet auch Savigny, System VIII, S. 101. Der §. 27 trifft aber eine andere Bestimmung, um unternommene Rechtsgeschäfte möglichst aufrecht zu erhalten. Vergl. §. 35. Für die Intestaterbfolge aber ist dieselbe unmöglich, hier kann nur das eine Recht ausschließend entscheiden, und dieses ist das älteste. Die Analogie aus §. 58, Tit. 18, Th. II ist wegen Ungleichheit des Gegenstandes unzulässig.

37) In der Zeit der Entstehung des L.R., wo die Unterscheidung zwischen Personal- und Realstatuten herrschte, machte man allgemein einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Auf bewegliche Sachen sollte nicht die lex rei sitae, sondern die lex domicilii Anwendung finden, indem man fingirte, daß bewegliche Sachen immer so angesehen werden müßten, als befänden sie sich am Wohnsitze der Person. Dies findet sich oft durch die Formel ausgedrückt: mobilia ossibus inhaerent. Neuere Schriftsteller verwerfen diese Unterscheidung wegen ihrer inneren Haltlosigkeit und Inkonsequenz. Das A. L.R. hat diese Lehre aufgenommen; die Bestimmungen sind jedoch ungenügend zur Erledigung der praktischen Fragen, welche aus den mannigfachen Beziehungen im Rechtsverkehre entstehen. Die Unterscheidung hat ursprünglich ihren Sitz im Erbrechte. Dieses bestimmt sich nach dem Rechte des Wohnsitzes des Erblassers. Die Vertheidiger der Unterscheidung wollen dies nur in Beziehung auf den Mobiliarnachlaß gelten lassen, auf unbewegliche Sachen aber die lex rei sitae angewendet wissen. Daraus erklären sich die Ausdrücke „das bewegliche Vermögen", „Mobiliarvermögen", in den §§. 28, 30, 31. Von dem Erbrechte hat man dann die Unterscheidung auf die Rechte an einzelnen Sachen übertragen. Dieser Uebertragung sind die Verfasser des L.R. nicht gefolgt; nur der §. 29 spricht von einer einzelnen Sache. Die Fassung der §§. 28 — 32 ist nun so ausgefallen, daß es zweifelhaft ist: ob von dem Inbegriffe oder von einzelnen Rechten gehandelt wird. Man ist indeß jetzt ziemlich allgemein einig darüber: daß diese Bestimmungen sich nicht auf das Erbrecht, sondern auf Rechte an einzelnen Sachen beziehen. S. o. Note 30 zu §. 23. Die Fassung ist jedoch so allgemein und unbestimmt, daß darnach eine sichere Behandlung der verschiedenen Rechte an Sachen nicht möglich ist. Man muß unterscheiden. Zuvörderst sind die obligatorischen Rechte abzusondern. Diese gehören nicht zu dem „beweglichen Vermögen eines Menschen" im Sinne des §. 23. Das ergiebt die Theorie, welche das A. L.R. zu der seinigen macht, unzweifelhaft, und ist auch von der Praxis angenommen. Pr. des Obertr. 903, v. 25. Juli 1840. Die Bestimmungen beziehen sich

§. 29. Bei einer doppelten Gerichtsbarkeit haben die Rechte des Ortes, wo sich die Sache befindet, den Vorzug[38]).

§. 30. Ist aber in einem solchen Falle (§. 29) das Mobiliarvermögen, zur Zeit der sich darauf beziehenden Handlung, an einem dritten Orte[39]), so finden die Gesetze

---

also nur auf dingliche Rechte. Diese sollen nach der lex domicilii „des Menschen" beurtheilt werden, namentlich also auch deren Erwerbung und Verlust. Unter diesem Menschen ist sicher der Eigenthümer der Sache verstanden, und bei Uebertragungen wohl der bisherige Eigenthümer. Wenn aber das Eigenthum streitig ist? Dann wird der Besitzer dafür genommen werden müssen. Und wenn die Sache keinen Eigenthümer und keinen Besitzer hat? Dann muß die lex rei sitae bestimmend sein. Ob z. B. Eigenthum durch Okkupation zu erwerben möglich ist, kann nicht nach der lex domicilii entschieden werden. 1. Eigenthumsübertragung soll sich nach der lex domicilii richten. Das L.R. erfordert Uebergabe, das franz. Recht nicht. Verkauft ein Preuße eine ihm gehörige Sache, welche sich in Köln befindet, so hat der Käufer eher nicht das Eigenthum erworben, als bis ihm die Sache übergeben worden ist; verkauft ein Kölner eine dort befindliche Sache einem Preußen, so erwirbt dieser sofort Eigenthum durch Abschluß des Kontrakts. — Bei der erwerbenden Verjährung durch Besitz fällt die lex domicilii mit der lex rei sitae zusammen, wenigstens in der Regel. 2. Auf die Gebrauchs- und Nutzungsrechte an beweglichen Sachen wird die lex domicilii des Bestellers angewendet. 3. Das Pfandrecht soll nach der Vorschrift des §. 28 nach demselben Rechte behandelt werden. Das führt jedoch zu Widersinnigkeiten. Denn ein Bewohner von Neuvorpommern kann nach seiner lex domicilii an einer beweglichen Sache Pfandrecht durch bloßen Vertrag bestellen; das L.R. kennt kein Vertragspfandrecht ohne Uebergabe (I, 20, §§. 111, 105). Jener müßte daher an seiner in Breslau befindlichen Sache durch bloße acceptirte Willenserklärung, nicht allein am Orte Breslau selbst, sondern sogar an seinem Wohnorte ein Pfandrecht bestellen können, dergestalt, daß dasselbe gegen jeden Dritten mit der dinglichen Pfandklage verfolgbar wäre. Das wird verneint werden müssen. Wenn der Fall aber der ist, daß eine in Vorpommern durch Vertrag gültig verpfändete Sache in den landrechtlichen Bereich kommt, kann da das einmal gültig entstandene dingliche Recht gegen jeden Dritten verfolgt werden? Diese Frage haben sich auch die Verfasser des L.R. vorgelegt. Ein Monent hatte die Unterscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sachen getadelt. Dazu bemerkte v. Grolmann: „Halte ich für erheblich. Z. E. es ist an vielen Orten Rechtens, daß eine Generalhypothek auch Mobilien afficirt. Wenn nun ein Fremder seine mit einer solchen Hypothek beschwerte Uhr in Berlin verkauft, würde man dem fremden Pfandgläubiger verstatten, actionem hyp. anzustellen?" Suarez erwiderte: „Ich halte das Monitum gegen die Meinung des Herrn v. G. für unerheblich. Nur allein bei Verträgen, die von einem Ausländer über Mobilien, die sich innerhalb Landes befinden, im Lande geschlossen werden, würde ich annehmen, daß die Wirkungen desselben nach den LL. fori contractus zu beurtheilen sind. Z. E. es stirbt ein Hamburger, welcher bewegliches Vermögen in Berlin hat, so muß doch wohl die Succession in dies Vermögen nach den Hamburger Gesetzen beurtheilt werden. Aber der Hamburger verkauft in Berlin seine bei sich habende Uhr, so sind die Wirkungen des Kaufs nach den Berliner Gesetzen zu beurtheilen." (Mat. Bd. 80, Abschr. Bd. 1, Bl. 31 und Ges.-Rev.-Mot. z. Einl. S. 112.) Eine Entscheidung findet sich nicht. Die Aeußerungen zeigen, daß man über die Beziehung der lex rei sitae unklar war, das Beispiel des Verkaufs ist nicht aus dem Sachenrechte, sondern aus dem Obligationenrechte; doch erhellet so viel, daß man auf unsern Fragefall die lex domicilii für unanwendbar hielt. Das ist das Richtige, deshalb, weil das preuß. R. das Institut des Vertragspfandrechts nicht kennt und folglich in seinem Gebiete nicht schützt; denn dieses (ein Hypothekenrecht) ist wesentlich ein anderes als das Faustpfand (pignus). Vergl. v. Savigny VIII, S. 197. Der Fall zeigt, daß von der abstrakten und unbestimmten Satzung des §. 28 abgesehen, und in jedem einzelnen Falle der anwendbare Rechtssatz nach allgemeinen Grundsätzen gefunden werden muß. Namentlich wird auch der Besitz, dessen Erwerb und Verlust, nicht nach der lex domicilii „des Menschen" — man weiß hier in der That nicht: ob des bisherigen Besitzers, oder des neuen Erwerbers, — sondern nach der lex rei sitae zu beurtheilen sein.

38) Die Bestimmung zeigt, daß man nicht an die Verlassenschaft und das Erbrecht, sondern an Rechte an einzelnen Sachen gedacht hat, denn unmöglich ist anzunehmen, daß man hierdurch eine mehrfache Universalsuccession in das Mobiliarvermögen hat vorschreiben wollen.

39) Z. B. Kaufmannswaaren, welche der Eigenthümer außerhalb seines Wohnortes niedergelegt hat. Ein Gutsbesitzer, welcher einen Wohnsitz unter dem A. L.R. und einen unter dem franz. R. hat, hat in Stralsund Getreide aufgespeichert und will es verpfänden. In Stralsund gilt das gemeinrechtliche Vertragspfand, nach franz. und preuß. Rechte nur das Faustpfand; aber die Erwerbungsart ist nach dem Code civil Art. 2076 ganz anders als nach pr. R.: ohne Abfassung einer Urkunde und ohne deren Einregistrirung kann kein Pfandrecht bestellt werden. Welches ist nun das dem pr. R. am nächsten kommende? Sind die Rechtsinstitute als das Wesentliche bestimmend, so muß das fr. R. zur Anwendung kommen. Dann aber ist die Verpfändung in Stralsund wegen der Erwerbungsart unausführbar. Die Bestimmung ist also unpraktisch. Noch weit schwieriger wird die Anwendung derjel-

desjenigen Ortes Anwendung, welche dem gemeinen Rechte der preußischen Staaten am nächsten kommen.

§. 31. Das bewegliche Vermögen eines Menschen, der keinen bestimmten Wohnsitz hat, wird nach den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthaltes[40]), jedoch mit Rücksicht auf seinen persönlichen Stand[41]) beurtheilt.

Bei unbeweglichen Sachen.

§. 32. In Ansehung des unbeweglichen Vermögens gelten, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers, die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet[42]).

---

ben, wenn die Sache zur Zeit der sich darauf beziehenden Handlung auf dem Transport, vielleicht auf der Eisenbahn ist, auf welcher die Sache während der Handlung mehrere Landgebiete mit verschiedenen Rechten durchlaufen kann. Zur Entscheidung dieses Falles hat das L.R. keinen Grundsatz. Soll die Regel des §. 28 (die lex domicilii) angewendet werden, so hat man die Wahl zwischen dem Rechte des ältesten der beiden Wohnsitze und der Analogie nach §. 27. Das Erstere ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Richtige; das Andere entspricht mehr den wohlwollenden Zwecken des L.R., die unternommenen Rechtsgeschäfte gegen Ungültigkeit zu sichern.

40) Nach dem Grundsatze des §. 28 sollte das Recht des Ortes der Herkunft oder des letzten eigenen Wohnsitzes zur Anwendung kommen. §§. 24 u. 25. Die abweichende, als Ausnahme anzusehende Vorschrift dieses §. 31 bezweckt praktische Erleichterung; sonst giebt es dafür keinen zwingenden inneren Grund.

41) Nämlich ob er zu einer Klasse von Personen gehört, die sonst eximirte waren. S. o. Note 31 zu §. 23.

42) Das Pr. des Obertr. 663, v. 17. Mai 1839 sagt: „Unter den Gesetzen des fori rei sitae sind eigentliche Realstatuten zu verstehen, d. h. solche, welche speziell auf Immobilien sich beziehende Vorschriften enthalten." Gegen die Rechtswahrheit dieses Satzes ist Einspruch zu thun, in sofern, wie der Wortlaut sagt, darunter ein s. g. Statut zu verstehen sei, welches sich ganz besonders mit Immobilien beschäftigt. Die lex rei sitae ist das Recht, welches dort gilt, wo die Sache liegt. In den Ländern des fr. R. ist z. B. der Code das Realstatut über die dort befindlichen Sachen, es kann also der Käufer eines Grundstücks, welches einem Preußen gehört, das Eigenthum durch bloßen Vertrag, ohne Uebergabe, erwerben. — Die Frage: ob die Satzung sich auf das Erbrecht oder nur auf Rechte an einzelnen Sachen beziehe, ist schon oben, Note 30 zu §. 23, erledigt. Hier ist dazu noch nachzutragen: Man hat auch das Obertr. zu den Vertretern der Meinung gezählt, nach welcher der §. 32 auf die Universalsuccession (Erbfolge) bezogen werden soll, und sich dafür auf die Entsch. v. 6. April 1839 (Ulrich, Arch VI, 504) berufen. (Erg. z. A. L.R. [2. A.] Bd. I, S. 117.) Diese Entsch. ist identisch mit dem Pr. 655, v. 6. April 1839: „Diese Vorschrift kommt auch bei den zu einer Erbschaft gehörigen Immobilien zur Anwendung." Der Fall betrifft jedoch nicht unsere Frage. Die Parteien stritten über die Anwendung der Westphälischen Erblandesvereinigung von 1590, welche die Töchter von der Erbfolge in adelige Güter im Herzogthume Westphalen ausschließt. Daß ein Realstatut, welches zu politischen Zwecken über die Vererbung einer bestimmten Klasse von Immobilien unter seiner Herrschaft besondere Vorschriften giebt, auf solche Güter anzuwenden sei, ist nicht streitig; ein solches Gesetz hat eine positiv gebietende Natur. Das Pr. 655 bezieht sich nur auf diesen Fall. Unsere Frage aber ist: ob der §. 32 vorschreibe, daß die Erbfolge in unbewegliche Sachen nicht nach dem Rechte des Wohnsitzes des Erblassers, sondern nach den allgemeinen Erbschaftsgesetzen, welche an den verschiedenen Orten, wo die einzelnen Grundstücke liegen, gelten, bestimmt werde. Und diese Frage ist zu verneinen. Der §. 32 bezieht sich auf die an unbeweglichen Sachen möglichen dinglichen Rechte, namentlich auf Eigenthum und Besitz, auf persönliche und Prädial-Servituten, auf das Pfand- und Hypothekenrecht, auf die Superficies und Emphyteusis, auf Rechte an Kolonaten, Fideikommissen und Lehen (die ja nicht zur Erbschaft gehören), und insbesondere auf die besondere Erwerbs- und Besitzfähigkeit, auf den Erwerb und Verlust, somit auch auf die Ersitzung (Usukapion) und dergl. So und anders nicht hat auch das Obertr. die Vorschrift aufgefaßt, nach dem Pr. 967, v. 4. Januar 1841: „Die Bestimmung des §. 32 bezieht sich auf die Rechte, die der Eigenthümer an unbeweglichen Sachen hat; z. B. die Zeit, binnen welcher er sie durch Verjährung erwirbt; dagegen ist die Dispositionsfähigkeit nach §. 23 zu beurtheilen." (Präj.-Samml. I, S. 3.) Damit stimmt auch die Vorschrift I, 5, §. 115 überein. Nach Vorschrift des §. 32 richtet sich auch die Nachfolge in Lehen und Fideikommisse nach der lex rei sitae, weil diese Güter, wie gesagt, nicht zur Erbschaft des verstorbenen Besitzers gehören, sondern durch Singularsuccession übergehen. Das die Lehen betreffende Gesetz hat jedoch eine weitere Ausdehnung als die gewöhnlichen Realstatuten. Das Pr. des Obertr. 1236, v. 20. Dezbr. 1842 und 16. Juli 1832, spricht aus: „Bei feudis extra curtem wird das Successionsrecht der Lehnsberechtigten nach dem jure curiae, nicht nach dem jure feudi siti bestimmt." (Präj.-Samml. I, S. 102.) Das ist richtig. Denn die feuda extra curtem werden beherrscht von dem Lehnsgesetzgeber, bei dem sie zu Lehn gehen, nicht von Dem, in dessen Gebiete sie liegen. Doch kann es davon wohl Ausnahmen ge-

§. 33. Provinzialgesetze und Statuten, welche die äußerliche Feierlichkeit einer Handlung bestimmen, gelten[43]) nur bei Handlungen, die unter der Gerichtsbarkeit, für welche das Gesetz gegeben ist, von den ihr unterworfenen Personen vorgenommen werden[44]). Bei der Form der Handlungen.

---

ben, z. B. wenn das Lehn erst nach seiner Errichtung an einen auswärtigen Lehnsherrn gelangt und dadurch, bezüglich auf diesen, ein feudum extra curtem geworden ist. (5. A.) Ganz deutlich erklärt das Obertr. sich gegen jene ihm untergelegte Meinung in dem Erk. vom 8. Mai 1865, wo es sagt: „unter den Gesetzen, die „in Ansehung des unbeweglichen Vermögens" gelten sollen, sind hier (im §. 32) nur die wahren Realstatuten zu verstehen, nicht aber Gesetze, welche die Erbfolge überhaupt, ohne Rücksicht auf die im Vermögen etwa befindlichen Immobilien, betreffen, so daß, wenn es sich um eine Universalsuccession handelt, nicht die Realstatuten, sondern die Gesetze des Wohnsitzes des Erblassers, des fori hereditatis, auch über die Nachfolge in die zum Nachlasse gehörigen Immobilien zur Anwendung kommen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 67.) Vergl. das Erk. dess. vom 8. November 1844 (Entsch. Bd. X, S. 146, 147, 179), und vom 8. Juni 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 50). M. s. auch mein Erbrecht, §. 3, S. 29 ff.

43) „Gelten als verpflichtend" ist zu lesen; denn Andere werden sich an dem Orte auch darnach richten dürfen.

44) Diese dürftige und unklare Bestimmung soll die umfangreiche und zweifelhafte Lehre über die vermischten Statuten (statuta mixta) vertreten. Sie spricht nur von der äußerlichen Feierlichkeit einer Handlung, welche Provinzialgesetze und Statuten bestimmen, und von den Personen, welche diesen unterworfen sind, als wenn Fremde, welche sich an dem Orte aufhalten, sich nicht darnach richten dürften, was doch gewiß nicht gemeint ist. Sie erinnert an die wenig verbreitet gewesene Meinung, daß die vermischten Statuten nur die Form der Handlungen zum Gegenstande hätten, Note 29 zu §. 23, und betrifft nicht die allgemeinen Gesetze des Ortes der Handlung, die doch auch zu den Statuten in dem hier gemeinten Sinne gehören. In Betreff der Form der Verträge geben noch die §§. 111 bis 115, I, 5 u. Pr.-O. Tit. 10, §. 115 Vorschriften. Was aber die Form anderer Handlungen, sowie was die wesentlichen Erfordernisse, die Folgen und Wirkungen und die Erfüllung der Verträge, die Entstehung und Erlöschung der Obligationen betrifft, so ist keine Bestimmung darüber getroffen: Alles ist der wissenschaftlichen Feststellung überlassen. I. Verträge. Gemeinrechtlich ist freiwillige Unterwerfung der Bestimmungsgrund sowohl des Gerichtsstandes als des örtlichen Rechts der Obligationen aus erlaubten Handlungen. Die Absicht der Parteien ist, wie eine Thatsache, aus den Umständen zu schließen, wenn es an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt. L. 19, §. 2 D. de jud. (V, 1); v. Savigny, System, VIII, 203. Der Grundsatz hat im Allgemeinen auch nach pr. R. Geltung. Pr.-O. Tit. 2, §. 7, Nr. 2, §§. 148—165. Er findet Anwendung in allen Fällen, wo nicht ausdrückliche, positive Gesetze von zwingender Natur entgegenstehen. Das erkennt auch die Praxis des Obertr. (Entsch. Bd. XVIII, S. 150) an. Der besondere Gerichtsstand der Obligation und der damit zusammenhangende Sitz des Rechtsverhältnisses wurde zur Zeit der Abfassung des A. L.R. fast allgemein an den Entstehungsort gesetzt, wegen L. 19, §. 2 D. de jud. (V, 1); L. 3 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 21 D. de obl. et act. (XLIV, 7), woher der Ausdruck forum contractus kommt, da die meisten Obligationen aus Verträgen entstehen. Neuere Forschungen haben die Verwerfung dieser Lehre zur Folge gehabt und auf den Ort der Erfüllung geführt. v. Savigny, System, VIII, S. 209. Merkwürdig ist, daß damit schon die pr. Gesetzgebung aus jener Zeit im Ganzen übereinstimmt; denn es wird dem Orte, wo die Verbindlichkeit erfüllt werden soll, vor dem Orte, wo der Vertrag seine verbindliche Kraft erhalten hat, ausdrücklich der Vorzug gegeben. Pr.-O. Tit. 2, §§. 148, 149. Der Umstand, ob die Bedingung vorhanden sei, unter welcher der Schuldner an diesem Orte auch verklagt werden kann (Pr.-O. §. 150. Vergl. L. 19 pr. D. de jud. V, 1; L. 1 D. de eo quod certo loco XIII, 4; Coccejі, jus contr., V, 1, qu. 15), oder ob die Klage in foro domicilii angebracht werden muß, ist in der Beziehung, in welcher hier von dem Gerichtsstande der Obligation Rede ist, gleichgültig. Denn durch denselben wird zugleich das örtliche Recht der Obligation bestimmt, und dieses bleibt dann unverändert, wenn auch der Schuldner in einem anderen Gerichtsstande belangt wird. Das A. L.R. hat zwei Anwendungen dieses Grundsatzes; I, 5, §§. 113, 114 und §§. 256, 257. Das örtliche Recht der Obligation im Allgemeinen ist aber nicht auf alle einzelnen Rechtsfragen, welche dabei vorkommen können, anwendbar. 1. Die persönliche Fähigkeit für das fragliche Rechtsverhältniß bestimmt sich immer nach der lex domicilii. 2. Bei Auslegung eines durch Briefwechsel geschlossenen Vertrages ist vorzugsweise auf den Sprachgebrauch des Ortes zu sehen, an welchem der Verfasser desjenigen Briefes wohnt, der die Propositionen, über deren Sinn und Bedeutung Streit ist, vorschlägt. Diese Auslegung ist überhaupt nicht juris, sondern facti. Vergl. den Fall bei Wächter im Archiv für civil. Praxis XIX, S. 117; und unten I, 4, §§. 67—69. 3. Die wesentlichen Bedingungen der Gültigkeit sind nach dem, auf die gedachte Weise festzustellenden, örtlichen Rechte der Obligation zu beurtheilen, wenn nicht an dem Orte des Prozesses ein positiv gebietendes Recht entgegensteht. Dies ist insbesondere der Fall auch mit den zulässigen materiellen Klagrechten

und mit den peremtorischen Exceptionen, die nicht als bloße prozessualische Institute behandelt werden dürfen, vielmehr materielle Rechtssätze sind. Anders mit den dilatorischen, nur auf Prozeßvorschriften beruhenden Einreden und mit den aus der persönlichen Fähigkeit entspringenden Rechtseinwendungen, z. B. bei Bürgschaften der Frauenspersonen. (S. C. Vellej.) Zu jenen, nach dem örtlichen Rechte der Obligation zu beurtheilenden peremtorischen Einreden gehört namentlich die Klagverjährung; m. Pr.-R. §. 40, Note 23. S. besonders v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 273. Darüber ist Streit und Rechtsungewißheit. Viele halten die Gesetze über die Verjährung für Prozeßvorschriften und wollen deshalb nur die Gesetze des Klagorts, d. h. Wohnorts des Beklagten, anwenden; Andere wollen das zwar auch, sind sich aber eines juristischen Grundes nicht bewußt. Die Praxis ist sehr schwankend. a) Das Obertr. hat in dem Pr. v. 22. Juni 1844 (Entsch. Bd. X, S. 102) den Satz ausgesprochen: „Bei der Beurtheilung der Frage, ob der vor einem inländischen Gerichte geltend gemachte Anspruch aus einem im Auslande abgeschlossenen Vertrage durch Verjährung erloschen sei, kommen die inländischen Gesetze zur Anwendung. Das Eintreten dieser Verjährung ist als eine rechtliche Folge und Wirkung des Vertrages nicht anzusehen." Der zweite Satz ist an sich unverständlich und erhält auch aus den Entscheidungsgründen kein juristisches Verständniß. Man hat damit den Rechtsgrund der erstgedachten Meinung widerlegen wollen, daß nämlich die Verjährung mit der Obligation im Zusammenhange stehe, indem die Bestimmungen über die Verjährung dem materiellen Rechte angehören. Der erste Theil des Ausspruchs berührt eben die Streitfrage, ist aber ohne alle juristische Begründung, denn die wortreichen Gründe enthalten gar keinen zutreffenden juristischen Begriff. M. Beurtheilung der Entsch. S. 682 ff. Unrichtig ist die Angabe des Herausgebers der 3. A. der Erg. (zu Einl. §§. 23—31), daß ich daselbst diese Entscheidung für gerechtfertigt hielte. Das O.L.G. zu Hamm hatte in beiden Instanzen den entgegengesetzten Grundsatz vertreten. b) Ein anderes Pr. 1524, v. 15. Jan. 1845 (Entsch. XI, 232) behauptet folgende Sätze: α) Der von dem Verklagten erhobene Einwand der Verjährung einer gegen ihn eingeklagten persönlichen Schuld ist im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Verklagten gültigen Gesetzen zu beurtheilen. β) Dies findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Verklagte als Ausländer, im Auslande, unter der Herrschaft der dortigen Gesetze, — oder ein Inländer in einer anderen Gerichtsbarkeit, unter der Herrschaft der in dieser bestehenden besonderen Gesetze — eine Schuld kontrahirt, später seinen Wohnsitz in das Inland, — oder in eine andere Gerichtsbarkeit im Inlande — verlegt hat, und der Ablauf der Verjährung der Schuld erst unter der Herrschaft der Gesetze des neuen Domizils eintritt. γ) Bestimmen die Gesetze des neuen Domizils eine kürzere Verjährung, so kann der Verklagte auf diese kürzere Verjährung nur insofern sich stützen, als der volle kürzere Zeitraum derselben von der Begründung des neuen Domizils bis zur Anstellung der Klage abgelaufen ist, (wiederholt in einem Erk. v. 12. April 1855, Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 9 und v. 8. Febr. 1861, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 357). δ) Auch kann der Verklagte auf diese kürzere Verjahrung nur dann sich gründen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Kläger von der Veränderung des Wohnsitzes des Verklagten so zeitig Kenntniß erhalten, daß er noch vor Ablauf der kürzeren Verjährungsfrist die Klage gegen den Schuldner in dem neuen Gerichtsstande des neuen Domizils hätte anstellen können. — Die beiden ersten Sätze (α und β) werden nicht etwa durch preuß. Gesetzesvorschriften geboten, denn solche fehlen; sie gehören der hier als irrig bezeichneten Lehre an, wonach die Gesetze über die Verjährung Prozeßvorschriften sein sollen. (Darüber besonders: Weber, natürliche Verbindlichkeiten, §. 95, S. 413, 419.) Die andern beiden Sätze (γ und δ) sind willkürliche Ausnahmen nach Weber a. a. O., wodurch die Absurdität abgewendet werden soll, zu welcher jener Grundsatz konsequent führt. c) Deutlicher ausgesprochen findet sich die Irrlehre in einem Urtheile des Obertr. v. 13. April 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 27), wonach die Klage aus der Schwängerung in der an dem Klagorte vorgeschriebenen Zeit verjähren soll; denn es liege in der Natur des Einwandes der Unzulässigkeit einer Klage wegen ihrer Verjährung, daß dieser Einwand nur von demjenigen Richter, der überall über die Zulassung der Klage zu befinden hat, und zwar nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen sei, die dort gelten, wo der Prozeß angestellt wird. Hier wird nun gar das Streitige und zu Beweisende selbst als Beweisgrund gegeben. ([3. A.] Der Satz a, daß nämlich die Frage: ob eine persönliche Verbindlichkeit zum Vortheile des Verpflichteten und somit auch das desfallsige Klagerecht des Berechtigten durch Verjährung erloschen sei, oder nicht? nach den Gesetzen beurtheilt werden müsse, welche an dem Orte gelten, wo der Verpflichtete zur Zeit der Anstellung der gegen ihn auf Erfüllung gerichteten Klage seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, führt zu der Ungereimtheit, daß, wenn der Verpflichtete zu einer Zeit, wo die Klage gegen ihn nach dem dortigen Rechte bereits verjährt ist, an einen anderen Ort, wo die Verjährung längere Zeit dauert, seinen Wohnsitz verlegt, hierdurch der Anspruch wieder auflebt. Das ist denn in einem Falle, wo ein Schwängerer von einem Orte, wo die landrechtliche 2jähr. Verjährung galt, nach Verlauf dieser Verjährung nach Berlin, wo damals die Verjährung 30 Jahre dauerte, gezogen war, von dem Gerichte 1. Instanz auch wirklich behauptet und angewendet worden. Das Obertr. kam aus Anlaß dieses Falles in die Verlegenheit, entweder diese Ungereimtheit für Recht zu erklären, oder von jenem Grundsatze abzugehen. Aus dieser Verlegenheit hat es sich mit der Einführung folgender Ausnahme in das System gezogen: „Der bei stattfindender Kollision verschiedener Landes- und Provinzialgesetze in Betreff der Verjährung angenommene Grundsatz, nach welchem der von dem Verkl. erhobene Einwand der

Verjährung einer gegen ihn eingeklagten Schuld im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Verkl. geltenden Gesetzen auch dann zu beurtheilen ist, wenn derselbe nach Kontrahirung der Schuld seinen persönlichen Gerichtsstand verändert hat, findet dann keine Anwendung, wenn der Kläger nach den an seinem Wohnsitze geltenden Gesetzen sein Klagerecht durch Verjährung bereits verloren hatte, ehe die Wohnsitzveränderung des Verkl. erfolgt war." Erk. v. 19. Juli 1854, Entsch. Bd. XXVIII, S. 70. Die Ausnahme ist ebenso willkürlich wie die Regel, und noch unlogischer, indem auch das Recht an dem Wohnorte des Klägers als Faktor eingemengt wird.) d) Eine richtige Auffassung und Ansicht bekundet das Obertr. in dem Urtheile v. 26. Sept. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 147.) Zwei Preußen schlossen auf einem Markte in Sachsen einen Kauf über ein Pferd und erfüllten auf der Stelle von beiden Seiten. Später entstand daraus ein Prozeß wegen physischer Mängel. Das Obertr. nahm an, daß dieser Fall der ädilitischen Klage, nach dem Rechte des Ortes, wo der Handel geschlossen und vollzogen worden, beurtheilt werden müsse. Denn „wo nicht ein positives Gesetz von zwingender Natur eingreift, kommt es vermöge des gegenseitigen Anerkenntnisses des Rechtszustandes anderer Staaten immer auf den eigentlichen Sitz eines Rechtsverhältnisses an." (4. A. Diese seine Ansicht hat das Obertr. jedoch wieder verworfen. Denn in dem Erk. v. 15. Dez. 1859 hat es, unter Verweisung auf seine Ausführungen in den Entsch. Bd. X, S. 103, Bd. XI, S. 232, Bd. XXVIII, S. 73, insbesondere in dem Erk. v. 14. Febr. 1854 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 135], ausgesprochen: Es sei nach preuß. Rechte nicht anzuerkennen, daß die Frage nach der Dauer der Klagbarkeit vertragsmäßiger Forderungen unabhängig von dem Wohnungswechsel der Parteien auf Grund derjenigen Gesetzgebung zu entscheiden sei, nach welcher der Vertrag selbst zu beurtheilen ist; es sei auf die Gesetze des jetzigen Wohnsitzes des Beklagten zu sehen. [Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 91.] In jenem in Bezug genommenen Urtel vom 14. Febr. 1854 ist ausgesprochen: „Ein Inländer, welcher nach Kontrahirung einer Schuldverbindlichkeit seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt, sodann wieder in dem Inlande genommen hat, und nunmehr hier wegen jener Verbindlichkeit gerichtlich in Anspruch genommen wird, könne sich auf die kürzere inländische Verjährung dann nicht berufen, wenn die kurze Verjährungsfrist bloß während seines Domizilirens in dem Auslande, welches eine längere Verjährungsfrist erfordert, abgelaufen ist. — Hierin ist Logik weder nach dem einen noch nach dem anderen Prinzip zu finden. Zu dem gezogenen Schlusse läßt sich nur mittelst einer anzunehmenden Unterbrechung der Verjährung gelangen, davon kommt jedoch in der Ausführung nichts vor. — Die jener, hier als die richtige vertretenen, Ansicht in Betreff der rechtlichen Natur der Verjährungsgesetze gegenüber stehende Meinung ist die, daß die Bestimmungen über die Verjährung dem materiellen Rechte angehören, folglich die Klagverjährung mit den Obligationen im Zusammenhange stehe, und daher nach demjenigen Rechte zu beurtheilen sei, nach welchem die Obligation überhaupt beurtheilt werden muß. Diese Ansicht ist in der neueren Zeit fast allgemein für die richtige erkannt worden. M. s. darüber die Entsch. der Fakultäten zu Jena und Göttingen und des Lübecker Oberappellationsgerichts, vom 19. Okt. 1855 und v. 31. Januar 1856 [Siebenhaar, Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. VI, S. 279 und 293.] Dieses Recht ist das desjenigen Ortes, welcher der Sitz des Rechtsverhältnisses ist. Das ist auch vom V. [rheinischen] Senate des Obertr. in einer Entsch. v. 30. Oktober 1855 [Archiv f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 60] dahin anerkannt worden, daß die Frage nach der Dauer der Klagbarkeit der aus dem Vertrage entstehenden Forderungen — unabhängig von dem Wechsel des Wohnsitzes der Parteien — der Gesetzgebung unterworfen sei, welche hinsichtlich des Vertrages überhaupt zur Anwendung kommt.)

„Welcher Ort als der Sitz eines Rechtsverhältnisses anzusehen sei, darüber muß bei Verträgen hauptsächlich die freiwillige Unterwerfung der Kontrahenten entscheiden. Diese wird in Ansehung der Wirkung des Vertrages in der Regel da, wo der Vertrag seine Wirkung äußern soll, angenommen werden können. — Hier ist die beabsichtigte Wirkung sofort eingetreten, und wenn nun nachher aus dem Vertrage ein Prozeß vor dem inländischen Richter entsteht, so kann dieser Umstand das im Auslande einmal eingetretene materielle Recht nicht mehr ändern." Das sind die Gründe der richtigen Lehre, fast wörtlich aus v. Savigny Bd. VIII, der aber nicht citirt ist. Es kommt also nur noch auf die richtige Anwendung bei der Verjährung an. Ueber die richtige Lehre s. m. Wächter, über die Kollision der Privatrechtsgesetze, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXV, S. 408 ff.; Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts (Frankfurt 1841), §. 87; v. Savigny, System, VIII, S. 274. Der vormalige Revisionshof zu Berlin hat den richtigen Grundsatz anerkannt in einem Urtheile von 1843 (Seuffert, Arch. Bd. II, Nr. 120). Eine Ausnahme von der Regel, daß die Geltung eines Anspruchs nach dem Rechte am Sitze des Rechtsverhältnisses zu beurtheilen, wird hinsichtlich der positiven zwingenden Gesetze behauptet, welche an dem Orte der Klage nicht gelten: diese hindern dann den Richter nicht, nach Rechtsgrundsätzen, abgesehen von jenen positiven, gebietenden Vorschriften, zu urtheilen. v. Savigny VIII, 276 ff. 4. Die Wirkung einer Verbindlichkeit und der Umfang der Wirkung sind gleichfalls nach dem Rechte des Orts, welcher als Sitz des Rechtsverhältnisses anzunehmen ist, zu beurtheilen. Auch hierin ist die Praxis unklar, schwankend, sich selbst widersprechend. Das Pr. des Obertr. 903, vom 25. Juli 1840, sagt: „Die durch einen Kontrakt begründeten Rechte und Pflichten müssen jedenfalls nach den Gesetzen des Orts, *wo der Kontrakt geschlossen ist*, beurtheilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Kontrahenten an eben dem Orte, oder

anderswo, ihren persönlichen Gerichtsstand haben." Darnach will man also *jedenfalls* auf den Ort der Kontraktsschließung sehen, abgesehen davon, daß mit den „Rechten und Pflichten" viele Fragen gar nicht getroffen werden. Das Pr. 1895, v. 16. August 1847 lenkt davon ab; es sagt: „Wenn von zwei Inländern ein Kontrakt, der im Inlande in Wirkung treten soll, im Auslande geschlossen ist, so tritt für die Frage: was Rechtens sei, wenn der Kontrakt unerfüllt geblieben, wofern in dem Kontrakte selbst darüber nichts bestimmt ist, die inländische Gesetzgebung in Wirkung." Hierin wird nun zunächst die Willkür der Parteien (freiwillige Unterwerfung) anerkannt. Dann will man auf den Ort sehen, wo der Kontrakt in Wirkung treten (erfüllt werden?) soll. Damit hat man sich der richtigen Lehre genähert. Entschieden und theils mit den eigenen Worten des Hauptvertreters dieser Lehre ausgesprochen findet sie sich in den Entscheidungsgründen des Urtels v. 26. Sept. 1849. (S. die vorige Ziffer 3, lit. d.) (3. A.) Kaum zweifelhaft ist der Fall, wenn der Vertrag zwar an einem anderen Orte, als wo er geschlossen worden, eine vollständige Erfüllung finden soll, an beiden Orten aber das nämliche Recht gilt, z. B., wenn eine preußische Eisenbahn-Gesellschaft von einer ausländischen Güter zum Weitertransport und zur Ablieferung wieder an eine ausländische übernimmt. Dieser Fall hat das Pr. 2403, v. 12. Okt. 1852 veranlaßt: „Das kontraktliche Verhältniß einer ausschließlich preußischen Eisenbahngesellschaft, welche Güter zur Weiterbeförderung übernommen hat, die einer auswärtigen Eisenbahn aufgegeben waren, und durch eine auswärtige Eisenbahn weiter transportirt werden sollen, dem Absender gegenüber, richtet sich nach den preußischen Gesetzen." (Entsch. Bd. XXIV, S. 21.) In Frage ist auch gekommen, welche Gesetze (Rechte), wenn die an dem Erfüllungsorte eines Zeitkaufgeschäfts, welches erst nach stattgehabter Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verkäufers zu erfüllen war, geltenden Gesetze mit den am Orte des Konkurses geltenden in Kollision kommen, für die Frage maßgebend seien: ob und in welchem Umfange im Konkurse des Verkäufers wegen unterbliebener Erfüllung Entschädigung liquidirt werden könne. Das Obertr. (IV. S.) hat zutreffend für das Recht des Wohnortes des Verkäufers (Schuldners) entschieden, ungeachtet die Erfüllung (Lieferung) an einem anderen Orte, wo abweichendes Recht gilt, geschehen sollte. Erk. v. 16. Febr. 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 1). Denn dasjenige Rechtsverhältniß, aus welchem diese Frage zu entscheiden, ist nicht jener Kauf- (Lieferungs-) Kontrakt, der allerdings den Verkäufer zur Schadloshaltung des Anderen wegen Nichterfüllung verpflichtet; sondern es ist die zufällige Gemeinschaft, welche durch die Konkurseröffnung unter den Konkursgläubigern entsteht: diese sind nicht schuldig, den Gemeinschuldner in der Verantwortlichkeit wegen Unmöglichkeit der Erfüllung einer Lieferung aus der Zeit *nach* Eröffnung des Konkurses zu repräsentiren und brauchen daher auch nicht den Entschädigungsanspruch, der erst in dieser Zeit (nach Eröffnung des Konkurses) zur Entstehung gekommen ist, bei der Masse liquidiren zu lassen. 5. Die positiven Formen der obligatorischen Verträge richten sich überhaupt nach dem Rechte des Ortes, wo die Handlung vollzogen wird, zufolge der Regel: locus regit actum (I, 5, §§. 111 und 148). Anerkannt durch das Pr. 352[a], v. 23. Sept. 1837: „Bei Verträgen, die zwischen Unterthanen des pr. Staats in der Rheinprovinz errichtet worden sind, kommen in Bezug auf die zur Rechtsgültigkeit des Geschäfts erforderliche Form des Vertrags die Vorschriften des Code civil in Anwendung." Eine Ausnahme ist in Beziehung auf Grundstücke positiv vorgeschrieben. (§. 115.) Alle Verträge über Grundstücke, welche im Bereiche des L.R. liegen, müssen schriftlich abgefaßt werden, mögen sie abgeschlossen sein, wo und von wem sie wollen. Damit harmonirt das Pr. 299, v. 28. Juli 1837: „Bei einem Tauschgeschäfte über Grundstücke, von welchen eins im Auslande, das andere im Inlande belegen ist, müssen in Beziehung auf die Form des Vertrages die inländischen Gesetze des Orts, wo das letztere liegt, beobachtet werden, und es ist namentlich ein mündlich geschlossener Vertrag ohne rechtliche Folgen." II. *Einseitige erlaubte Handlungen*, aus welchen Obligationen entspringen, sind, nach G. R., wie Verträge zu betrachten (L. 20 D. de jud. V, 1.) Dieser Behandlung steht nach pr. R. nichts entgegen, sie ist auch ohne Entbehrung eines sicheren Leitfadens nicht von der Hand zu weisen. 1. Die Erbschaftsantretung verändert an den dadurch übernommenen Obligationen nichts, aber in Beziehung auf die durch diese Handlung neu begründeten Verbindlichkeiten, z. B. die der Verwaltung und Geschäftsführung der Benefizialerben, kommen die Regeln über Verträge (I) zur Anwendung. 2. Die besonderen Verpflichtungen, welche durch prozessualische Handlungen begründet werden, sind nach dem Rechte am Orte des Gerichtes erster Instanz zu beurtheilen, wenn später darüber anderswo wieder Streit entsteht. Hinsichtlich des wichtigsten Falles, des *rechtskräftigen Urtheils* und dessen Wirkungen, ist man inkonsequent. Gesetzlich anerkannt ist der Grundsatz in der Pr.-O. Tit. 24, §. 30 und in mehreren Staatsverträgen, wo es überall gleichlautend heißt: Art. 2. „Die in Civilsachen in dem einen Staate ergangenen und nach dessen Gesetzen vollstreckbaren richterlichen Erkenntnisse ꝛc. — sollen — auch in dem anderen Staate — vollstreckt werden" (actio judicati). Art. 3. „Ein rechtskräftiges Civilerkenntniß begründet vor den Gerichten des anderen der kontrahirenden Staaten die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache *mit denselben Wirkungen*, als wenn das Erkenntniß von einem Gerichte desjenigen Staates, in welchem die Einrede geltend gemacht wird, gesprochen wäre" (exceptio rei judicatae). Vertrag mit Braunschweig v. 1841 (G.S. 1842, S. 1). Darnach soll a) die Vollstreckbarkeit (actio judicati) nach dem Landesrechte, unter welchem das Urtheil gesprochen worden, beurtheilt, d. h. der Regel nachgegangen werden. Die Praxis der verschiedenen Gerichte ist nicht übereinstimmend, und das Obertr. spricht in dem Pr. vom 2. Dezember 1837

§. 34. Auch Unterthanen fremder Staaten, welche in hiesigen Landen leben, In Ansehung der Fremden.

(Entsch. Bd. III, S. 280) ausdrücklich das Gegentheil aus: „Aus Erkenntnissen ausländischer Gerichte findet die Judikatklage nicht statt. Eben so wenig ist eine, lediglich auf ein solches Erkenntniß, nicht auf das ursprüngliche Sachverhältniß, gegründete Klage in einem anderen summarischen Verfahren, oder im gewöhnlichen Prozesse zuzulassen." Die Gründe berühren gar nicht die hierher gehörigen Rechtszustände und Rechtsverhältnisse, und sind natürlich ganz gewichtlos und unzutreffend. Vergl. m. Beurtheilung der Entsch. S. 189 ff. Und das Justizministerium will die hierländischen Gesetze, namentlich in Beziehung auf die Verjährung der exekutorischen Kraft, angewendet wissen, nach der Irrlehre, daß die Vorschriften über die Verjährung zum modus procedendi gehören sollen, wozu noch der eigenthümliche Grund beigegeben wird, „daß einem auswärts ergangenen Erkenntnisse keine größere Wirkung beigelegt werden kann, als einem bei diesseitigen Gerichten ergangenen." (Warum nicht?) M. s. das Schr. des J.M. vom 14. Febr. 1841 (J.M.Bl. S. 107) und ein älteres vom 24. April 1833. b) Die exc. rei judicatae hingegen soll, nach der Fassung der Verträge, den pr. Rechtsgrundsätzen über dieselbe gemäß angewendet werden. Ob man wohl diese Gegensätze bedacht und besprochen hat? III. Unerlaubte Handlungen begründen für die daraus entspringende Obligation, zum Vortheile des Klägers, einen besonderen Gerichtsstand am Orte der That (Nov. 69, c. 1; c. 20 X. de foro comp. [II, 2]) vermöge einer, aus der Rechtsverletzung folgenden, nothwendigen Unterwerfung des Urhebers unter das Rechtsgesetz des Ortes. A. L.R. II, 20, §§. 13, 14. Vergl. Str.G.B. Art. 3. Der §. 4, Nr. 3 ist eine willkürliche Bestimmung. Der Ort der Rechtsverletzung ist sonach als der Sitz der Obligation anzusehen, wenn auch nach der pr. Pr.-O. Tit. 2, §. 178 die Klage in der Regel nur im persönlichen Gerichtsstande stattfinden soll. Nach jenem örtlichen Rechte ist also zwar wohl grundsätzlich die Geltung, der Inhalt und die Wirkung der Obligation zu beurtheilen, doch nur in sofern nicht in dem persönlichen Gerichtsstande (dem Orte der Klage) ein positives, absolut gebietendes Gesetz entgegensteht, oder auch umgekehrt an dem Orte der That ein positives Gesetz den Anspruch aus der Rechtsverletzung verhindert, welches an dem Klageorte, weil es da nicht gilt, kein Hinderniß ist. Damit steht in Einklang das Pr. des Obertr. 1331 a, v. 5. August 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 381), daß die Frage, nach welchen Gesetzen eine Schadensvergütung zu leisten, sich nach dem Orte der Beschädigung regulire. Doch muß vorausgesetzt werden, daß in diesem Rechtsfalle keine der gedachten Beschränkungen vorhanden gewesen. IV. Aus dem Erbrechte ist besonders die äußere Form der Testamente (und Erbverträge) zweifelhaft. Der praktische Fall ist, wenn ein Preuße im Auslande ein dort geltendes Privattestament macht, welches hier Wirkung haben soll. Nach Einigen, vielleicht nach der Mehrzahl, soll die Regel: locus regit actum, auch auf Testamente Anwendung finden, und unter den neuesten Vertretern dieser Meinung ist auch v. Savigny VIII, 364 ff. Nach Anderen wird keine letzte Willenserklärung als kräftig und wirksam anerkannt, welche nicht in der dafür vorgeschriebenen Form (I, 12, §. 139) verfaßt ist. Diese Vorschriften sind nach dieser Meinung absolute, von zwingender Natur. Dieser Meinung bin ich selbst. Die Praxis hat sich noch nicht entschieden. (4. A. Das Obertribunal ist für die Anwendung der Regel: locus regit actum, auch auf Testamente, nach dem Erk. v. 6. März 1855, Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 270 und v. 3. April 1857, Entsch. Bd. XXXV, S. 368). (5. A.) Dieser Meinung hängt es auch noch an in dem Erk. vom 23. März 1868 (Entsch. Bd. LIX, S. 476). Die Gründe für die erste Meinung sind: 1. Zur Zeit der Abfassung des L.R. sei die Anwendung der Regel: locus etc. auf Testamente unstreitig und gewiß gewesen. Es sei aber sehr unwahrscheinlich, daß man eine Regel von solchem Charakter durch bloßes Stillschweigen zu beseitigen die Absicht gehabt haben sollte. Das Letzte kann man ohne die Folgerung zugeben, denn die ganze Lehre, in der doch sehr viel ungewiß, ist übergangen worden. Aber auch die thatsächliche Voraussetzung finde ich nicht so ganz gewiß, man war über die Anwendung der Regel auf Testamente nicht einig. Man s. das gleichzeitige Zeugniß von Glück, Bd. I, S. 291. Noch neuere Schriftsteller, namentlich nicht allein Eichhorn, deutsches R., §. 37, sondern auch Mühlenbruch, in Forts. von Glück, Bd. XXXV, S. 38, lassen die Regel in dem Falle nicht gelten, wenn die Art der Testamente dem einheimischen Rechte unbekannt ist, und der Testator zurückkehrt. Die Verordn. vom 3. April 1823 (G.S. S. 40), über die Testamente der pr. Gesandten im Auslande, führt für das Gesandtschaftspersonal eine neue Testamentsform ein, bestimmt aber vorher im §. 1: „Die letztwilligen Verordnungen unserer Gesandten ... sollen auch ferner, wie bisher, in ihrer äußeren Form alsdann gültig sein, wenn sie die Gesetze des Orts, wo sie errichtet werden, erfüllen." Das „auch ferner, wie bisher" soll sich eben auf das gemeinrechtliche allgemeine Rechtsprinzip beziehen, da das A. L.R. über die Form der Testamente im Auslande nichts enthält. Und allerdings ist es ein authentisches Zeugniß, daß bis dahin die Testamente der Gesandten in der ausländischen Form hier für gültig erachtet worden. Allein so über allen Zweifel ist dies vorher keineswegs gewesen, sonst hätte es ja dieses Gesetzes §. 1 gar nicht bedurft, wenigstens nicht in dieser dispositiven Form; und in der That sagt auch das Gesetz im Eingange, daß es „zur Beseitigung der entstandenen Zweifel über die Vorschriften, welche unsere Gesandten — bei Testamenten, welche sie während ihres Aufenthalts im Auslande errichten, zu beobachten haben", — erlassen werde. Zweifel über die Gültigkeit der Testamente in einer ausländischen Form waren also vorhanden, und diese sind nur in Beziehung auf die

oder Geschäfte treiben, müssen nach obigen Bestimmungen beurtheilt werden[44a]).

§. 35. Doch wird ein Fremder, der in hiesigen Landen Verträge über die daselbst befindlichen Sachen schließt, in Ansehung seiner Fähigkeit zu handeln, nach denjenigen Gesetzen beurtheilt, nach welchen die Handlung am besten bestehen kann[45]).

---

Gesandten durch diese V. beseitigt. 2. In den vorhin gedachten Staatsverträgen (II) ist im §. 34 verabredet: „Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, und auf den Todesfall, werden, was die Gültigkeit derselben rücksichtlich ihrer betrifft, nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo sie eingegangen sind." Diese Bestimmung sei offenbar keine Gefälligkeit, keine Konzession für die Nachbarstaaten, auch nicht als neue Erfindung, sondern als Anschluß an ein allgemeines Rechtsprinzip — an die alte Regel: locus etc. gedacht. Das Letzte ist anzuerkennen. Aber gewiß ist damit nicht bewiesen, daß die Vorschriften des L.R. über die Form der Testamente keine positiven Gesetze von zwingender Natur sein können. Und wenn sie dieses sind: warum soll dann die verabredete Beiseitestellung derselben und die Zulassung jener alten Regel im Verkehre zwischen diesen Staaten nicht eine nachbarliche Gefälligkeit sein können? 3. Es wird hervorgehoben, daß unsere Meinung ebenso viel heiße, als daß ein Preuße in manchen fremden Ländern gar kein Testament machen könne. Das ist freilich der Fall, doch kein Beweisgrund. Es könnte ja das Testament ganz abgeschafft sein, weshalb sollte der Gesetzgebung nicht freistehen, daß sie dasselbe nur in der positiv vorgeschriebenen Form anerkenne und gelten lasse. Jedermann weiß das; wer also in ein solches fremdes Land reisen will, kann vorher sein Haus bestellen. — Die Gründe für die entgegengesetzte Meinung sind, daß das L.R. I, 12, §. 139 keine anderen Testamente, als die vor einem gehörig besetzten Gerichte errichteten, anerkennt. Dieses beruht auf der Ueberzeugung, daß ohne diese gegen „Erdichtungen, Unterschiebungen, Verfälschungen und andere Kunstgriffe listiger Betrüger und Erbschleicher" sichernde Form „die Wahrheit und Richtigkeit der Testamente nach dem Tode des Erblassers, wo Niemand mehr vorhanden, der über die Sache Auskunft geben und die Mittel, vorgefallene Betrügereien und Unrichtigkeiten ans Licht zu bringen, suppeditiren kann", — nicht mit Zuverlässigkeit festzustellen sind. Die testamenta privilegiata seien beibehalten, z. B..... testamenta peregrinantium §§. 205—207. Außer diesen Fällen verdiene die facultas testandi eben keine Begünstigung; Stryck behaupte gar, man sollte alle Testamente abschaffen. Suarez in Jahrbuch XLI, S. 77. Die Vorschriften sind darnach absolut gebietende, von zwingender Natur; der Fall der Reisenden ist bedacht, man hat aber nur Seereisende begünstigt. Andere Fälle hat man nicht gestatten wollen, dies ist klar im Bewußtsein gewesen; die Absicht ist ausgesprochen und in Uebereinstimmung damit hat man nicht, wie es doch vorsorglich für Verträge geschehen (I, 5, §§. 111, 148), die in einer ausländischen Form errichteten Testamente anerkannt. Man hat das in der Ueberzeugung gethan, daß ohnehin schon genug geschehen sei. Diesem völlig entsprechend, also als eine Bestätigung der hier vertretenen Meinung anzusehen, ist das Gebot bei der Einführung des L.R. in die Landestheile des französischen Rechts: daß die nach der französischen Form gemachten Testamente, bei Strafe der Nichtigkeit, binnen Jahresfrist neu nach der laudrechtlichen Form gemacht werden sollten. Einführungspatent für die Provinzen jenseits der Elbe von 1814, §. 7; für Westpreußen von 1816, §. 9; für Posen von 1816, §. 9. — (4. A.) Anders ist der Fall, wenn Jemand zur Zeit der Testamentserrichtung im Auslande seinen Wohnsitz hatte und dort nach den Formen des Landesrechts sein Testament macht, hinterdrein aber seinen Wohnsitz in den Bereich des preußischen A. L.R. verlegt und hier stirbt. Einen solchen Rechtsfall theilen die Entsch. des Obertr. Bd. XXXV, S. 368 mit. Der Erblasser hatte im J. 1833 auf seinem Gute im Gerichtsbezirke des Appellationsgerichts zu Köln, also unter der Herrschaft des fr. Code civil, seinen Wohnsitz gehabt und dort, nach Art. 970 des Code civil, ein Privattestament (holographisches) gemacht. Später verlegte er seinen Wohnsitz nach Westphalen, wo er 1854 starb. Jenes Testament befand sich in seinem Nachlasse und es entstand zwischen den Erben Streit über die Gültigkeit. Die Instanzgerichte erkannten widersprechend. Das Obertr. entschied für die Gültigkeit, unter Anrufung der Regel: locus regit actum. Erk. v. 3. April 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 368). Die Gründe befriedigen nicht, denn die Regel ist für den Fall, auf welchen sie hier angewendet wird, nicht gefunden. Die Entscheidung ist jedoch aus dem Grunde zutreffend, weil das angefochtene Testament nach den Gesetzen des Wohnortes des Testators rechtsgültig errichtet worden war, und durch den späteren Wechsel des Wohnsitzes nicht ipso jure ungültig werden konnte, aus Mangel eines dieses aussprechenden Rechtsgrundsatzes.

44a) (5. A.) Die Vorschrift des §. 34 normirt nach ihrem Wortlaute, ihrem inneren Zusammenhange mit den ihr vorangehenden Bestimmungen und ihrer Stellung im Systeme ausschließlich nur die Anwendbarkeit des materiellen preußischen Rechts auf die darin vorausgesetzten Rechtsgeschäfte der Ausländer; dagegen liegt eine Bestimmung über die Verfolgung im Prozesse, insbesondere über den Gerichtsstand der Ausländer, ganz außer dem Zwecke jener Vorschrift, und kann also — wie das Appellationsgericht zu Ratibor vermeint — nicht darin gefunden werden. Erk. das Obertr. vom 7. Februar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 349).

45) Der vorhergehende §. 34 erkennt den Rechtszustand anderer Staaten ausdrücklich an, indem er den Grundsatz des §. 23 ff. auf Fremde anwendet und vollständige Rechtsgleichheit zwischen Einhei-

§. 36. Den Gesandten und Residenten[46]) auswärtiger Mächte, so wie den in ihren Diensten stehenden Personen[47]), bleiben ihre Befreiungen, nach dem Völkerrechte[48]), und den mit den verschiedenen Höfen obwaltenden Verträgen, vorbehalten.

---

mischen und Fremden will. Der §. 35 macht eine Ausnahme in wohlmeinender Absicht. Vergl. übrigens hierzu den §. 26 und die Anmerkung zu demselben. Die beiden Satzungen §§. 26 u. 35 harmoniren schlecht; der §. 35 hätte ganz wegbleiben können, der §. 26 reicht völlig aus. Der §. 35 ist in der That auch, ohne vorherige Erwägung und Berücksichtigung des Verhältnisses zu §. 26, erst in das Manuskript des fertigen Gesetzbuches, man weiß nicht wie oder warum, gleichsam hineingefallen. (Gesetzrev. Einl. Motive zu §. 20 des Entwurfs, S. 117.)

46) Gesandtschaftliche Personen niederen Ranges haben diese Befreiungen nicht. Nach dem Reglement des Wiener Kongresses v. 19. März 1815 (Klüber, Akten des W. Kongr., Bd. VI, S. 204), angenommen von der deutschen Bundesversammlung 1. Prot. v. 12. Juli 1817 (de Martens, recueil etc., Suppl. VIII, p. 648) giebt es drei Klassen von Gesandten. Auf dem Aachener Kongresse wurde am 21. November 1818 eine vierte dazwischen geschoben. Darnach bestehen für Deutschland folgende Klassen: Die erste Klasse repräsentirt wesentlich die Staatswürde ihres Souveräns, und unterscheidet sich dadurch von den übrigen Klassen. Hierher gehören die Botschafter, Großbotschafter (ambassadeurs, magni legati, oratores) und die päpstlichen legati a latere oder de latere und nuntii, mögen sie ordentliche oder außerordentliche Gesandte sein. In der zweiten Klasse stehen die envoyés, ministres (ablegati, prolegati, inviati) — die eigentlichen bevollmächtigten Gesandten, gewöhnlich unter dem Titel außerordentliche Gesandte und Minister (ministres plénipotentiaires). Die dritte Klasse besteht, nach dem Aachener Beschlusse, nur aus den Ministerresidenten (ministres résidens). Mehrere Publizisten rechnen aber auch noch die einfachen und die geschäftsbeauftragten Minister (ministres, chargés d'affaires) in diese Klasse, weil sie, wie die der beiden ersten Klassen, gewöhnlich bei der Person des Staatsoberhauptes selbst (nicht bloß bei dem Minister) akkreditirt sind. (Rotteck und Welcker, Staatslexikon, Bd. VI, S. 594.) Dazu rechnet man die Residenten (agentes in rebus, résidens), Geschäftsträger oder Geschäftsbetraute (chargés d'affaires). Andere setzen sie in die vierte Klasse, zu welcher die diplomatischen Agenten (agens diplomatiques) und die Konsuln gehören. Diese Agenten, welche nur Privatgeschäfte ihres Fürsten zu besorgen pflegen, und die Konsuln, welche die Bestimmung haben, die Rechte und Vortheile der einzelnen Unterthanen des beauftragenden Staats zu sichern und zu befördern, besonders in Absicht des Handels und der Schifffahrt (Regl. v. 8. Septbr. 1796, §. 1, Rabe III, S. 535), haben nach dem Völkerrechte keine gesandtschaftlichen Rechte. Damit stimmt die pr. Gesetzgebung überein. Nach diesem §. 86 u. nach Pr.-O. Tit. 2, §. 62 gebühren die Befreiungen in Rede den gesandtschaftlichen Personen bis zum Residenten und Chargé d'affaires „auswärtiger Mächte", d. i. Staaten, also nicht den Agenten der Fürsten in Privatangelegenheiten; und die Konsuln stehen in allen Sachen, Dienstangelegenheiten ausgenommen, unter der diesseitigen Gerichtsbarkeit Pr.-O. Tit. 2, §. 65, R. v. 18. März 1815 (Jahrb. Bd. V, 6, S. 13), wenn nicht Exemtion bedungen ist. Note 49 u. 50.

47) Deren Ehefrauen, aber nur dann, wenn sie gleichfalls im Dienste des Gesandten stehen, oder wenn sie in dessen Hause bei ihrem Manne wohnen. Pr.-O. Tit. 2, §§. 67, 68.

48) Nach dem Völkerrechte gelten folgende Grundsätze. In dem Gesandtschaftsrechte, welches von der Ueberreichung des Kreditivs anfängt und mit dem Eintritt einer der verschiedenen Beendigungsarten aufhört, ist unter anderen Vorrechten die s. g. Exterritorialität enthalten, vermöge welcher fingirt wird, daß der Gesandte mit seinem Anhange sich im Lande seines Souveräns befinde. (Klüber, Staatsrecht, §. 466 [380]; de Martens, manuel diplomatique, Paris 1822, §. 21, p. 46.) Daraus folgt, unter anderen hier nicht interessirenden Befreiungen, die Befreiung von den Landesgesetzen und von der Gerichtsbarkeit des Landes, in welches der Gesandte als solcher abgeschickt ist. (Pr.-O. Tit. 2, §§. 62 — 64, 67, 68.) Hiervon gelten folgende Ausnahmen: a) Wenn eine gesandtschaftliche Person in ein bürgerliches Geschäfts- oder Gewerbsverhältniß tritt, so muß sie, gleichwie sie in Angelegenheiten desselben den hiesigen Rechtsschutz zu ihrem Vortheile anruft, ebenso auch nach Landesrechte Recht leiden. Das bezieht sich jedoch nicht auf außerdem hier kontrahirte einzelne Schuldverbindlichkeiten. Wegen solcher, und namentlich auch wegen Wechselschulden, können gesandtschaftliche Personen bei hiesigen Gerichten nicht belangt werden. Pr. des Obertr. in Siebenhaar, Archiv des deutschen Wechselrechts, Bd. I, S. 329. Vergl. unten die Anm. 14 zu §. 6 des Einf.-G. zur Allg. D. Wechselordnung v. 15. Febr. 1850 (Th. II, Tit. 8). b) Wenn eine solche Person klagt, so muß sie dem Gerichtsstande des Beklagten auch rücksichtlich der Wiederklage sich unterwerfen. c) Die Liegenschaften der Gesandten sind dem foro rei sitae unterworfen: deshalb können die Klagen, mit welchen nach allgemeinen Bestimmungen in diesem Gerichtsstande die Besitzer belangt werden dürfen, auch gegen gesandtschaftliche Personen dort angebracht werden. Pr.-O. Tit. 2, §. 66. d) Gesandtschaftliche Personen, welche nach Beendigung ihrer Sendung im Lande bleiben, stehen anderen sich hier aufhaltenden Fremden (§§. 34, 41) gleich. Das Gleiche gilt von durchreisenden fremden Gesandten. Anh. z. Pr.-O. (Tit. 29, §. 90) §§. 202 — 210. Gründen solche Personen nach ihrer Entlassung hier ihren ordent-

§. 37. Eingeborene Vasallen und Unterthanen, welche mit[49]) Erlaubniß des Landesherrn von einem fremden Hofe beglaubigt worden, bleiben in ihren Privathandlungen den Landesgesetzen unterworfen.

Anh. §. 1. In wiefern eingeborne Vasallen und Unterthanen, welche mit Erlaubniß des Landesherrn von einem fremden Hofe beglaubigt werden, in ihren Privathandlungen den Landesgesetzen unterworfen bleiben, hängt hauptsächlich von den Bedingungen ab, unter welchen sie diesseits die Erlaubniß erhalten haben[50]).

§. 38. Die vom Staate an fremden Höfen beglaubigten Gesandten werden nach den Gesetzen der inländischen Gerichtsbarkeit, unter welcher sie zuletzt, vor dem Antritte der Gesandtschaft, ihren Wohnsitz gehabt haben[51]), beurtheilt.

§. 39. Sind aber dieselben Ausländer, so gelten in Ansehung ihrer, wenn sie in hiesigen Landen belangt werden[52]), die Vorschriften des hiesigen gemeinen Rechts.

§. 40. Wem die Gesetze auf der einen Seite Verbindlichkeiten auflegen, dem kommen sie auf der andern Seite durch ihren Schutz auch wieder zu Statten.

§. 41. Fremde Unterthanen haben also, bei dem Betriebe erlaubter[52a]) Geschäfte in hiesigen Landen, sich aller Rechte der Einwohner zu erfreuen[53]), so lange[54]) sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig machen.

§. 42. Die Verschiedenheit der Rechte auswärtiger Staaten macht von dieser Regel noch keine Ausnahme[55]).

Vom Retorsionsrechte.

§. 43. Wenn aber der fremde Staat, zum Nachtheil der Fremden überhaupt[56]),

---

lichen Wohnsitz, so findet der Grundsatz des §. 23 auch auf sie Anwendung, wenngleich sie noch nicht die politischen Staatsbürgerrechte erworben haben.

49) Ohne diese landesherrliche Erlaubniß kann also kein Inländer die Vertretung einer anderen Nation hier übernehmen. Dieselbe enthält dann auch die Bedingungen, unter welchen sie gegeben ist. Nur in sofern darin über die gesandtschaftlichen Rechte und Befreiungen nichts enthalten ist, kommt die Bestimmung dieses §. zur Anwendung, nach §. 1 des Anh. und Pr.-O. Tit. 2, §. 69. Die Bestallung namentlich der Konsuln (lettre de provision) erhält erst durch landesherrliche Bestätigung (exequatur) Wirksamkeit.

50) Die Deklar. vom 24. Sept. 1798 (Rabe V, 209), woraus dieser §. entnommen ist, giebt den Rath, daß man sich zuvörderst über diese Bedingungen gehörigen Orts, d. i. beim Minister des Auswärtigen, näher belehren lassen möge, ehe man sich mit solchen Personen in Geschäfte einlasse.

51) Anwendung des Grundsatzes der §§. 23 u. 24. Hieran wird durch den Umstand, daß die ins Ausland abgeschickten Gesandten, Residenten und Geschäftsträger ihren persönlichen Gerichtsstand nicht an ihrem bisherigen Wohnsitze, sondern bei dem Stadtgerichte zu Berlin haben sollen (G. vom 26. April 1851, Art. III, Nr. 2, G.S. S. 181), nichts geändert.

52) Vergl. Pr.-O. Tit. 2, §. 114 und Anh. dazu, §. 34.

52a) (4 A.) Unter diesen erlaubten Geschäften Fremder sind nur solche zu verstehen, welche nach preußischen Gesetzen nicht verboten sind. Erk. des Obertr. vom 16. Oktober 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 51).

53) Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist schon in den §§. 34, 35 ausgesprochen. Eine Anwendung rücksichtlich der Handlungsbücher ausländischer Kaufleute und deren Beweiskraft vor inländischen Gerichten ist Pr. des Obertr. 1568, vom 3. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 375). (5. A.) Auch die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher wird nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem die Handlungsbücher geführt werden. Erk. des Obertr. v. 18. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 365). Die exceptionelle Eigenschaft der Handlungsbücher ist ein Privilegium der Kaufleute und gehört zu den besonderen Rechten des Status derselben. Vergl. das Pr. 2028 v. 7. Juni 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 325).

54) Die beigefügte Beschränkung ist, als Anweisung für den Richter, ohne allen praktischen Werth; denn nirgend ist bestimmt worden: wodurch ein Ausländer sich des Schutzes der Gesetze, in Beziehung auf Privatrechte, unwürdig mache. Das richterliche Ermessen kann die Unwürdigkeit nicht aussprechen, da gar kein Prinzip gegeben ist.

55) Hierdurch wird eine gemeinrechtliche Kontroverse entschieden. S. darüber Glück, Kommentar, Bd. III, S. 265. Vergl. Anm. 57.

56) Das Prinzip der Rechtsungleichheit muß entweder ausgesprochen sein, oder als Mißbrauch wissentlich geduldet werden. Beispiele sind: 1. Das Gesetz des Kantons St. Gallen über das Paternitätswesen und den Stand der unehelichen Kinder, v. 13. Juni 1832, wodurch (Art. 8) den Nichtkantonsbürgerinnen das Klagerecht aus der unehelichen Schwängerung versagt ist. Deshalb soll, wenn

oder der hiesigen Unterthanen insbesondere, beschwerende Verordnungen macht, oder dergleichen Mißbräuche wissentlich gegen diesseitige Unterthanen duldet, so findet das Wiedervergeltungsrecht statt.

§. 44. Unterrichter sollen, ohne Genehmigung ihrer Vorgesetzten, gegen Fremde niemals auf Retorsion erkennen [57]).

§. 45. Dagegen können aber auch fremde durch Abtretung ihrer Rechte an hiesige oder andere mehr begünstigte Unterthanen, sich dem Retorsionsrechte nicht entziehen.

§. 46. Bei Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen [58]) Auslegung der Gesetze.

---

Einwohnerinnen aus diesem Kantone derartige Klagen hier anbringen, der Fall dem Justizminister angezeigt und vor Einleitung der Sache die Vorbescheidung abgewartet werden. Reskr. v. 4. Oktbr. 1836 (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 429). 2. Der Grundsatz des franz. Rechts, daß ein, gegen einen Franzosen im Auslande ergangenes Urtheil keine exekutorische Wirkung in Frankreich hat. Deshalb ist von dem Obertr. ausgesprochen: a) daß, vermöge des Retorsionsrechts, aus einem, von einem französischen Gerichtshofe gegen einen Preußen erlassenen Urtheile, wider den Letzteren in Preußen nicht als aus einem Judikate geklagt werden kann; b) daß ein nach französischer Verfassung ergangenes Kriminalurtheil, welches in der Entscheidung des Civilpunkts die Nichtigkeit einer Urkunde ausspricht, dem Cessionar der in dieser Urkunde verbrieften Forderung nicht entgegen steht, wenn die Cession vor Einleitung des Kriminalprozesses erfolgt, der Cessionar aber bei diesem Prozesse nicht zugezogen worden ist. Pr. 1578, vom 17. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 151).

57) Viele gemeinrechtliche Rechtsgelehrten leiteten das Retorsionsrecht aus dem röm. Edikte quod quisque juris etc. her und kamen dadurch zu der im §. 42 verworfenen Meinung, daß schon die Verschiedenheit der Rechte die Retorsion rechtfertige, sowie zu der Behauptung, daß jeder Richter selbstständig darauf erkennen könne, wie z. B. Stryk, usus mod., II, 2, §. V. Die Retorsion der Rechte aber ist die civilistische Spezies der Repressalien im weiteren Sinne und gehört mithin dem Völkerrechte an, welches sie als Mittel zur Erhaltung der Rechtsgleichheit zwischen verschiedenen Nationen ausübt. Die Anwendung dieses Mittels kann daher nicht von untergeordneten Behörden, sondern nur von der Staatsregierung ausgehen oder muß doch von der höchsten Gewalt genehmigt werden. Diesen Grundsatz spricht der §. 44 aus, doch nur beschränkt, indem es darnach scheint, als sollten nur die Gerichte erster Instanz der Genehmigung bedürfen, was nicht gemeint ist, da vielmehr von den Gerichten immer anzufragen ist. Vergl. Pr.-O. Tit. 50, §. 162; ferner A. L.R. II, 8, §. 935 u. Krim.-O. §. 96. Die prozessualische Form der Anwendung ist die Exception (vergl. ein R. v. 23. Febr. 1796 ad 9, in Rabe III, S. 280), über welche erst nach eingeholter Genehmigung zu verfahren ist; wird die Einwilligung versagt, so wird die Exception als unzulässig verworfen. Ueber das Thatsächliche derselben wird, im Falle des Streits, wie gewöhnlich, Beweis erhoben, doch kann schwerlich ein anderes Beweismittel als das Zeugniß oder Gutachten des Ministeriums des Auswärtigen genügende Ueberzeugung verschaffen (V. v. 24. Nov. 1843, G.S. S. 369), wenn nicht von notorischen Gesetzen oder Maximen des fremden Staates Rede ist, die aber kürzlich sich auch wieder geändert haben können. Vergl. II, 8, §. 935.

58) Damit wird nur die sog. doktrinelle oder Privatauslegung gemeint; auf die sog. legale Interpretation beziehen sich die Bestimmungen gar nicht. Justinian hat die Privatauslegung und folgerichtig auch das Schreiben juristischer Bücher verboten; dafür aber die Anstalt getroffen, daß alle Auslegung durch ihn selbst geschah. L. 12, §. 1 C. de leg. (I, 14); L. 2, §. 21 C. de veteres jure enucl. (I, 17). Der Richter sollte nur mechanisch verfahren, sich jeder freien Geistesthätigkeit enthalten und im Zweifel anfragen. Ein gleiches Verbot, daß sich Niemand unterstehen sollte, einen Kommentar oder eine Dissertation über das Gesetzbuch zu schreiben, giebt das erste Gesetzbuch (Project des corp. jur. Frid.) Th. I, Tit. 2, §. 10, und ein ähnliches Verbot enthält die landrechtliche Gesetzgebung in dem Epilog des Publ.-Pat. v. 5. Febr. 1794, und in richtiger Folge davon ist der Privatauslegung, möge sie von Lehrern oder Richtern ausgegangen sein, jede bindende Kraft abgesprochen (§. 6 der Einl.); dagegen aber in einer Gesetzkommission eine Staatsanstalt errichtet worden, welche die Gewißheit und Einheit des Rechts durch bindende Auslegung der Gesetze, in ähnlicher Weise wie Justinian durch Reskripte, schützen sollte. Der Richter sollte, während des Prozesses, wenn er den eigentlichen Sinn der Gesetze zweifelhaft fände, bei dieser Gesetzkommission anfragen und nach deren Beschlusse den Prozeß entscheiden, doch sollten den Parteien die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen bleiben. §§. 47 u. 48 Einl. Die Rechtsmittel konnten in Beziehung auf die Rechtsfrage selbstverständlich nie Erfolg haben, da ja den Auslegungen der Gesetzkommission bindende Kraft beigelegt war, also auch die Appellationsgerichte sich darnach richten mußten. K.O. v. 14. April 1780 a. E. (Rabe I, 1, S. 439) u. Pat. vom 28. Mai 1781 (N. C. C. VII, S. 337). In dieser Form brachte die Staatsanstalt „den Uebelstand, daß dunkle und zweifelhafte Gesetze im Laufe eines Prozesses erklärt, und die Erklärungen auf vergangene Fälle angewendet wurden, — wodurch die Parteien, indem manche Prozesse im Grunde nach einem neuen Gesetze, das die Parteien vorhin nicht kennen konnten, — entschieden wurden, in Schaden und Nachtheil kamen, ohne dabei einmal an kürzerer Dauer oder minderen Kosten zu gewinnen, da oft erst in der letzten Instanz angefragt, oder wenn solches auch in den ersten Instanzen geschah,

keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten[59]), und dem Zusammenhange derselben[60]), in Beziehung auf den streitigen Gegenstand[61]) oder[62]) aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde[63]) des Gesetzes deutlich erhellt.

---

dennoch von den Erkenntnissen, die sich auf solche Entscheidungen der Gesetzkommission gründeten, das nachgelassene Rechtsmittel ergriffen wurde." Aus diesen Gründen wurden die Anfragen bei der Gesetzkommission im Laufe der Prozesse gänzlich abgeschafft. K.O. vom 8. März 1798 (Rabe V, S. 86) u. Anh. §. 2. Durch diese Bestimmungen ward die Auslegung der Gesetze der freien Geistesthätigkeit der Richter überlassen. Der Mangel eines Instituts zur Erhaltung der Gewißheit und Einheit des Rechts paßte nicht zur landrechtlichen Gesetzgebung; das Bedürfniß führte zu einer anderen Einrichtung. Diese besteht theils in der Einführung eines Kassationsverfahrens unter dem Namen der Nichtigkeitsbeschwerde, auf welche, wenn das angegriffene Urtheil vernichtet wird, der Kassationsrichter ein eigenes Urtheil fällt (V. v. 14. Dez. 1833, §. 17, G.S. S. 306); theils in der Anordnung eines Präjudizienbuches dieses Gerichtshofes (Obertribunals) mit der Bestimmung, daß ein ausgesprochener Rechtsgrundsatz dasselbe Kollegium und auch die übrigen Abtheilungen für künftige Fälle dergestalt bindet, daß davon nicht eigenmächtig abgegangen werden darf, vielmehr der neue Zweifel vor das Plenum gebracht werden muß und der darauf gefaßte Plenarbeschluß für künftige Fälle alle Senate bindet, bis durch die Gesetzgebung eine Abänderung erfolgt. K.O. v. 1. August 1836 (G.S. S. 218); V. v. 21. Juli 1846, §. 25. Das G. v. 7. Mai 1856 (G.S. S. 293) hat diese Bestimmung dahin abgeändert, daß die Entscheidung des Plenums dann nicht mehr einzutreten braucht, wenn ein Senat von einem durch ihn selbst bisher behaupteten Rechtsgrundsatze, oder von einer durch ihn selbst bis dahin befolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen beschließt, sondern daß ihm unbenommen bleibt, in einem solchen Falle die betreffende Rechtsfrage an das Plenum zu bringen; ferner, daß das Plenum nicht mehr gehalten, auf Einholung einer deklaratorischen Vorschrift anzutragen, wenn es von einem früheren Beschlusse abweichen sollte, daß vielmehr der abweichende neuere Beschluß die Kraft eines ersten Beschlusses hat. Dadurch ist dem obersten Gerichtshofe nicht allein die zur Erhaltung der Einheit gereichende Auslegung, sondern zugleich eine darüber hinausgehende Fortbildung des Rechts verliehen. (5. A. Seit die einzelnen Senate des Obertr. nicht mehr an ihre in frühern Entscheidungen angenommenen Rechtsgrundsätze gebunden sind, macht sich ein gewisses Schwanken desselben in der Rechtsprechung bemerkbar.) — Der §. 46 der Einl. kann, nach der Absicht der landrechtlichen Gesetzgebung, keineswegs als eine erschöpfende Vorschrift über die Regeln der Auslegungskunst angesehen werden, vielmehr setzt er Gesetze voraus, deren eigentlicher Sinn unzweifelhaft ist; und er weiset den Richter nur an, wie und aus welchen Erkennungszeichen er den Sinn in sich aufnehmen soll. Findet er den Sinn zweifelhaft, so soll seine geistige Thätigkeit beendet sein und er soll nach §§. 47 u. 48 anfragen. Nachdem er aber durch §. 2 des Anh. auf die eigene Auslegung verwiesen worden, muß er zwar weiter operiren, allein hierzu findet er in dem §. 46 keine Anleitung; vielmehr verweiset ihn der §. 2 des Anh. auf die allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze, welche in dem A. L.R. nicht zu finden sind, eben weil der Richter sich mit der Auslegung nicht befassen sollte. (5. A.) Als Hülfsmittel bei der nun dem Richter zugefallenen Auslegung empfiehlt sich vor Allen: v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, §§. 32 bis 51. Zur Kenntniß der gangbarsten Meinungen der Neuern dienen vorzüglich: Chr. H. Eckard, hermeneutica juris, ed. C. W. Walch, Lips. 1802. 8. Dann Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, 2te Ausg. Altona 1807. 8. Vergl. auch m. Privatrecht Bd. I, §§. 23 ff. — Uebrigens hat der deutsche Text vor den auch amtlichen Uebersetzungen der Gesetze den Vorzug. K.O. v. 20. Juni 1816 (G.S. S. 204).

59) Der Richter soll den Gedanken, welchen der Gesetzgeber in dem Gesetze ausgesprochen hat, auffassen. Das Wort — das grammatische Element — vermittelt den Uebergang aus dem Denken des Einen in das des Anderen. Deshalb muß der Ausdruck in dem Sinne genommen werden, in welchem der Sprechende denselben zu gebrauchen pflegt. I, 4, §§. 67—69. Diese Regel findet auch auf Gesetze Anwendung. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XX, S. 310. Stellt der Ausdruck nach der Sprachweise des Gesetzgebers oder — wenn dabei nichts Eigenthümliches ist — nach der gewöhnlichen Bedeutung zu der Zeit der Erscheinung (I, 4, §. 66) einen in sich vollendeten Gedanken dar, und findet er auch in der gleichzeitigen Beachtung der beiden übrigen Elemente, nämlich in dem logischen Elemente — dem Zusammenhange — oder in dem historischen und dogmatischen kein Bedenken, diesen Gedanken für den wahren Willen des Gesetzgebers zu halten, so schließt seine Thätigkeit mit der Anwendung des ihm klaren Inhalts des Gesetzes. Giebt aber der Wortlaut weder nach der Sprachweise des Gesetzgebers, noch nach der gewöhnlichen Bedeutung einen in sich vollendeten Gedanken, oder wird es aus einem, aus dem Zusammenhange oder dem Grunde entnommenen Umstande zweifelhaft: ob dieser Gedanke der wahre Inhalt des Gesetzes sei, so muß er seine geistige Thätigkeit nach Vorschrift des §. 2 des Anh. fortsetzen.

60) Der Zusammenhang der Worte ist der Gegenstand des logischen Elements der Auslegung; die Thätigkeit beschäftigt sich dabei mit dem logischen Verhältnisse der einzelnen Theile des Gedankens zu einander.

61) Die Worte: „in Beziehung auf den streitigen Gegenstand" deuten das historisch-syste-

## §. 47 und 48. Fallen weg[63a]).

Anh. §. 2. Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln[64]) wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden,

---

matische Element der Auslegung an. Das fragliche Rechtsverhältniß, auf welches sich das auszulegende Gesetz bezieht, ist eine geschichtliche Erscheinung, meistens älter als dieses Gesetz. Die Worte des Gesetzes haben daher eine bestimmte Beziehung auf den damaligen Zustand des Rechtsverhältnisses. Diesen Zustand muß man kennen, um die Beziehung, d. h. die Weise zu verstehen, in welcher das neue Gesetz in denselben eingreifen sollte. Dazu verhilft die Geschichte; doch nicht für sich allein. Um „die Beziehung auf den streitigen Gegenstand", d. i. die Gestaltung des Rechtsverhältnisses durch das neue Gesetz zu erkennen, muß auch der innere Zusammenhang, in welchem das fragliche Rechtsverhältniß oder Institut mit anderen Rechtsgrundsätzen und dem ganzen Rechtssysteme steht, zur Anschauung gebracht werden. Das ist die Aufgabe des systematischen Elements der Auslegung. Sonst machte man hieraus ebenso viel verschiedene Arten der Auslegung, über deren Verhältniß zu einander man zweifelhaft war; der heutige Stand der Rechtswissenschaft zeigt uns jedoch in diesen verschiedenen Thätigkeiten die Grundbestandtheile der Auslegung, welche vereinigt wirken müssen. v. Savigny, System, I, 215. Der §. 46, welcher mit wenigen Worten ebendasselbe vorschreibt, ist ein Zeugniß des Gedankenreichthums und der sicheren Rechtskenntniß seiner Verfasser; er kennt und bezeichnet die Elemente der Auslegung schon ein halbes Jahrhundert vor ihrer allgemeinen Anerkennung.

62) Der durch das „oder" mit den vorher aufgezählten Dingen (Wort, Zusammenhang, Beziehung) in Verbindung gebrachte „Grund" ist nicht Theil des Ganzen, sondern ein anderer Fall, welcher eintritt, wenn der erste mögliche Fall, daß die vereinte Thätigkeit der Theile der Auslegung nicht die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet, nicht vorhanden ist. Denn dann ist das Gesetz mangelhaft und der „Grund" ist ein Mittel, mangelhafte Gesetze zu erklären. S. die folg. Anm. 63. Vergl. auch I, 4, §. 146.

63) Was hier unter „Grund des Gesetzes" (ratio legis) verstanden wird, ist ungewiß. Die Gelehrten waren damals und sind noch jetzt über den Begriff nicht einig. Einige verlegen ihn in die Vergangenheit und verstehen darunter den höheren Grundsatz, der das Gesetz beherrscht; Andere setzen ihn in die Zukunft und meinen damit die beabsichtigte Wirkung des Gesetzes (Absicht, Zweck). Jede von beiden Beziehungen kann als Grund gewirkt haben. Ganz verschieden davon aber ist die sog. Veranlassung (occasio) des Gesetzes.

63a) (3. A.) Dieselben lauten:

§. 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzkommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

§. 48. Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluß der Gesetzkommission bei seinem folgenden Erkenntnisse in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteien bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen.

64) Diese hat der Gesetzgeber nicht vollständig vorgeschrieben, sie müssen daher, soweit der §. 46 unzureichend ist, aus der Wissenschaft entnommen werden. Vorausgesetzt ist ein wirklich oder vermeintlich mangelhaftes Gesetz, aus dessen Fassung mit den im §. 46 bezeichneten Elementen kein unzweifelhafter Inhalt gewonnen wird. v. Savigny (System I, §§. 35 ff.) giebt folgende Regeln:

Die denkbaren Fälle mangelhafter Gesetze sind: 1. unbestimmter Ausdruck, der keinen in sich vollendeten Gedanken giebt; 2. unrichtiger Ausdruck, welcher einen von dem wahren Gedanken des Gesetzgebers verschiedenen Gedanken bezeichnet. Die erste Thätigkeit ist die Feststellung des Falles. — Hülfsmittel sind: 1. Der innere Zusammenhang der Gesetzgebung, in sofern der mangelhafte Theil des Gesetzes aus einem anderen Theile desselben Gesetzes oder aus einem anderen Gesetze, am sichersten aus einem Gesetze desselben Gesetzgebers, erklärt wird; doch dienen auch ältere Gesetze zur Erklärung, weil der Gesetzgeber solche gekannt hat. (L. 26, 27 D. de leg. I, 3.) In den pr. Gesetzen wird dieses Hülfsmittels nicht gedacht, es ist aber das allernächste und in täglicher Anwendung. 2. Der Grund des Gesetzes. Auf dieses Hülfsmittel verweist der §. 46 ausdrücklich, doch unter der sich von selbst verstehenden Bedingung, daß er unzweifelhaft (gewiß), wie z. B., wenn er in dem Gesetze selbst angegeben ist, und unter der Beschränkung, daß er der nächste sei. Damit verhält es sich so: Die Gesetze sind entweder regelrechte, d. h. solche, welche die Erkennbarkeit und Unbestreitbarkeit der Rechtsgrundsätze sichern sollen und sich auf höhere allgemeine Rechtsregeln beziehen (jus commune), oder absolute, anomale Gesetze (jus singulare), d. h. solche, durch welche aus besonderen Gründen (politischen, staatswirthschaftlichen oder sittlichen) etwas in der Zukunft erreicht werden soll. — Steht das Gesetz zu dem bekannten Grunde in einem unmittelbaren logischen Verhältnisse wie der Grund zur unmittelbaren Folge: so ist dies der nächste Grund. Stehen beide entfernt, so wird der Grund, wenn er an sich auch bekannt ist, um so unsicherer, als die Zahl der Mitglieder zunimmt. Deshalb erkennt der §. 46 den entfernteren Grund nicht als Hülfsmittel an; die Auslegung muß, ohne Gewicht darauf zu legen,

vollbracht werden, wie es geschehen müßte, wenn gar kein Grund gewiß oder überhaupt kein Grund vorhanden wäre. Bei den absoluten oder anomalen Gesetzen, d. h. solchen, welche mit Absicht von den allgemeinen Regeln und der Folgerichtigkeit abweichen, weil dadurch eine bestimmte Wirkung in der Zukunft erreicht werden soll (Zweck, Absicht), ist diese Absicht der nächste Grund. Zur Auslegung dieser Gesetze ist der Grund weniger tauglich, aber zur Erkennung der Natur des Gesetzes, als eines regelmäßigen oder anomalen, ist es ein ziemlich sicheres Mittel. Die Auslegung, welche aus dem Zwecke und der Absicht abgeleitet wird, verwirft der Gesetzgeber im Epilog des Publ.-Pat. vom 5. Febr. 1794. Ueberhaupt ist es bei der Anwendung des Grundes des Gesetzes, besonders des entfernteren oder allgemeineren, sowie bei dem Gebrauche des inneren Zusammenhanges verschiedener Gesetze (1), im pr. Recht als Regel zu beachten: „daß alle älteren Gesetze, Edikte und Verordnungen, an deren Stelle das L.R. getreten ist, gänzlich aufgehoben und abgeschafft sind, und kein Kollegium, Gericht oder Justizbedienter sich unterfangen soll, das L.R. nach besagten aufgehobenen Rechten und Vorschriften zu erklären oder auszudeuten." Ebd. Das L.R. muß aus sich selbst erklärt werden. 3. Der innere Werth des Ergebnisses. Dieses Hülfsmittel wird von den Rechtslehrern selbst für gefährlich gehalten. v. Savigny a. a. O. S. 225. Wegen seiner subjektiven Natur empfiehlt es sich wenig, und in der preuß. Gesetzgebung ist nur bei Rechtsgeschäften darauf ausdrücklich hingewiesen. I, 5, §. 74.

Anwendung. I. Bei Unbestimmtheit des Ausdrucks. Die Unbestimmtheit kann eine Unvollständigkeit sein, wie z. B. in der A. G.O. II, 2, §. 23, wo vorgeschrieben ist, daß dem instrumentirenden Beamten, zur Feststellung der Identität der handelnden Person, bekannte und unverdächtige Leute gestellt werden sollen, ohne Bestimmung der Zahl und des Geschlechts. Sie kann auch eine Mehrdeutigkeit des Ausdrucks oder der Wortfügung sein. Ueber die Art der Unbestimmtheit muß man sich vor allen Dingen in Klarheit setzen. Sodann hat man solche, zuerst durch den Zusammenhang der Gesetzgebung, darauf, wenn dieser Versuch erfolglos ist, aus dem nächsten Grunde, falls ein solcher bekannt und gewiß ist, wo möglich zu beseitigen. Bei anomalen Gesetzen tritt der ausgesprochene Zweck oder die Absicht des Gesetzgebers an die Stelle des Grundes. §. 55 Einl. u. I, 4, §. 70. Es ist aber im Zweifel so wenig wie möglich von den regelrechten allgemeinen Grundsätzen abzugehen. §. 57 Einl. — Die Würdigung des inneren Werthes des Resultates muß zuletzt doch dann den Ausschlag geben, wenn mehrere Auslegungen an sich möglich sind, wovon die eine dem Gesetze alle Wirkung nimmt, die andere nicht (I, 4, §. 74; L. 19 D. de leg. I, 3); oder wenn das Gesetz nach der einen wohlthätiger ist als nach der anderen, in sofern überhaupt das Gesetz einen wohlwollenden Inhalt hat. Vgl. Einl. §. 55; L. 192, §. 1 D. de reg. jur. (L, 17); L. 18, 56, 168 pr. D. de leg. (I, 3).

II. Unrichtigkeit des Ausdruckes. Diese setzt die Thatsache voraus, daß der Gesetzgeber einen anderen Gedanken ausdrücken wolle, als der gebrauchte Ausdruck erkennbar macht. Die Auslegung will daher den Ausdruck so berichtigen, daß er mit dem wahren Gedanken harmonirt, entweder durch eine ausdehnende Auslegung, wenn der Ausdruck weniger, oder durch eine einschränkende, wenn er mehr enthält. Beispiel einer ausdehnenden Auslegung ist die des §. 656, Th. II, Tit. 2, welcher den unehelichen Kindern auf den Nachlaß der Mutter ein gleiches Erbrecht mit den ehelichen Kindern zuschreibt, wogegen die Auslegung gefunden hat, daß nicht nur den unehelichen Kindern, sondern auch den ehelichen Abkömmlingen derselben ein gleiches Erbrecht beigelegt sein soll. Entsch. des Obertr. Bd. XX, S. 307 ff. — Bei dieser Mangelhaftigkeit hilft das logische Element nicht, denn der Ausdruck giebt sowohl für sich als nach dem Zusammenhange der Worte einen vollendeten Gedanken. Es bedarf einer geschichtlichen Beweisführung zur Bestätigung der Voraussetzung, daß der wahre Gedanke des Gesetzgebers ein anderer sei. Der Zusammenhang der Gesetzgebung wird für das unbedenklichste Mittel gehalten. „Wichtiger, aber auch bedenklicher" (sagt v. Savigny a. a. O. S. 233) „ist die Anwendung des zweiten Hülfsmittels", nämlich des Grundes des Gesetzes. Der entfernte oder allgemeine Grund wird als Mittel für diese Auslegung ganz verworfen, und damit stimmt der §. 46 der Einleitung überein. Der nächste oder spezielle Grund hingegen kann unbedenklich angewendet werden, wenn der Wortverstand (das grammatische Element) dem ausgesprochenen Grunde (oder Zwecke) widersprechen würde, z. B. wenn die Anwendung eines, die Begünstigung gewisser Personen bezweckenden, Rechtssatzes in einem Falle zu ihrem Schaden ausschlagen würde. L. 25 D. de leg. (I, 3); L. 6 C. eod. (I, 14). Vergl. Proz.-O. Tit. 14, §. 11 a. E. und §. 14 b. — Wenn es nicht gerade auf Beseitigung eines Widerspruchs zwischen dem ungenauen Ausdrucke und dem wahren Inhalte des Gesetzes, sondern auf die Findung der rechten Grenze der Anwendung ankommt; so ist die wahrscheinliche Erklärung der Veranlassung des ungenauen Ausdruckes, etwa, daß ein konkreter Ausdruck gebraucht worden, weil ein abstrakter fehlte oder wegen größerer Anschaulichkeit, das geeignete Mittel zum Beweise einer zulässigen ausdehnenden Auslegung. Auch der indirekte Ausdruck, welcher in dem sogenannten argumentum a contrario und in dem Ausspruche einer Ausnahme liegt, gehört zu dieser Art ausdehnender Auslegung. v. Savigny a. a. O. S. 235. Das dritte Hülfsmittel, nämlich der innere Werth des Ergebnisses (3), ist zur Verbesserung eines vermeintlich unrichtigen Ausdrucks völlig unbrauchbar, weil der Ausleger seinen eigenen Gedanken willkürlich an die Stelle des Gesetzinhalts setzen und dann dadurch den Ausdruck verbessern müßte.

und findet die Anfrage an die Gesetzkommission[64a]) — nicht mehr statt; er muß aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen.

§. 49. Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß erkennen[65]).

---

64a) (3. A.) Hier sind die Worte: „während des Laufes des Prozesses", weggelassen; denn auch nach beendigtem Prozesse kann eine dergleichen Anfrage nicht vorkommen, weil eine Gesetzkommission nicht mehr besteht.

65) Der Mangel einer auf den dem Richter vorgetragenen Rechtsfall passenden Rechtsregel berechtigt den Richter nicht, die Entscheidung zu verweigern, vielmehr soll er die Lücke in der Gesetzgebung durch Findung der passenden Regel ausfüllen. Nach einer Meinung vieler Schriftsteller sollte der Stoff dazu aus einem allgemeinen, über dem gegebenen Rechte stehenden Normalrechte, dem sogenannten Naturrechte genommen werden. Diese Meinung verwirft der §. 49, indem er vorschreibt, daß die Ergänzung aus dem positiven Rechte selbst geschehen soll. Man gebraucht in dieser Beziehung das Wort Analogie. Was eigentlich damit bezeichnet werden soll, ist nicht ausgemacht. Einige verstehen darunter die geistige Thätigkeit (das Suchen und Finden des Rechtssatzes), Andere den Grund des gefundenen Rechtssatzes (die Aehnlichkeit), Andere den gefundenen Rechtssatz selbst (Hufeland in Praecognit. jur. §. 53: Analogia juris est regula juris, non ex verbis, sed ex ratione legis deducta); v. Savigny, S. 391, nennt so das Verhältniß des gefundenen Rechtssatzes zu dem gegebenen positiven Rechte. Andere (Glück I, S. 263) beziehen den Ausdruck nicht auf die Rechtsregel, sondern auf die Entscheidung eines unentschiedenen Rechtsfalles. Mir erscheint die Analogie als das Mittel zur Findung des ergänzenden Rechtssatzes, nach einem gegebenen Muster.

Die Rechtsfindung soll „nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen" geschehen. Jene, die allgemeinen Grundsätze, kommen in Betracht, wenn in einem bekannten Rechtsinstitute einzelne Rechtsfragen unentschieden gelassen worden sind: diese sind nach den Grundsätzen dieses Rechtsinstituts und deren innerem Zusammenhange zu beantworten. Die „Verordnungen wegen ähnlicher Fälle" werden zu Vorbildern genommen, wenn ganz neue Rechtsverhältnisse entstehen und Rechtsstreitigkeiten veranlassen: hier wird ein innerlich verwandtes Rechtsinstitut (ähnlicher Fall), unter den bereits bekannten, aufgesucht und zum Muster der Nachbildung genommen. Bei der Analogie wird allemal von einem Gegebenen ausgegangen. Ist dies ein einzelnes Gesetz, so heißt es: man argumentire ex ratione legis (Entscheidung ex argumento legis); sind es abstrahirte Rechtsgrundsätze, so spricht man von argumenta a consequentia. In allen Fällen untauglich zur Analogie aber sind absolute Vorschriften, Ausnahmgesetze oder Gesetze, welche von dem regelmäßigen Rechte aus besonderen Gründen abgehen; denn es sollen nur die „angenommenen allgemeinen Grundsätze" leiten. Vergl. L. 14 D. de leg. (1, 3); A. L.R. II, 2, §§. 410, 415; Konk.-O. §. 488.

(4. A.) Das Obertr. hat die Vorschrift des §. 49 auch auf den Fall, wenn nicht die Vorschriften des A. L.R., sondern fremde Landesgesetze zur Anwendung kommen, — ein Fall, für welchen die Vorschrift §. 49, nach der vorstehenden Darlegung, nicht gegeben ist — angewendet. Erk. vom 11. Okt. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 308). Dasselbe sagt selbst, daß der §. 49 den Mangel einer anwendbaren gesetzlichen Bestimmung des preußischen Rechts vor Augen habe, daß jedoch das darin ausgesprochene allgemeine Princip, der Intention des Gesetzgebers gemäß, unzweifelhaft (?) auch auf denjenigen Fall anzuwenden sei, in welchem es sich um die dem Richter mangelnde Kenntniß eines ausländischen Gesetzes handelt, das derselbe nicht kennt. Damit soll der §. 53, I, 10 der A. G.O. im Einklange stehen, indem derselbe verordne, daß, wenn über ein nach fremden Landesgesetzen zu beurtheilendes Geschäft gestritten wird, und es darauf ankommt, was diese Gesetze für den vorliegenden Fall verordnen, darüber so, wie über eine andere Thatsache, Beweis aufgenommen werden müsse; daß es hiernach unzweifelhaft (?) Sache derjenigen Partei sei, die sich auf ausländisches Recht beruft, dem Richter den Beweis zu führen und zu liefern, daß und in wiefern die Gesetze des Auslandes Abweichendes von der preußischen Gesetzgebung bestimmen. Hieraus wird nun der Schluß gezogen, daß es nicht Sache des Klägers war, seinen Anspruch, sondern Sache des Beklagten, seine Einrede von der mit Ausschluß der preußischen Gesetze zur Anwendung kommenden fremden (hier russischen) Gesetzgebung näher zu substantiiren. Die Ausführung leidet am Mangel aller juristischen Begründung und logischen Folgerichtigkeit; die Konklusion macht Sprünge. Der §. 49 d. T. paßt gar nicht auf diesen Fall, die Anwendung ist eine Richtigkeit im Sinne des §. 4 der V. v. 14. Dez. 1833; der §. 53 der A. G.O. steht mit dem §. 49 d. T. gar nicht in Beziehung, noch weniger im Einklange, er bestimmt über die Beweispflicht nichts, folglich ist die daraus gezogene Konklusion unschlüssig. Die Beweispflicht muß nach den allgemeinen Grundsätzen, auch nach diesem §. 53, regulirt werden. Weder aus dem §. 53, noch aus einem anderen bekannten Rechtsgrundsatze ist herzuleiten, daß, wenn aus einem nach fremden Rechten zu beurtheilenden Rechtsverhältnisse zu klagen ist, der Kläger seine Klage

§. 50. Er muß aber zugleich dieſen vermeintlichen Mangel der Geſetze dem Chef der Juſtiz ſofort anzeigen.

§. 51. Sollte durch dergleichen Anzeige in der Folge ein neues Geſetz veranlaßt werden, ſo kann daſſelbe doch auf die vorher ſchon gültig vollzogenen Handlungen keinen Einfluß haben[66]).

§. 52. Betrifft die Frage ein Provinzialgeſetz, Statut, oder Privilegium, ſo muß, ehe die Sache der Geſetzkommiſſion vorgelegt wird, das Gutachten der Provinzial-Landeskollegien und des Juſtizdepartements darüber erfordert werden[67]).

§. 53. Wo kein Provinzial-Landesgeſetz, oder andere dergleichen beſondere Beſtimmung vorhanden iſt, hat es allemal bei den Vorſchriften des A.L.R. ſein Bewenden[68]).

§. 54. Privilegien[68a]) und verliehene Freiheiten müſſen, in zweifelhaften Fällen, ſo erklärt werden, wie ſie am wenigſten zum Nachtheile des Dritten gereichen[69]).

---

nach den Vorſchriften des A. L.R. begründen dürfe, obgleich der Beklagte denſelben nicht unterworfen; und daß es Sache des Beklagten ſei, einwandsweiſe das fremdländiſche Recht aufzulegen und zu dociren; vielmehr genügt zur Abwehr einer ſolchen Klage der Einwand, daß das A. L.R. nicht Anwendung finde und daß die Begründung nach den Vorſchriften des anzuwendenden Rechts nicht dargelegt ſei. Nur die Unanwendbarkeit des A. L.R. hat der Beklagte darzuthun; geſchieht dies, ſo genügt das bloße Beſtreiten des der Klage zum Grunde gelegten Rechtsgrundſatzes, indem derſelbe durch Berufung auf das ausgeſchloſſene Landrecht nicht erwieſen werden kann. Vergl. übrigens das Erk. des Obertr. v. 17. Jan. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 284).

66) Die Vorausſetzung iſt eine Lücke in der Geſetzgebung, welche durch ein neues Geſetz ausgefüllt wird. Dieſer §. und der §. 15 haben alſo verſchiedene Beziehungen.

67) Eine Anweiſung, die den Richter nicht angeht und den Geſetzgeber nicht bindet.

68) Die Vorſchrift bezieht ſich auf die Auslegung und auf die Lückenhaftigkeit des Provinzialrechts. Sie iſt nicht ſo aufzufaſſen, daß ein dunkles Provinzialgeſetz nach den allgemeinen Grundſätzen des L.R. ausgelegt oder ganz bei Seite geſtellt und durch die Vorſchriften des L.R. erſetzt werden ſoll, vielmehr muß jedes Provinzialgeſetz aus ſich ſelbſt ausgelegt werden. Findet ſich kein Geſetz, d. h. tritt der Fall des §. 49 ein, ſo iſt zu unterſcheiden. Kommt die Frage in einem provinzialrechtlichen Inſtitute vor, ſo muß die Lücke aus der Provinzialgeſetzgebung über daſſelbe analogiſch ergänzt werden. Vergl. Entſch. des Obertr. Bd. XVI, S. 311. Entwickelt ſich aber in einer Provinz ein neues Inſtitut, ſo fällt daſſelbe dem gemeinen Rechte anheim, d. h. die Vorſchrift dieſes §. 53 kommt zur Anwendung.

68a) (4. A.) Der Begriff eines Privilegii paßt nicht auf die Uebertragung einer zum Staatseinkommen gehörigen Einnahme auf eine Stadtgemeinde. Pl.-Beſchl. des Obertr. vom 8. Januar 1855 (Entſch. Bd. XXIX, S. 334).

(5. A.) Streitigkeiten darüber: ob ein behauptetes Privilegium wirklich beſtehe, oder nicht, und welche Folgen event. daraus herzuleiten ſeien, müſſen im Rechtswege entſchieden werden. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 11. Juni 1864 (J.M.Bl. S. 380).

69) Jedes Privilegium wird ſtillſchweigend auf Recht oder Unrecht, unbeſchadet der Rechte eines beſſer Berechtigten, ertheilt; und dem berechtigten Dritten bleibt die rechtliche Ausführung ſeines beſſeren Rechtes unbenommen. In dieſem Falle muß der neu Privilegirte ſoweit zurückſtehen, daß der beſſer Berechtigte in ſeinem Rechte bleibt. Vergl. §§. 68 und 95 der Einl.; Entſch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 334. Hat das Recht des älter Berechtigten nicht die Eigenſchaft der Ausſchließung, ſo ſoll doch das neue Privilegium, im Zweifel, ſo erklärt werden, wie der Dritte am wenigſten Nachtheil leidet. Auf dieſen Fall alſo bezieht ſich die Auslegungsregel; außerdem darf der Dritte gar keinen Nachtheil haben. Denn ein Privilegium, welches dem Rechte eines Dritten ſchadet, gilt für erſchlichen oder für sub- et obreptitie emanirt, wie Müller, Promptuar. VI, p. 3, n. 3, ſich ausdrückt, welcher bei den hier gegebenen Regeln über Auslegung der Privilegien benutzt worden iſt. (Geſetzrev. Einl. S. 121, 122.) In gleicher Weiſe ſchreibt das Obertr. a. a. O. dem Dritten die exceptio ob- oder subreptionis zu. — (5. A.) M. vergl. aus der vorlandrechtlichen Zeit: Jo. Gothofred. Schaumburg, Prof. juris Jenensis, de natura Privilegiorum, tam gratiosorum, quam conventionalium, ex genuinis principiis exhibita. Jenae 1736. Aus der Literatur nach Erſcheinung des Landrechts iſt hervorzuheben: Theoph. Hufeland, Prof. juris zu Jena, Abhandlung über veränderte allgemeine Anſicht der Lehre von den Privilegien (in deſſen Abhandlungen aus dem Civilrecht; als erläuterndes Handbuch zu ſeinem Lehrbuche, 1. Bd. Gieſſen 1814 Nr. III, S. 209 ff. Auch unter dem Titel: Ueber den eigenthümlichen Geiſt des Römiſchen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen, mit Vergleichungen neuer Geſetzgebungen; in einer Reihe von Abhandlungen.)

§. 55. Im übrigen sind die verliehenen Privilegien und Freiheiten so zu deuten, daß die wohlthätige Absicht des Gebers dabei nicht verfehlt oder vereitelt werde.

§. 56. Privilegien und Freiheiten, welche durch einen lästigen Vertrag erworben worden, sind nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurtheilen[70]).

§. 57. Außerdem sind alle dergleichen besondere Gesetze und Verordnungen so zu erklären, wie sie mit den Vorschriften des gemeinen Rechts, und dem Hauptzwecke des Staats am nächsten übereinstimmen[71]).

§. 58. Uebrigens ist auf den eigentlichen Inhalt des Privilegii, im zweifelhaften Falle mehr als auf die darin angeführten Bewegungsgründe[72]) der ersten Verleihung Rücksicht zu nehmen.

Aufhebung der Gesetze.

§. 59. Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich[73]) wieder aufgehoben werden.

§. 60. So wenig durch Gewohnheiten[74]), Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, oder durch die in einzelnen Fällen ergangenen Verordnungen[75]) neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandene Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden.

§. 61. Statuten und Provinzialgesetze werden durch neuere allgemeine Gesetze nicht aufgehoben, wenn nicht in letzteren die Aufhebung der ersteren deutlich verordnet ist[76]).

---

70) Dieser Grundsatz (Note 69) bedarf noch einer näheren Bestimmung. Die drei §§. 54—56 sind zusammenzufassen; sie haben die damalige Theorie über Verleihung von Privilegien vor Augen. Viele Schriftsteller behaupteten ganz allgemein, es könne ein ähnliches Privilegium noch Anderen ertheilt werden, wenn auch dadurch der früher Privilegirte einigen Nachtheil erleide. Vorausgesetzt ist natürlich die Möglichkeit gleichzeitiger Ausübung mehrerer Privilegien, nach dem Gegenstande. Andere bestritten die allgemeine Gültigkeit des Satzes. Es sei zu unterscheiden, ob die ältere Konzession per modum contractus (wohin man auch Verleihungen zur Belohnung rechnete), oder mera ex gratia erlangt worden sei. In dem ersten Falle dürfe dem Privilegirten die spätere Verleihung nicht zum Nachtheile gereichen, vielmehr sei das neue Privilegium für eine Sub- oder Obreption zu halten. Hierauf bezieht sich der §. 56. Im zweiten Falle aber würden neue Verleihungen dadurch, daß der früher Privilegirte einigen Nachtheil erleide, nicht gehindert. Dies ist die Voraussetzung des §. 54, nur soll das neue Privilegium so genommen werden, wie es dem früher Begünstigten den wenigsten Nachtheil bringt. Doch, fügt §. 55 bei, darf das neue Privilegium in keinem Falle ohne alle Wirkung bleiben. Vergl. Müller l. c. p. 7—9.

71) Dieser allgemeinen Auslegungsregel ist schon oben in der Anm. 64 gedacht worden.

72) Der Grund ist von dem das Recht bestimmenden Inhalte des Gesetzes immer getrennt zu denken, er darf nicht als ein Bestandtheil desselben angesehen werden. Es verhält sich damit wie bei den richterlichen Entscheidungen. Ist der Inhalt unzweifelhaft, so kommt auf den Grund nichts an; bei dunklem Inhalte ist nach §. 46 der Einl. (Anm. 64) zu verfahren. — Bei der Frage über den Anfang der Wirksamkeit kommt es auf die Beschaffenheit des Falles an. Die Lehre, daß erst die Publikation wirksam mache (Hommel, Rhaps., obs. 583; Schilter, exercit. I, cor. 15) ist nicht überall anwendbar.

73) Nichtanwendung (desuetudo), auch wenn sie noch so alt ist, gilt nicht als Aufhebungsart. — Zur ausdrücklichen Aufhebung gehört auch die Aufhebung eines ganzen Instituts oder eine wesentliche Umbildung desselben, womit die einzelnen Gesetze, welche das Institut betreffen oder die sonstige Wesenheit desselben voraussetzen, fallen. Nicht weniger enthalten abändernde Gesetze überhaupt eine dergleichen ausdrückliche Aufhebung, wenn auch die übliche Klausel: „alle entgegenstehenden Vorschriften sind aufgehoben", fehlt. Unter solchen Gesetzen sind besonders diejenigen, durch welche ein vorhandenes Gesetz theilweise aufgehoben wird, mit Aufmerksamkeit zu behandeln. Ein Beispiel ist die theilweise Aufhebung des §. 174, Tit. 14, Th. I A. L.R. durch die Dekl. v. 6. April 1839, §. 13. Vergl. unten die Anm. zu §. 174. Ein solches Beispiel giebt auch die L. 32, §. 6 C. de appell. (VII, 62).

74) Auch einer kaufmännischen Observanz (Handelsusance) kann eine solche Wirkung nicht beigemessen werden. Pr. des Obertr. v. 22. Febr. 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 185, 190). Das H.G.B. Art. 1 bestimmt nun das Gegentheil. — Dieser §. 60 wäre bei der erschöpfenden Bestimmung des §. 59 füglich zu entbehren.

75) Darunter sind diejenigen verstanden, von welchen der §. 5 der Einl. spricht.

76) Zufolge der Regel: lex posterior generalis non derogat priori speciali. — Zweifelhafte

§. 62. Bei Aufhebung besonderer Statuten, Provinzialgesetze und Privilegien, müssen diejenigen, die es zunächst angeht, mit ihrer Nothdurft gehört werden[77]).

§. 63. Privilegien, welche einer bestimmten Person[78]) verliehen worden, erlöschen mit dem Abgange des Privilegirten.

§. 64. Dagegen gehen Rechte und Privilegien, welche der Sache ankleben, auf einen jeden Besitzer über, in so fern die Gesetze, oder die Verleihungsurkunden, nicht ausdrücklich ein anderes besagen.

§. 65. Ist ein oder der andere Besitzer zur Ausübung des der Sache anklebenden Rechtes unfähig, so ruhet dieses Recht so lange, bis die rechtlichen Hindernisse wieder gehoben sind.

§. 66. Ist das Privilegium oder das Recht auf die Person, in Verbindung mit der Sache[79]), gerichtet, so erlöscht dasselbe durch die Trennung des Besitzers und der Sache[80]).

---

Beispiele kommen vor in Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 328, 329; Bd. XIX, S. 57. — Es gilt in dieser Hinsicht auch die Regel, daß, wenn ein Inbegriff von Rechtsbestimmungen, z. B. das Lübische Recht, einmal recipirt oder verliehen worden ist, die Reception der einzelnen Vorschriften nicht besonders nachgewiesen zu werden braucht, vielmehr umgekehrt derjenige, welcher die Unanwendbarkeit einzelner Bestimmungen behauptet, die gesetzmäßige Abschaffung beweisen muß. Pr. des Obertr. vom 27. Sept. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 234).

77) Diese Anweisung geht den Richter nicht an; ist ein Privilegium durch den Gesetzgeber aufgehoben worden, so findet der Rechtsweg darüber: ob der Betroffene gehört worden und folglich die Aufhebung gültig sei, oder nicht, nicht statt.

78) Hinsichts der Erben s. die folg. Anm. 79, Alinea 3.

79) Die §§. 63—66 setzen die bekannte Eintheilung der Privilegien, nach dem Träger derselben, in pr. personalia (§ 63), pr. realia (§. 64) und pr. mixta (§. 66), voraus. Wichtiger als die Klassificirung ist die oft zweifelhafte Thatsachenfrage: ob ein gewisses Privilegium von der einen oder der anderen Art sei. Die Schriftsteller aus der Zeit des L.R. sind verschiedener Meinung darüber: was im Zweifel anzunehmen. Einige (Cocceji, jur. controv. I, 4; Stryk, de privileg. interpret. I, n. 36) wollen die Realität, Andere (Walch, introd. in controv. jur., Proleg. c. II, §. 8; Einert, exercit. jur. qua privilegium in dubio magis pro personali quam reali reputandum etc. Lips. 1778) die Personalität vermuthet wissen. Andere, (Berger, Oec. jur. I, 1, th. XXV) sehen auf den Titel: ob er ein lästiger oder ein freigebiger; und entscheiden bei dem ersteren für die Realität, bei dem anderen für die Personalität; Andere (Voet, Comment. I, 4, §. 14) unterscheiden nach dem Inhalte: ob er dem Inhaber nützlich und keinem Dritten schädlich, oder ob das priv. umgekehrt ein pr. odiosum. Im ersten Falle wird für ein Real-, im anderen für ein Personalprivilegium vermuthet. Eine singuläre Meinung (Hartleben, med. D. sp. XIV, m. 5) ist noch die, daß zu unterscheiden sei zwischen Privilegien, welche precario, und solchen, welche conventionis titulo ertheilt worden. Die letzteren, möge die Konvention titulo oneroso oder gratuito eingegangen sein, sollen im Zweifel für mixta, die anderen für personalia gehalten werden. Das Proj. des corp. jur. Frid. hatte I, 2, §. 20 die Meinung aufgenommen, daß ein Privilegium in dubio pro personali gehalten werden solle. Im A. L.R. findet keine von allen diesen verschiedenen Meinungen Anerkennung; es giebt keine Präsumtion weder für die eine, noch für die andere Art, vielmehr muß Jeder seine Behauptung beweisen.

(4. A.) Das Obertr. hat angenommen: die in einem Privilegium enthaltene erbliche Verleihung deute zwar auf ein persönliches Privilegium hin; solle aber nach dem ferneren Inhalte des Privilegii dasselbe zugleich mit dem Besitze eines anzulegenden Werkes verbunden sein, so würde das verliehene Recht allen Erben und Rechtsnachfolgern der ursprünglich beliehenen Person zu Theil. Erk. des Obertr. vom 28. Nov. 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 86).

Persönliche Privilegien (§. 63) gehen nicht auf die Erben über, mögen sie auf lästige oder wohlthätige Art erworben sein, worüber man sonst stritt. Vergl. §. 102. Lautet die Verleihung aber auf eine bestimmte Person und deren Erben, so ist gewiß, daß es nicht mit dem Tode der Person erlischt. Ob es aber auf alle Erben ohne Unterschied, oder nur auf gewisse und auf was für Erben übergeht, ist streitig. Das L.R. äußert sich darüber nicht. Die Analogie aus den Bestimmungen in Beziehung auf Lehen (I, 18, §. 359) oder Erbzinsgüter (§. 694 ebend.) oder Erbpacht (I, 21, §. 181) ist wegen Ungleichheit der Verhältnisse unzutreffend. Man hat die (von anderer Seite, namentlich von Pufendorf, obs. jur. univ., IV, 25; Wernher, obs., P. VIII, n. 424; Berger, resp 1, resp. 218 bestrittene) Interpretationsregel gegeben, daß unter Erben und Nachkommen nur die Abkömmlinge des Privilegirten zu verstehen. — Es läßt sich darüber keine allgemeine Regel geben; es kommt auf die Feststellung des wahren Inhalts, nach Anleitung des §. 46 der Einl., §. 2 des Anh. und §. 58 der Einl., an, wobei jede ausdehnende Auslegung abzuweisen. Wenn z. B. das Privilegium auf die Per-

§. 67. Privilegien, welche nur auf eine bestimmte Zeit verliehen worden, erlöschen mit derselben Ablauf.

§. 68. Ist das Privilegium ausdrücklich nur unter einer festgesetzten Bedingung verliehen, so kann dasselbe ohne Erfüllung dieser Bedingung nicht ausgeübt werden.

§. 69. Auch Privilegien, welche zu einem bestimmten Endzweck gegeben sind, hören auf, wenn der Zweck gar nicht, oder doch ferner nicht mehr, erreicht werden kann.

§. 70. Privilegien, auch solche die durch einen lästigen Vertrag erworben worden, kann der Staat, jedoch nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls, und nur gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegirten, wieder aufheben[80a]).

§. 71. Die Entschädigung selbst kann nicht anders, als durch Vertrag, oder rechtliches Erkenntniß festgesetzt werden[81]).

§. 72. Wer eines groben[82]) Mißbrauchs seines Privilegii, zum Schaden des

---

son des Beliehenen und dessen Kinder lautete, so wäre das ein in sich völlig vollendeter und klarer Gedanke. Es müßten daher sehr überzeugende und zwingende Beweisgründe beigebracht werden, um anzunehmen, der Verleiher habe einen falschen Ausdruck, einen konkreten für den abstrakten gebraucht, und das Wort „Kinder" müsse in Abkömmlinge verbessert werden. Das würde den Regeln der Auslegungskunst überhaupt und der besonderen Vorschrift des §. 58 der Einleitung widersprechen.

80) Durch die Trennung erlöscht das Privilegium. Was einmal ganz erloschen ist, kann von selbst nicht wieder aufleben. Daraus folgt, daß, wenn der Privilegirte hinterdrein mit der Sache wieder in Verbindung tritt, das erloschene Privilegium von selbst nicht wieder hergestellt ist. Vergl. Walch, introduct. in controv. Proleg. c. II, §. 6. A. M. Leyser, Sp. XI, m. 1, weil eigentlich erst mit dem Tode des Privilegirten das Privilegium exspirire. Diesen Meinungsstreit schlichtet der §. 66.

In wiefern es zulässig, die Ausübung des Privilegiums auf einen Anderen zu übertragen, hängt von der Beschaffenheit und dem Inhalte des Privilegiums ab. Im Allgemeinen kommen hier die Grundsätze über persönliche Berechtigungen zum eigenen Gebrauche einer fremden Sache (I, 19, §§. 20 bis 27; II, 15, §§. 101, 105) in Anwendung. Vergl. Müller l. c. p. 13.

80a) Die Fassung ist beliebt worden, um den „gar zu schwankenden Ausdruck: zum Besten des gemeinen Wesens, — welchen der Entwurf hatte — wenigstens in etwas näher zu bestimmen." Jahrb. Bd. LII, S. 64.

81) Ueber die Befugniß zur Aufhebung der Privilegien widersprechen sich die vorlandrechtlichen Schriftsteller. Die §§. 70 u. 71 entscheiden den Streit nach der Meinung, welche Klüber, kleine jur. Bibl., Bd. VII, S. 75 ff. rechtfertigt, übereinstimmend mit dem Grundsatze §. 75 Einl. Darnach soll nicht schon jeder Vortheil des Staats, nicht jedes Interesse, sondern es sollen nur überwiegende Gründe des Gemeinwohls zum Widerrufe berechtigen. Das geht jedoch den Richter nicht an, denn über die Aufhebung ist der Rechtsweg nicht zulässig. Es soll aber für das aufgehobene Privilegium nicht allein dann, wenn es durch lästigen Vertrag erworben, sondern auch wenn es ursprünglich umsonst gegeben worden ist, hinlängliche Entschädigung, deren Betrag in Entstehung einer Vereinigung der Richter nach seinem Ermessen bestimmt, gegeben werden. Doch nach einer einschränkenden Auslegung in dem Falle nicht, wenn das Privilegium oder Privateigenthum (§. 75) einzelner Mitglieder des Staats durch einen Akt der Gesetzgebung benachtheiligt wird, oder verloren geht, und in dem betreffenden Gesetze eine desfallsige Entschädigung von Seiten des Staats nicht zugesagt ist. Pr. des Obertr. 863, v. 8. Mai 1840; Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Kompetenz-Konfl. v. 9. Febr. 1856 (J.M.Bl. S. 87) u. v. 13. Febr. 1858 (J.M.Bl. S. 254). Dies findet namentlich Anwendung auf die Rechte der Privatsalinen bei Einführung der Salzregie. Erk. des Obertr. v. 3. April 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 160). (5. A.) Als ein solches Gesetz ohne Vorbehalt stellt sich auch das Zollgesetz vom 26. Mai 1818 und speziell dessen §. 27 dar. Erk. dess. vom 14. Juli 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LX, S. 112). Die §§. 70 u. 75 finden nur auf den Fall Anwendung, wenn das Privateigenthum Einzelner durch eine Verwaltungsmaßregel beeinträchtigt wird oder verloren geht. (Ebend. S. 119.) — In Betreff der Entschädigung für eine Prahm- und Fährgerechtigkeit s. m. unten (Th. II, Tit. 15) die Anm. zu §§. 5, 6, 8 der V. v. 16. Juni 1838. — Konzessionen von bloß prekärer Natur können willkürlich, ohne Entschädigung, zurückgenommen werden. Pr. v. 23. April 1801 (Mathis IV, 192).

82) Dieser unbestimmte Ausdruck bezieht sich weder auf die Gesinnung (dolus) des Handelnden, noch auf den für Andere schädlichen Erfolg, sondern auf das Verhältniß der unrechtmäßigen Anwendung zur Berechtigung. Ohne Vorsatz (dolus) giebt es keinen Mißbrauch, denn Mißbrauch in dem hier gemeinten strafrechtlichen Sinne ist Gebrauch, nicht in der Meinung eines zustehenden Rechts und des eigenen Vortheils wegen (animo suam utilitatem promovendi), sondern in gehässiger Gesinnung zum Verdrusse oder Schaden eines Andern (ad aemulationem aut injuriam alienjus). I, 8, §§. 27, 28; I,

Staats, oder seiner Mitbürger, durch richterliches Erkenntniß schuldig befunden wird, der hat sein Recht verwirkt, und kann keine Entschädigung fordern[83]).

II. Allgemeine Grundsätze des Rechts. Verhältniß des Staates gegen seine Bürger.

§. 73. Ein jedes Mitglied des Staats ist das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens, nach dem Verhältnisse seines Standes und Vermögens, zu unterstützen verpflichtet[83a]).

§. 74. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen[83b]).

§. 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens[83c]) aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten[84]).

---

6, §. 37. Die prozessualische Form ist der Strafprozeß. — Bei vertragsmäßigen Rechten ist Mißbrauch schon ein kontraktwidriger Gebrauch. Vergl. Pr. des Obertr. 1039, v. 30. Aug. 1841 (Entsch. VII, 147).

83) Quelle: c. 7 D. LXXIV; c. 11, 24 X. de privilegiis (V, 33): — „privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate". Vergl. c. 43 X. de rescr (I, 3); L. 3. C. de aquaeductu (XI, 42).

83a) (3. A.) Wenn die Durchstechung eines Dammes von der Landespolizei-Behörde im Interesse des allgemeinen Wohls angeordnet und ein Dritter dadurch in seinem Eigenthume beeinträchtigt wird, so ist über die dafür zu gewährende Entschädigung der Rechtsweg zulässig. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. vom 3. Mai 1856 (J.M.Bl. S. 171).

83b) (4. A.) Die auf den Zwangsverkauf zum Besten des gemeinen Wohles Bezug habenden Vorschriften des A. L.R., und zwar die §§. 74 u. 75 der Einl., sowie die §§. 3—6, 8—11, Tit. 11 u. §. 118 Tit. 2 sind durch das Gesetz vom 19. August 1862 (G.S. S. 279) in das Jadegebiet eingeführt worden.

83c) (5. A.) Vergl. oben §. 70 u. die Anm. 80a dazu.

84) I. Die §§. 73—75 enthalten den Grundsatz: „daß, wenn das Interesse der Gesammtheit der Einwohner des Staats eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigenthum gefährdet, die Entschädigung des Einzelnen aus dem Gesammtvermögen zu leisten sei." Gutachten des Staatsministeriums v. 16. Nov. 1831, und K.O. v. 4. Dez. 1831. (G.S. S. 255.) Folglich kann der Eigenthümer eines Grundstücks die Kosten der polizeilich nothwendig befundenen Beseitigung einer gesundheitsgefährlichen Beschaffenheit seines Grundstücks, z. B. die Zuschüttung eines ohne sein Zuthun versumpften Teiches, lediglich aus dem Grunde des Eigenthums zu tragen nicht verbunden sein; er muß vielmehr entschädigt werden. Erk. des Obertr. vom 21. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 19). Der Fall der Entschädigung ist aber nicht vorhanden:

1) wenn das Privateigenthum Einzelner durch einen Akt der Gesetzgebung benachtheiligt wird, oder verloren geht, und in dem betreffenden Gesetze eine Entschädigung nicht zugesagt ist. Note 81. — Vergl. u. Anm. 88.
2) wenn die Befugniß zur Anlage schon aus den Bestimmungen der §§. 36—38, Tit. 6 u. §§. 26 bis 28, Tit. 8, Th. I hergeleitet werden kann, d. h. wenn der Staat auf fiskalischem oder gemeinem Staatseigenthume gemeinnützige Anlagen macht, wozu jeder Privateigenthümer vermöge seines Eigenthums auch berechtigt sein würde, wenngleich daraus einem Anderen Nachtheile entstehen. Pl.-Beschl. (Pr. 2220) des Obertr. v. 1. Juli 1850. (Entsch. Bd. XX, S. 3.) Anwendung: Erk. v. 20. Dez. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 164); vom 2. Juli 1852 u. 10. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 222; VIII, S. 338). Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß aus besonderen Gesetzen oder aus besonderen Verhältnissen auch in diesem Falle der Anspruch auf Entschädigung hergeleitet werden kann. (Entsch. Bd. XX, S. 4 u. 10.)
3) wenn die getroffene Maßregel nicht den Besitz des Eigenthums entzieht, sondern nur eine Eigenthumsbeschränkung zur Folge hat und die Gesetze in dem Fragefalle eine Entschädigung nicht ausdrücklich angeordnet haben, welches z. B. in dem Falle, wenn durch Erweiterung oder Verlegung der Festungsrayons die Grundstücksbenutzung vermindert wird, nicht geschehen ist. Regulativ vom 10. September 1828 (G.S. S. 119). Pr. des Obertr. vom 15. Nov. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 101). Dies ist nur als Folgesatz des Grundsatzes 2, wie er nebenbei S. 104 a. a. O. auch begründet wird, eine Rechtswahrheit, außerdem ist er nicht zu rechtfertigen, da der Umfang des Gegenstandes der Entziehung nicht den Rechtspunkt betrifft.
4) wenn von einer gesetzlichen Beschränkung des Eigenthums Rede ist, z. B. von der Verpflichtung der Eigenthümer der Ufer öffentlicher Flüsse, den zur Einrichtung des Leinpfades erforderlichen Theil des Ufers herzugeben. II, 15, §. 57; I, 22, §. 1 u. I, 8, §. 33. Pr. des Obertr. v. 9. März 1849. (Entsch. Bd. XVII; S. 374.)

Dagegen ist es nicht nothwendig, daß das Interesse der Gesammtheit der Staatsbürger oder aller

Landestheile unmittelbar betheiligt sei, sondern es ist genug, wenn das Wohl eines ganzen Landstrichs unmittelbar befördert wird, wie z. B., wenn bei Ueberschwemmungen eines Strom- oder Deichgebiets die Ableitung über die nicht inundirten Grundstücke einzelner Gemeinden oder Personen mittelst Durchstichs bewerkstelligt wird. Ang. von dem III. S. des Obertr. den 10. Nov. 1848, $^{102}/_{21}$, III, 48. Denn mittelbar interessirt bei der Erhaltung eines solchen Landestheiles immer die Gesammtheit. (3. A.) Dieser Grundsatz, daß die besprochene Vorschrift sich keineswegs bloß auf Verfügungen, die lediglich das allgemeine Landesinteresse betreffen, beschränke, sondern alle Fälle umfasse, wo der Einzelne von Seiten der Staatsbehörden genöthigt wird, sein besonderes Recht zum Besten anderer Staatsangehöriger aufzugeben oder zu beschränken, — wird von dem Obertr. auch in dem Erk. vom 8. Februar 1856, betreffend das Rechtsverhältniß der Berliner Marktbuden oder Scharrn, anerkannt. (Entsch. Bd. XXXII, S. 23.) Vergl. G. vom 11. Mai 1842, §. 4 (G.S. S. 192). (5. A.) Dies ist jedoch als Rechtsgrundsatz nicht festgehalten; in späteren ähnlichen Fällen ist die Stadtgemeinde und nicht der Fiskus für ersatzpflichtig erklärt worden. (Unten, Anm. 21 zu §. 31, Tit. 8.) Dann ist wieder in dem Erk. vom 23. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 80) der Fiskus verurtheilt worden. In diesem Falle wurde das Vorhandensein eines allgemeinen Landesinteresses gefunden, weil es sich um die Verschönerung der Landeshauptstadt handelte und unmittelbare Genehmigung des Landesherrn vorlag. Diese Gründe hat jedoch derselbe II. S. des Obertr. bei der Entsch. eines späteren gleichen Falles wieder verworfen und ausgeführt, der Bebauungsplan für Berlin sei nur zum Besten der Stadt Berlin bestimmt. Erk. vom 5. Okt. 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 23, Note *). Als Rechtsgrundsatz ist schließlich (bis auf Weiteres) angenommen, daß die Verpflichtung des Fiskus zum Schadensersatze wegen Eingriffe in das Privateigenthum sich auf die Fälle, welche das allgemeine Landesinteresse betreffen (das hat ja das Obertr. in jenem Falle von 1863 eben auch gefunden!), beschränkt und keineswegs überall eintritt, wo der Einzelne Seitens des Staats oder seiner Behörden genöthigt wird, sein besonderes Recht zum Besten anderer Staatsangehörigen aufzugeben oder zu beschränken. Erk. des Obertr. vom 27. Febr. 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 31) und wieder in dem Erk. vom 31. Mai 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 19). Vergl. unten, Anm. 21 zu §. 31 Tit. 8, und Anm. 39a zu §. 66 Tit. 8. (4. A.) Wer im einzelnen Falle dieser Art die Entschädigung zu leisten hat, hängt davon ab, in wessen Interesse die Expropriation erfolgt, ob deren Nutzen dem Staate in seiner Gesammtheit, oder innerhalb desselben bestimmten Kreisen oder Personen zu Gute kommt. Erk. des Obertr. v. 14. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 183). Wenn z. B. der Eigenthümer eines Hauses dasselbe zum Wiederaufbaue abbricht und ihm das Recht zu dem Wiederaufbaue des Gebäudes in seiner bisherigen Lage und in seinen früheren Grenzen zum Besten des Gemeinwohls, behufs Verbreiterung der Straße, von der Polizei entzogen wird, so muß ihm die Stadtgemeinde für die Entschädigung aufkommen. Erk. des Obertr. v. 24. April 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 23). Vergl. die Erk. dess. v. 21. März 1851 und v. 20. Dez. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 320 und XI, S. 164). — Ebenso ist, wenn die Deichbehörde in Folge ihrer gesetzlichen Befugniß zur Abwendung größeren Schadens einen Deichdurchstich hat bewirken lassen, — der Deichverband verpflichtet, die durch den Durchstich beschädigten Grundbesitzer zu entschädigen. Erk. des Obertr. v. 2. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 220). (5. A.) Ueberhaupt ist die Frage: in wessen Interesse die Expropriation erfolgt sei, ob deren Nutzen dem Staate in seiner Gesammtheit, oder innerhalb desselben bestimmten Kreisen oder Personen zu Gute komme, thatsächlicher Natur und in jedem einzelnen Falle nach den vorwaltenden Umständen zu entscheiden. Erk. des Obertr. vom 27. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 31).

II. Anwendungen des Grundsatzes sind:

a) §§. 70 u. 71 der Einl. (Anm. 81);
b) §§. 29 — 32 u. 105, I, 8 wegen Einschränkung des Eigenthums Einzelner;
c) §§. 258 — 262, I, 9 wegen Wegschaffung von Alluvionen der Ufergrundstücke;
d) §§. 4 — 11, I, 11 über den erzwungenen Verkauf;
e) §§. 3 — 10, I, 22 wegen Einräumung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit;
f) §§. 4, 5, 18, 19, II, 15 wegen unfreiwilliger Ueberlassung von Grund und Boden, so wie von Materialien zu Land- und Heerstraßen und Chausseen; wozu gehören: K.O. v. 11. Juni 1825 über die Entschädigung für Feldsteine, Sand und Kies (G.S. S. 152); V. v. 8. August 1832 über die Entschädigung für abgetretenen Grund und Boden zum Chausseebaue, sowie die späteren Gesetze über die Ausdehnung auf andere Provinzen, namentlich: K.O. v. 17. Febr 1833 bezüglich auf Preußen (G.S. S. 202); K.O. v. 22. August 1833 bezüglich auf Posen (G.S. S. 117); K.O. vom 18. Okt. 1834 bezüglich auf Sachsen (G.S. S. 179); K.O. v. 25. März 1837 bezüglich auf Schlesien und Pommern (G.S. S. 69); K.O. v. 8. Dez. 1837 bezüglich auf Westphalen (G.S. 1838, S. 7); ferner die K.O. v. 26. Dez. 1833, betr. die Ausdehnung der V. v. 8. Aug. 1832 auf Entschädigungen für den zu Kanälen und öffentlichen Flußbauten abgetretenen Grund und Boden (G.S. 1834, S. 8); endlich das G. v. 3. Novbr. 1838 über die Eisenbahnunternehmungen, §§. 8 ff. (G.S. S. 505);
g) §§. 109 ff., II, 16, jetzt Allg. Berggesetz vom 24. Juni 1865, §§. 135 ff., 148 ff., betr. die Ueberlassung von Grund und Boden an Bergbauende;
h) §. 69 der Gewerbeordnung vom 17. Jan. 1845, betr. die Untersagung einer gewerblichen Anlage aus Gründen des Gemeinwohls.

6. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850.

Art. 9. Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls

---

i) §. 4 des G. v. 11. Mai 1842 (G.S. S. 193), betr. Eingriffe der Polizei in Privatrechte, welcher lautet: „Steht einer polizeilichen Verfügung ein besonderes Recht auf Befreiung (§. 2) nicht entgegen, es wird aber behauptet, daß durch dieselbe ein solcher Eingriff in Privatrechte geschehen sei, für welchen, nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen, Entschädigung gewährt werden muß, so findet der Rechtsweg darüber Statt: ob ein Eingriff dieser Art vorhanden sei, und zu welchem Betrage dafür Entschädigung geleistet werden müsse. — Eine Wiederherstellung des früheren Zustandes kann in diesem Falle niemals verlangt werden, wenn solche nach dem Ermessen der Polizeibehörde unzuläßig ist."

In Beziehung auf diesen Fall ist behauptet worden, die Entschädigungsklage finde erst dann statt, nachdem der Beschwerdeweg gegen die polizeiliche Verfügung betreten und durch alle Instanzen erfolglos verfolgt worden sei. Dies erklärt das Obertr., mit Recht, für unrichtig. Zwar sei der Beschwerdeweg gegen polizeiliche Verfügungen der vorliegenden Art ebenso, wie gegen polizeiliche Verfügungen überhaupt, zuläßig, daß aber die nach §. 4 zu gewährende Entschädigung davon abhängig wäre, daß gegen die polizeiliche Verfügung zunächst der Beschwerdeweg eingeschlagen worden, sei im Gesetze nicht ausgesprochen, der rechtliche Grund der Entschädigung liege auch in dergleichen Fällen gar nicht darin, daß die polizeiliche Verfügung gesetzwidrig oder unzuläßig wäre, sondern darin, daß durch dieselbe ein Eingriff in Privatrechte geschehen, für welche nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferung der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen Entschädigung gewährt werden müsse. Erk. vom 5. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 185).

III. Ueber die Frage der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit des Eingriffs in die Privatrechte ist, mit Ausnahme des anomal behandelten Falles wegen Einräumung einer nothwendigen Wegegerechtigkeit (II, lit. e), der Rechtsweg unstatthaft; wohl aber ist er im petitorischen Prozesse (vgl. Anm. 84 zu §. 146, Tit. 7 u. Anm. 20 zu §. 30, Tit. 8) nicht allein über den Betrag der Vergütigung, sondern auch darüber offen: ob ein zur Entschädigung geeigneter Eingriff vorhanden sei, d. h. ob die bloße Ausübung eines Privatrechts vorliege, oder eine vom Staate ausgehende Expropriation vermöge des ihm zustehenden Hoheitsrechts stattfinde. Gesetz über die Zuläßigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen v. 11. Mai 1842, §. 4 (G.S. S. 193); A. L.R. Einl. §. 71 und I, 11, §§. 10, 11; Reg.-Instr. v. 26. Dez. 1808, §. 37 (G.S. 1817, S. 283), und Bericht des Staatsministeriums vom 16. November 1831 (G.S. S. 256); Entsch. des Obertr. Bd. XX, S. 8, 9. (4. A. Die Frage z. B.: ob der von der Verwaltungsbehörde für einen öffentlichen Weg erklärte Weg bisher als Privatweg im ausschließlichen Eigenthume des Grundbesitzers gewesen, und welche Entschädigung deshalb demselben für die Enteignung dieses Weges zu leisten sei? ist dem Rechtswege nicht entzogen. §. 11 des G. vom 11. Mai 1842; Erk. des Obertr. vom 9. Dez. 1856, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 137.) — Darüber: ob in einem bestimmten Falle die verordnete Expropriation mit den allgemeinen Grundsätzen übereinstimme, z. B. ob die Expropriation auch im Falle eines Kommunal-Wegebaues, welche durch eine K.O. vom 4. August 1843 in einem einzelnen Falle den betr. Gemeinden bewilligt worden war (B.M.Bl. 1843, S. 319), allgemein zuläßig sei, ist ein Meinungsstreit, etwa auf Grund des §. 6 der Einl., unmöglich, da es keine Rechtssache ist. Das Hoheitsrecht der Expropriation übt das Staatsoberhaupt entweder selbst oder durch damit beauftragte Staatsbeamte aus (I, 11, §. 10).

IV. Ueber die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen dem Privateigenthümer und dem Staate oder dem durch ihn mit dem Expropriationsrechte Beliehenen ist das größere juristische Publikum sehr im Unklaren. Ist es doch vorgekommen, daß man in zwei Instanzen den Eigenthümer mit seinem Anspruche auf Vergeltung seines Eigenthums auf Grund der 3jährigen Verjährung eines Entschädigungsanspruchs aus unerlaubten Handlungen (I, 6, §. 54) abgewiesen hat. Simon's Rechtsspr., I, 75 u. 78 ff. Die Erwerbung in Folge des Expropriationsrechts ist eine mittelbare, welche die Besitzübertragung auf Grund eines Titels voraussetzt. (I, 9, §. 6, u. I, 10, §. 1.) Der Gang der Sache ist der: Der Eigenthümer muß selbstverständlich aufgefordert werden, die Sache gegen Vergeltung (käuflich) zu übertragen. Versteht er sich dazu ohne Zwang, d. h. erklärt er, daß er die Sache gegen einen Geldpreis überlasse, so ist ein Kaufkontrakt vorhanden. Der Charakter der Handlung ändert sich dadurch nicht, daß der Preis nicht unmittelbar durch die Kontrahenten vereinbart wird; denn in diesem Falle wird, zufolge eines Naturale dieses nothwendigen Verkaufs, der Preis durch Dritte, nämlich durch Taxatoren bestimmt. I, 9, §. 8 verb. mit §§. 47, 48. Das Gesetz nennt auch, selbst in diesem Falle, das Geschäft einen nothwendigen Verkauf. §. 8 a. a. O. Daraus folgt, daß die Klage wegen des rückständig bleibenden Preises nur der ordentlichen Verjährung unterliegt. Dekl. v. 31. März 1838, Nr. 1 (G.S. S. 252). Es folgt ferner, daß, wenn Mehrere gemeinschaftlich auf diese Weise erwerben, z. B. mehrere Bergbauunternehmer, dieselben solidarisch haften. I, 5, §. 424. Eine mir in der Praxis vorgekommene Meinung will dies nicht gelten lassen, weil der Anspruch ex lege entspringe; denn wenn keine Vereinigung über die Vergütung stattfinde, so sei eben kein Vertrag vorhan-

gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung[85]) nach Maßgabe des Gesetzes entzogen werden.

§. 76. Jeder Einwohner des Staats ist den Schutz desselben für seine Person und sein Eigenthum zu fordern berechtigt.

§. 77. Dagegen ist Niemand sich durch eigene Gewalt Recht zu verschaffen[86]) befugt.

§. 78. Die Selbsthülfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hülfe des Staats zur Abwendung eines unwiederbringlichen[87]) Schadens zu spät kommen würde.

§. 79. Die Entscheidung der vorfallenden Streitigkeiten, so wie die Bestimmung der zu verhängenden Strafen, muß den, einem jeden Einwohner des Staats durch die Gesetze angewiesenen Gerichten überlassen werden[87a]).

---

den. Diese Meinung ist jeder Einsicht in den inneren, organischen Zusammenhang baar; sie weiß nur von Konsensualverträgen; jede andere Uebertragung einer Sache von Einem auf den Anderen, unter dem Bedinge der unbestimmt gelassenen Vergütung, ist ihr kein Vertrag (do ut des). Der andere Fall, wenn der Eigenthümer sich nicht bereit zeigt, kann eher Zweifel veranlassen. Alsdann kommt es zum Ausspruche der zuständigen Behörde, daß der Eigenthümer zur Ueberlassung gezwungen werden solle. Dieser Ausspruch wird, bei fortgesetzter Unthätigkeit des Eigenthümers, wie ein Urtel, vollstreckt, und zwar dadurch, daß ein Dritter auftritt und für ihn handelt. Die Erwerbung ist zwar hier eine zwangsweise, aber doch eine mittelbare, wobei der Eigenthümer Autor und zur Gewährsleistung verpflichtet bleibt, geradeso wie bei einer durch den Richter zwangsweise vollzogenen Cession oder wie bei einem zwangsweise durchgeführten Wiederverkauf. Der rechtliche Zwang ändert den Charakter des dadurch zu Stande gebrachten Rechtsgeschäfts nicht. So betrachtet hat auch die in Folge des Expropriationsrechts erzwungene Erwerbung eine Kontraktsnatur. Entsprechend bezeichnet das Obertr. a. a. O. S. 85 das zum Grunde liegende Rechtsverhältniß als ein solches, welches „mehr einem nothwendigen Verkaufe analog, wodurch der Private sein Eigenthum für den gesetzlich ausgemittelten Werth dem Staate überläßt".

85) Zur vollständigen oder auch nur billig gerechten Entschädigung gehört, daß, wenn die Vergütung nicht durch Kapitalszahlung geleistet wird, sondern durch eine jährliche Rente erfolgen soll, dafür Sicherheit bestellt werden muß, wenn nicht der Staat selbst der Schuldner, welcher immer sicher ist. Die Anwendung des Grundsatzes ist im §. 13 des Eisenbahngef. vom 3. Nov. 1838. Die Rechtfertigung liegt in der Rechtsgleichheit beider Theile, welche Leistung und Gegenleistung Zug um Zug fordert und dem Eigenthümer nicht zumuthet, sein Eigenthum ohne Zahlung oder Sicherstellung dem Anderen zu überlassen.

86) Auf die Privatgewalt beziehen sich noch I, 3, §§. 26—29. Die Selbsthülfe hat, nach pr. R., keine nachtheiligen Civilfolgen. Ueber R. R. s. Priv. R. §. 206, und Recht der Forderungen, §. 401, außerdem: Linde, Abh. über die Selbsthülfe; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. I, S. 392 flg., und Sartorius, ebd. Bd. XX, S. 1 flg.; Dr. Benfey, Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe nach Römisch-Justinianeischem Rechte; im Rheinischen Museum, Bd. VII, S. 1 flg.

87) Die Vorschrift des §. 78 bezieht sich auf die strafrechtliche Seite der unerlaubten Selbsthülfe, welche im Strafrechte des L.R. als ein Vergehen figurirte. Das Strafgesetzbuch von 1851 kennt ein solches Vergehen nicht, die Selbsthülfe kann nur als widerrechtliches Eindringen in ein fremdes Besitzthum, oder als Beschädigung, oder als Entwendung verfolgt werden. Dabei kommt denn der Entschuldigungsgrund, welchen der §. 78 anerkennt, auch noch im heutigen Rechte zur Anwendung. Der Meinungsstreit: ob unter der Unwiederbringlichkeit des Schadens eine absolute, oder eine relative, oder auch eine nur vermeintliche, oder doch vernünftigerweise befürchtete zu verstehen, ist bei der veränderten Beweistheorie unerheblich; es kommt lediglich auf die Ueberzeugung des Richters an: ob der Selbsthelfer ein Recht, und nach den Umständen sowie der Persönlichkeit des Verletzten eine Gefährdung an seinem Rechte zu befürchten vernünftigen Grund hatte, wenn er nicht eigenmächtig eingeschritten wäre. Ein Richter, welcher diese Ueberzeugung hat, wird den Angeklagten wohl für entschuldigt halten, und ihn also nicht schuldig sprechen.

87a) (4. A.) Zur Begründung der schiedsrichterlichen Kompetenz bedarf es eines darauf gerichteten, von den Parteien vor Einleitung des Prozesses rechtsgültig geschlossenen und, unabhängig von den Prozeßverhandlungen, selbstständig beurkundeten Vertrages (Kompromisses), widrigenfalls der schiedsrichterliche Spruch nichtig ist. Die Erklärungen in den Prozeßschriften, dem Schiedsgerichte gegenüber abgegeben, ersetzen diesen Vertrag nicht, und die Mandatarien der Parteien müssen zur Abschließung des Kompromisses mit Spezialvollmacht versehen sein. A. G.O. Th. I, Tit. 2, §§. 167, 176. Erk. des Obertr. v. 2. Mai 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XL, S. 363).

7. Verf.-Urkunde vom 31. Januar 1850.

Art. 7. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahme-Gerichte und außerordentliche Kommissionen sind unstatthaft[87b]).

Art. 8. Strafen können nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht oder verhängt werden.

§. 80. Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staates und seinen Unterthanen sollen bei den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze, erörtert und entschieden werden.

8. K.O. vom 4. Dezember 1831 und Bericht des Staatsministeriums vom 16. Nov. 1831 (G.S. S. 255).

Der §. 80 wendet den Grundsatz des §. 79 nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Landesherrn an, um auszudrücken, daß auch für diese kein spezieller und außerordentlicher Gerichtsstand stattfinden dürfe, daß also Prozesse des Landesherrn aus fiskalischen Rechten und Nutzungen (II, 14, §. 11 ff. u. Pr.O. Tit. 35, §. 1) und aus Privathandlungen (II, 13, §. 18) den ordentlichen Gerichten zu überweisen sind.

Die Gerichte müssen innerhalb der durch die Gesetze und die Gerichtsordnung ihnen vorgezeichneten Grenzen das prozessualische Verfahren und die richterliche Entscheidung wider fiskalische Behörden in Vertretung der Staatsverwaltung auf Gegenstände des Privatrechts beschränken und sich enthalten, Gegenstände des Majestätsrechts auf das Gebiet privatrechtlicher Verfügungen zu ziehen[88]).

---

87b) (4. A.) M. s. unten im Tit. 13, Th. II die Anm. 5 zu diesem Art. 7.

88) Diese K.O. und die ihr zum Grunde liegende Belehrung der Gerichte seitens des Ministeriums ist darauf berechnet, den Unterschied des Fiskus (des Staats als Erwerbsgesellschaft oder als Subjekts von Privatrechten) und der Majestäts- und Hoheitsrechte (des Staats als Gesellschaft zur Verwirklichung des Staatszwecks) in Erinnerung zu bringen. In der zweiten Eigenschaft giebt es für den Staat und dessen Oberhaupt keinen Richter; was er in dieser Eigenschaft thut, dafür ist der Fiskus oder die Staatskasse nicht verantwortlich, Niemand kann für Nachtheile, welche ihm durch Regierungshandlungen entstehen, Ersatz fordern, wenn nicht ein besonderes Gesetz eine Ausnahme vorschreibt. Daher ist z. B. eine Klage gegen den Fiskus auf Ersatz erlittener Kriegsbeschädigungen (G.S. 1831, S. 355), oder auf Anerkennung der Ablösbarkeit einer Gewerbberechtigung (Pl.-Beschl. des Obertr. v. 30. Mai 1842, Entsch. Bd. VIII, Nr. X), oder auf Entschädigung, wenn das Privateigenthum Einzelner durch einen Akt der Gesetzgebung benachtheiligt wird (s. o. Anm. 84, Nr. I, 1), oder über Verwaltungsansprüche an den Staat aus der Zeit der ehemaligen Fremdherrschaft in den neu und wiedereroberten Provinzen, sowie über solche Forderungen, welche aus einem Akte des Hoheitsrechtes jener Zeit hergeleitet werden (Entsch. des Komp.-Gerichtsh. vom 12. April 1862, J.M.Bl. S. 235), oder auf Entschädigung für die Rechte der Privatsalinen bei Einführung der Salzregie in Landestheilen, wo bis dahin der Salzhandel nicht Staatsmonopol war (Pr. des Obertr. vom 3. April 1856, Entscheid. Bd. XXXII, S. 160), oder auf Anfechtung der im Wege der Säkularisation erfolgten Einziehung von Stiftungskapitalien (Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 3. Januar 1857, J.M.Bl. S. 231), oder auf Entschädigungsansprüche für Verluste, welche durch die in dem Reichs-Deputations-Hauptschlusse vom 25. Febr. 1803 angeordnete Aufhebung des Rheinzolles den Betheiligten entstanden sind (Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 15. Oktober 1859, J.M.Bl. 1860, S. 326), — unzulässig. Man hat dagegen eingewendet, der Satz sei staatsgefährlich, weil unwahr, wenn er bedeuten sollte, das unabhängige Staatsoberhaupt sei befugt, seine Staatsgewalt nach Willkür zu gebrauchen, hierdurch wohlerworbene Rechte Einzelner, wäre es auch für dringende Staatszwecke, ohne Schadloshaltung, wesentlich zu verändern, zu schmälern, vorzuenthalten, zu unterdrücken, und dieselben sich, den Domänen oder dem Fiskus zuzueignen. (Klüber, die Selbstständigkeit des Richteramtes, Frankf. 1832, S. 129 ff., und Müller, Arch. für die neue Gesetzgebung aller deutschen Staaten, H. 2, S. 201 ff.) Allein dieser Zweifelsgrund gehört in das ganz andere Kapitel der Expropriation und muß abgeklärt werden. Die Expropriation hat zwei Bestandtheile. Der eine ist der Ausspruch der Regierungsgewalt, daß ein bestimmtes Subjekt die Befugniß haben solle, zu einem bestimmten Zwecke die Erwerbung einer Sache gegen deren Eigenthümer zu erzwingen (Ertheilung des Expropriationsrechts); dieser Akt ist wesentlich eine Regierungshandlung und niemals Gegenstand einer richterlichen Beurtheilung. Der andere Theil, die Erwerbung selbst, gehört in das privatrechtliche Gebiet. Verordnet z. B. die Regierungsgewalt die Erbauung einer Festung an einem bestimmten Orte, so ist der Fiskus dieses Subjekt und muß die zu erwerbenden Grundstücke, ebenso wie eine mit dem Expropriationsrechte beliehene Privatperson, bezahlen. Jener Zweifelsgrund ist also nicht zutreffend.

(4. A.) Die Säkularisation von Klostergütern kann, als ein Akt des landesherrlichen Hoheitsrechts, nicht im Rechtswege angefochten werden. Dagegen ist der Rechtsweg zulässig, wenn es sich um

§. 81. Den Schutz gegen auswärtige Feinde erwartet der Staat lediglich von der Anordnung seines Oberhauptes.

§. 82. Die Rechte des Menschen entstehen durch seine Geburt, durch seinen Stand, und durch Handlungen oder Begebenheiten, mit welchen die Gesetze eine bestimmte Wirkung verbunden haben[89]). Quelle des Rechts.

§. 83. Die allgemeinen Rechte[90]) des Menschen gründen sich auf die natürliche Freiheit, sein eigenes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.

§. 84. Die besonderen[91]) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Staats beruhen auf dem persönlichen Verhältnisse, in welchem ein Jeder gegen den Andern, und gegen den Staat selbst, sich befindet.

§. 85. Rechte und Pflichten[91a]), welche aus Handlungen oder Begebenheiten entspringen, werden allein durch die Gesetze bestimmt[92]).

---

die Erfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen handelt, welche auf den säkularisirten Gütern haften. — Ist die Säkularisation früher von einem anderen Landesherrn erfolgt, und das Gut demnächst auf Preußen übergegangen, so können die auf demselben haftenden Privatverpflichtungen nicht als Verwaltungsschulden aus der Zeit der Fremdherrschaft angesehen werden, d. h. der Rechtsweg ist hier durch die K.O. v. 4. Februar 1823 (G.S. S. 21), betr. die Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen Verwaltungsschulden, nicht ausgeschlossen. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 22. Sept. 1860 (J.M.Bl. 1861, S. 221).

89) Die §§. 82—86 beschäftigen sich abstrakt mit dem, was das ältere Landrecht (Corp. jur. Fried.) I. 1, Tit. 3 die drei Objekte der Gerechtigkeit nennt. Alle Rechte, heißt es dort §. 2, fließen aus drei Hauptquellen: ex statu hominum, ex jure rerum, ex obligatione personae. Dieser Eintheilung soll der §. 82 entsprechen. Man findet hier jedoch nur eine Zweitheiligkeit, welche mit Vorbedacht an die Stelle jener Dreitheiligkeit gesetzt worden ist, indem man dafür hielt, daß alle Obligationen am Ende die Erwerbung irgend einer Sache oder eines Rechts bezweckten, und deshalb als Erwerbstitel zum Sachenrechte gehörten. Schr. des Großkanzlers v. Carmer in Mathis XI. S. 205. Dieser Grundeintheilung der Gegenstände des Rechts entsprechen die beiden Theile des A. L.R. — Die Ausdrücke in diesem §. 82: „durch seine Geburt, durch seinen Stand", beziehen sich auf den status hominum (Tit. 1); die Worte: „durch Handlungen und Begebenheiten", deuten die beiden anderen, mit einander verschmolzenen Hauptgegenstände des Rechts an. (Tit. 2 und 3.)

90) „Die allgemeinen Rechte" sind diejenigen, welche, konkret ausgedrückt, aus dem status hominum naturalis fließen, welcher „eine Kondition und Qualität ist, welche immediate die Person afficirt, und allen Menschen von Natur anklebet". Corp. jur. Fried. l. c. Tit. 4, §. 8. „Dieser status hominum ist dreifach: libertatis, civitatis, familiae." §. 9 l. c. Das ist es, auf was der abstrakte Ausdruck dieses §. zielt. Der beigefügte philosophische Grund dieser „allgemeinen Rechte" gehört nicht in das Gesetzbuch.

91) Die Verfasser folgen in ihrer Abstraktheit dennoch dem konkreten Gedankengange der Rechtsgelehrten und der vorhergehenden Gesetzgeber. „Die besonderen Rechte" ꝛc. sind diejenigen, welche nicht aus dem statu naturali, sondern aus besonderen bürgerlichen Einrichtungen und Zuständen entspringen. „Alle anderen Status, außer diesen dreien, fließen nicht aus dem statu hominum naturali, sondern aus den Civilrechten, welche einigen Menschen wegen ihres besonderen Zustandes auch einige besondere Rechte beigelegt haben." §. 16 l. c. Dahin gehören z. B. die Verschiedenheit der Menschen nach dem Alter, dem Geschlechte, dem Gewerbestande u. s. w. Das ist der Gegenstand dieses §. 84. Unter „dem persönlichen Verhältnisse" wird nicht jedes persönliche, z. B. kontraktliche Verhältniß, sondern das bestimmte standesrechtliche Verhältniß (Statusrecht) verstanden.

91a) Ueber die Verbindung dieser beiden Begriffe hier und in dem vorhergehenden §. s. unten Anm. 97; und über den Begriff von Obligation nach Römischem und nach Allgemeinem Landrecht: m. Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. I, §. 2, S. 9 flg.

92) Dieser abstrakte Lehrsatz bezieht sich auf diejenigen Civilrechte, welche nicht aus den persönlichen Zuständen entstehen, sondern eine besondere Begründung erfordern, namentlich auf die dinglichen und persönlichen Vermögensrechte. Diese Rechte werden in sofern immer durch die Gesetze bestimmt, als alle Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse ihr Bestehen von der Anerkennung der Gesetzgebung entlehnen. Die Vorschrift ist mithin nicht etwa, wie es wohl schon vorgekommen, so aufzufassen, als wären alle Rechte, die nicht in die Kategorie der §§. 83 u. 84 passen, jura ex lege ohne weitere Individualisirung, vielmehr soll sie andeuten, daß die nicht den zustandsrechtlichen Verhältnissen (Statusrechten) angehörigen Rechte nur unter der Voraussetzung, und nur in sofern zur Geltung kommen können, als die Gesetze solche anerkennen und zulassen. Daher kann durch Willenserklärung (Vertrag)

§. 86. Rechte, welche durch die Gesetze nicht unterstützt werden, heißen unvollkommene, und begründen keine gerichtliche Klage oder Einrede[93]).

§. 87. Handlungen, welche weder durch natürliche, noch durch positive Gesetze verboten worden, werden erlaubte genannt[94]).

---

kein Recht oder Rechtsverhältniß begründet werden, welches, wie z. B. die Erbpacht, abgeschafft ist oder sonst der Anerkennung entbehrt; und ebenso können durch andere Handlungen, die nicht Willenserklärungen sind, nur in sofern Civilrechte entstehen, als die Gesetze solche daran knüpfen. Vergl. I, 3, §. 32. Mit diesem §. 85 sind die folgenden beiden §§. 86 und 87 zu verbinden; sie beziehen sich nicht auf die vorhergehenden §§. 83 und 84. — In einer Entscheidung des ehemaligen Königsberger Tribunals v. 1826 (Simon's Rechtsspr. II, 377) wird der Satz behauptet, daß „die Gesetze", wodurch nach diesem §. 85 die aus Handlungen u. s. w. entspringenden Rechte bestimmt werden, die Gesetze der Gerichtsbarkeit des Handelnden seien. Dieser Satz ist in seiner Allgemeinheit falsch. S. die Anm. 44 zu §. 33.

93) Die hier gemeinten Rechte sind solche, welche durch Handlungen nach der Absicht der Parteien begründet werden sollten, oder durch Begebenheiten nach dem Moralgesetze entstehen sollten, die aber von dem bürgerlichen Rechte nicht anerkannt werden; sie sind ein der röm. Naturalobligation Aehnliches. Eine Klage ist aus einem solchen „unvollkommenen Rechte" nie zu begründen. Dagegen erleidet die Regel, daß dadurch auch keine Einrede begründet werden kann, manche Ausnahme, z. B. I, 16, §§. 178, 179; II, 2, §. 138. Näheres hierüber im Prid.-R., §. 453. Die Eintheilung in „vollkommene" und „unvollkommene" Rechte gehört dem Zeitalter des A. L.R. an; die Begriffe standen aber nicht fest. Unter den vollkommenen verstand man erzwingbare und nannte sie deshalb auch Zwangspflichten; die unvollkommenen sollten unerzwingbar sein und deshalb Liebespflichten heißen. Das Gebiet der letzteren war das Vernunftrecht oder das Naturrecht. Weber, natürl. Verbindlichkeiten §. 40; Glück, Erläut. Th. I, S. 32 und die das. Note 64 genannten Schriftsteller. Augenscheinlich haben die Verf. des L.R. diese Theorie vor Augen gehabt.

94) Unter den „natürlichen" Gesetzen werden, nach der ebengedachten Theorie, Sittengesetze verstanden. Der Gegensatz des §. 87 sind Handlungen, welche durch positive oder durch Sittengesetze verboten sind, die unerlaubten. Die unerlaubten Handlungen sind entweder strafbare, oder nur widerrechtliche. Diese Unterscheidung ist praktisch wichtig. Was zu der einen oder der anderen Spezies gehört, bestimmt sich nicht nach den im §. 87 bezeichneten beiden Quellen der natürlichen und der positiven Gesetze. Irrig ist die Lehre des Obertr. in den Entsch. Bd. XIII, S. 508, wo vorgetragen wird: die unerlaubten Handlungen, die das positive Gesetz ausdrücklich verbietet, seien unerlaubte Handlungen im engeren Sinne, und zögen außer der Pflicht zur Entschädigung Strafe nach sich; die durch das natürliche Gesetz verbotenen Handlungen hätten nur civilrechtliche Folgen. Das Letzte ist richtig, das Erste nicht. Es giebt viele durch das positive Gesetz verbotene Handlungen, welche nicht Strafe nach sich ziehen, sondern nur civilrechtliche Folgen haben, z. B. die Ausbedingung von mehr als 5 Prozent Zinsen, die Verabredung einer immerwährenden persönlichen Dienstbarkeit, die Verpflichtung zur Sklaverei, die Konstituirung von verbotenen Beschränkungen des Eigenthums und dergl. (4. A. Auch die Begriffsbestimmung, welche das Obertr. in dem Erk. v. 7. Juni 1853 [Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 251] dahin giebt: eine Handlung sei nur dann unerlaubt, wenn das Gesetz sie besonders verbiete, nicht aber, wenn sie bloß gegen eine kontraktliche Verpflichtung verstoße, ist in ihrem ersten Satze, nach dem Wortlaute des §. 87, viel zu enge; der Gegensatz ist auch nur mit Vorbehalt anzuerkennen.) Der Ausdruck „unerlaubte Handlungen" wird in den Gesetzen bald zur Bezeichnung des Gattungsbegriffes, bald für strafbare, bald für bloß widerrechtliche Handlungen gebraucht. Der Titel 6: „von Pflichten und Rechten aus unerlaubten Handlungen" bezieht sich auf den Gattungsbegriff, mithin sowohl auf strafbare Handlungen, als auch auf bloße Rechtswidrigkeiten, wie z. B. Zögerung (I, 16, §. 17); ebenso der Ausdruck in I, 3, §. 35; I, 5, §. 68; I, 6, §§. 51, 52, 58, 61; I, 9, §. 362; I, 13, §. 20; I, 16, §. 205. In I, 3, §. 34 verb. mit I, 13, §§. 249, 279; I, 13, §§. 172—175; I, 7, §§. 196, 145, 242, werden civilrechtliche unerlaubte Handlungen gemeint; und in II, 6, §. 7; II, 20, §. 514; §. 169 des Anh. zu A. G.O. (I, 24, §. 108) wird der Ausdruck für strafbare Handlungen gebraucht. S. auch Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 511. Kommt der Ausdruck „unerlaubte Handlungen" in einem Gesetze vor, so ist jedesmal aus seiner Beziehung der Sinn zu entnehmen, in welchem er gebraucht wird. Der außereheliche Beischlaf (nicht etwa auch die daraus folgende Geburt) wird in I, 3, §. 37 nur in sittlichem Sinne als unerlaubte Handlnng bezeichnet. Vergl. Entsch. a. a. O. S. 507 u. Bd. XVIII, S. 43. (4. A.) Verabredungen, nach welchen bei kinderlosen, unglücklichen Ehen dem einen Ehegatten für seine Einwilligung in die Ehescheidung von dem anderen Ehegatten gewisse Vermögensvortheile eingeräumt werden, sind als eine nach natürlichen oder positiven Gesetzen verbotene Handlung nicht zu betrachten. Erk. des Obertr. vom 19. Juni 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 1). — Eine alienatio in fraudem creditorum erklärt das Obertr. für keine an sich unerlaubte Handlung, für deren Folgen die Theilnehmer dem Berechtigten solidarisch haf-

Ausübung der Rechte.

§. 88. So weit Jemand ein Recht hat, ist er dasselbe in den gesetzmäßigen Schranken auszuüben befugt.

§. 89. Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann[94a]).

§. 90. Wer ein Recht hat, ist zu allen Vortheilen, die er sich durch dessen gesetzmäßigen Genuß verschaffen kann, wohl befugt[95]).

§. 91. Das Recht zum Größern oder Mehrern schließt das Recht zum Geringern oder Wenigern in gleicher Art in sich[96]).

---

ten. Erk. v. 9. Dezbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 104). Das ist Gefühlssache. Mir erscheint Betrug in jeder Form als Betrug.

94a) (4. A.) Es kann daher, wenn gesetzlich die Ausübung eines Rechts bei Verlust desselben an einen festbestimmten Zeitraum geknüpft ist, diese Ausübung nicht von einer Voraussetzung abhängig gemacht werden, welche in vielen Fällen die Geltendmachung des Rechts ebensogut wie unmöglich machen würde. S. Erk. des Obertr. v. 20. Januar 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 247). — Vergl. unten Anm. 18, Abs. 2 zu §. 28, Tit. 8.

(4. A.) Der §. 89 enthält einen doktrinellen Satz und ist zur unmittelbaren Anwendung auf einen konkreten Fall nicht geeignet. Er macht nicht ohne Weiteres Jeden verbindlich, einem Anderen die Mittel zu gewähren, Rechte gegen seinen Gegner geltend zu machen, er lehrt nur, welche Aufgabe die Gesetze haben: sie müssen dem, welchem ein Recht zusteht, auch die Mittel einräumen, dasselbe auszuüben, d. h. sie müssen bei jedem Rechtsverhältnisse, welches sie regeln, auch die geeigneten Schutz- und Gebrauchsmittel für die daraus entstehenden besonderen Rechte bezeichnen. Der Gesetzgeber deutet somit im §. 89 eine Regel an, welche bei Abfassung der Gesetze beobachtet wird. Ein Berechtigter erhält mithin durch den §. 89 nicht die Befugniß, die Mittel zur Ausübung seines Rechts nach Gutdünken willkührlich zu wählen.

95) Auch zum Nachtheile eines Anderen. §. 94 und I, Tit. 6, §. 36; Tit. 9, §. 26.

96) Der §. ist eine Nachbildung der L. 110 pr. D. de reg. juris: „In eo quod plus sit, semper inest et minus," welchen Satz die L. 21 eodem so ausdrückt: „Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere." Man nennt dies das argumentum a majori ad minus, und drückt es, nach Umständen, affirmative und auch negative aus. Beispiele des argumentum negative conceptum sind: Qui indignus est inferiore ordine, indignior est superiore (L. 4 D. de senat. I, 9); naturalem habet intellectum, ne scilicet qui careret minoribus, fruatur majoribus (L. 5 D. de serv. export. XVIII, 7); — ridiculum, eum qui minoribus prohibitus sit, ad majores adspirare: majoribus tamen prohibitus minores petere non prohibetur (L. 7, §. 22 D. de interd. et rel. XLVIII, 22). — Die Anwendung fordert Vorsicht und Scharfsinn. Der, Mißgriffen vorzubeugen, bestimmte Zusatz „gleicher Art" erfüllt nicht seinen Zweck und ist auch unrichtig. Schenkung und Verkauf sind doch gewiß nicht gleichartig im eigentlichen Sinne; dennoch ist aus Vernunftgründen kein Zweifel, daß derjenige, welcher Macht hat zu verschenken, auch gegen Vergeltung veräußern kann. L. 163, 165 D. de reg. juris. Vergl. L. 11 i. f. D. de liberis et posth. (XXVIII, 2). Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 465. Umgekehrt sind Verkauf und Verpfändung in sofern gleichartig, als sie beide im Allgemeinen zu den entgeltlichen Veräußerungsarten gehören; und man könnte meinen, die Verpfändung sei das Geringere, so daß die Befugniß zum Verkaufe auch die zur Verpfändung enthielte. Man nimmt das nicht an. L. 7, §. 3 D. de rebus eorum (XXVII, 9). Unter der „gleichen Art" darf man daher nicht an juristisch verwandte und wegen der Gemeinsamkeit mancher wesentlicher Eigenschaften für gleichartig gehaltene Rechte oder Rechtsinstitute denken, vielmehr ist der Bestimmungsgrund bei dieser Regel das argumentum a toto juris, jus in der Bedeutung von Befugniß, Vermögen (facultas) genommen. Wer z. B. befugt ist, von Todes wegen über einen Gegenstand zu verfügen, der kann es auch unter Lebendigen; aber nicht umgekehrt. I, 12, §. 468, vergl. L. 7, §§. 5, 6 D. de donat. (XXXIX, 5); wer zum Verkaufe befugt ist, kann auch in den Verkauf (durch einen Dritten) willigen, L. 165 D. de reg. jur.; wer als Vermiether nach dem Vertrage berechtigt ist, im Falle nicht pünktlicher Miethszinszahlung den Vertrag sofort aufzulösen, darf denselben auch zum nächsten Quartal kündigen. Erk. des Obertr. v. 7. Januar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 233). — Unanwendbar ist die Regel bei der Beurtheilung der Geltung oder Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, in sofern nicht der Umfang der Verfügungsberechtigung des Erklärenden in Beziehung auf den Gegenstand in Frage ist. Eine Bürgschaft „in duriorem causam" (nicht zu verwechseln mit einer größeren Summe bei einer gleichen causa) gilt z. B. nach R. R. gar nicht (L. 8, §. 7 D. de fidej. XLVI, 1) — nach L.R. kann der Fall nicht vorkommen, weil es keine verschieden wirkenden Formen der Verbindlichmachung hat — und ein Anspruch auf Aufrechthaltung eines für den beabsichtigten Zweck unpassenden Rechtsgeschäfts, z. B. einer Cession, wo nur Kauf anwendbar war, aus dem Grunde, weil die Cession ein Geringeres, als der Kauf sein soll (Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 158), — ist vollends unjuristisch.

(5. A.) Das Obertr. hat eine Verletzung des im §. 91 festgestellten Rechtssatzes darin erkannt und

§. 92. Aus dem Rechte des Einen folgt die Pflicht des Andern zur Leistung oder Duldung dessen, was die Ausübung des Rechts erfordert[97]).

§. 93. Wer den Andern in der Ausübung seines Rechts hindert, beleidigt denselben, und wird ihm für allen daraus erwachsenen Schaden und Nachtheil verantwortlich.

§. 94. Wer aber sein Recht nach den Gesetzen[98]) ausübt, ist zum Ersatze eines bei dieser Gelegenheit entstandenen Schadens nicht verbunden. (Th. I, Tit. 6, §§. 36, 37, 38.)

Kollision. §. 95. Wenn das Recht des Einen der Ausübung des Rechts eines Andern entgegensteht[99]), so muß das mindere Recht dem stärkern weichen.

---

demzufolge den Urtheilsspruch vernichtet, wenn eine Klage, welche in Ansehung des Gegenstandes auf einen Theil desselben erwiesen worden ist, hinsichtlich des Uebrigen aber unbewiesen geblieben, gänzlich abgewiesen wurde. In Anwendung dessen auf eine Negatorienklage hat das Obertr. angenommen: Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks gegen den Eigenthümer des benachbarten Grundstücks, welcher sich eine Wegegerechtigkeit über das Grundstück des Ersteren anmaßt, eine Negatorienklage anstellt, mit dem Antrage: zu erkennen, daß Beklagter nicht befugt sei, eine Wegegerechtigkeit auf dem Grundstücke des Klägers auszuüben, — und es sich demnächst ergiebt, daß dem Bekl. ein Wegerecht nur über einen Theil des Grundstücks zusteht; so darf der Kläger nicht mit seinem ganzen Klageantrage abgewiesen werden, so wie der Beklagte, wenn er konfessorisch auf das ganze Grundstück des Klägers eine Grundgerechtigkeit geltend gemacht und der Richter befunden hätte, daß die Gerechtigkeit dem Prätendenten nur auf einen Theil des Grundstücks gebühre, in Anwendung des obigen Grundsatzes mit einem Theile seines Klageantrages obsiegen, mit dem anderen Theile aber abzuweisen sein würde. Erk. v. 25. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 1). Die Rechtsanwendung paßt nicht auf den Fall. Es handelte sich nicht um einen Theil des Wegerechts, der sich nicht denken läßt, sondern um das Wegerecht über das ganze Grundstück, nur auf verschiedenen Linien, von welchen die eine länger als die andere war, und die eine dem Beklagten eingeräumt wurde.

97) „Juri respondet obligatio", wie es in den philosophischen und juristischen Kompendien des vorigen Jahrhunderts zu heißen pflegt. Dies hat zweierlei Bedeutungen: eine weitere und eine engere. In der weiteren Bedeutung soll es heißen, daß jedem Rechte, welches einer Person zusteht, die gesetzliche Pflicht aller Menschen gegenüberstehe, die Ausübung geschehen zu lassen und nicht durch Hinderung der Ausübung das Recht zu kränken. Hierauf bezieht sich der folgende §. 93. Die engere Bedeutung bezieht sich auf den Begriff des Forderungsrechts (obligatio). Die damalige Schule zerlegte die Obligation in zwei Theile: in das Gläubigerrecht oder die s. g. aktive Obligation, und in die Verbindlichkeit des Schuldners oder Passivobligation. Jene definirte man als connexionem motivi cum actione; diese als qualitatem moralem passivam, qua quis praestare aut pati quid tenetur. Diese theoretischen Sätze finden sich hier im §. 92 wieder; sie haben keine wirkliche Bedeutung in der praktischen Rechtspflege. Von dieser Theorie kommt es her, daß das L.R. das Forderungsrecht (obligatio) durch Verbindung der beiden Begriffe Recht und Pflicht zu bezeichnen pflegt. Vergl. oben §. 85 und I, 2, §. 122; I, 1, §§. 7, 9; I, 9, §. 350. Man kann jedoch den Grundsatz auch in Verhältnissen benutzen und zur Geltung bringen, an welche bei der Aufnahme desselben gar nicht gedacht worden ist. Unten, Anm. 18, Satz 2 zu §. 28, Tit. 8.

98) Den Gesetzen gemäß übt Jemand sein Recht nur dann aus, wenn er gleichzeitig das leistet, was ihm seinerseits dabei etwa obliegt. Der Bergbauende z. B. übt sein Recht auf gesetzmäßige Weise nur dann aus, wenn er gleichzeitig seine Verbindlichkeit, die Grundinteressenten für Alles, was ihnen durch die Unternehmung entgeht, vollständig zu befriedigen, erfüllt. Pr. des Obertr. vom 16. März 1839 (Entsch. IV, S. 365) und Pl.-Beschl. (Pr. 1284) vom 18. April 1843 (Entsch. IX, S. 101). Vergl. Anm. 18, Abs. 2 zu §. 28, Tit. 8.

99) Dergestalt nämlich, daß die vollständige Ausübung des Einen ohne Nachtheil des Anderen nicht möglich ist, so ist Kollision der Rechte vorhanden. Können die vorhandenen mehreren Rechte auf denselben Gegenstand, z. B. mehrere Wegegerechtigkeiten, nebeneinander ausgeübt werden, so heißt das Zusammentreffen Konkurrenz, und hat keine Schwierigkeiten. Die wirkliche Kollision aber erfordert gewisse Regeln, deren hier drei gegeben sind, in §§. 95 — 97. Als erste Regel, über welche man auch nach G. R. einig ist, giebt der §. 95: Das mindere Recht muß dem stärkeren weichen. Welches von mehreren kollidirenden Rechten das stärkere sei, muß nach den besonderen gesetzlichen Bestimmungen in jedem einzelnen Falle entschieden werden. Sind die kollidirenden Rechte ungleichartig, so bestimmt sich solches nach den besonderen Eigenschaften und Vorzügen eines jeden Rechts. Beispiele: I, 7, §§. 163, 169, 175, 176; L. 12 D. de minor. (IV, 4). Sind sie gleichartig, so gehen die privilegirten Rechte den einfachen vor. Beispiele: die ganze Rangordnung der Gläubiger im Konkurse; L. 5, 6, 7 pr. D. qui potior. in pignore (XX, 4), L. 34 D. de reb. auct. jud. poss.

§. 96. In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften muß der, welcher durch Ausübung seines Rechtes einen Vortheil sucht, dem nachstehen, der nur einen Schaden abzuwenden bedacht ist[100]).

§. 97. Sind die in Kollision kommenden Rechte von gleicher Beschaffenheit, so muß jeder der Berechtigten von dem seinen so viel nachgeben[101]), als erforderlich ist, damit die Ausübung beider zugleich bestehen könne[101a]).

---

(XLII, 5); sind alle gleich, so entscheidet die Regel: prior tempore potior jure. Beispiele: zwischen zwei zufälligen (bergmännischen) Findern entscheidet das Alter, I, 16, §§. 169, 352, 362, 363; Pr. des Obertr. 2141, v. 23. August 1849 (Entsch. Bd. XVIII, 326); desgl. zwischen mehreren Eigenthumsprätendenten, welche ihren Titel von demselben Autor haben, I, 10, §. 20; ferner L. 26 D. loc. cond. (XIX, 2); Nov. 91, c. 1. — Vergl. Hufeland, über Veränderung der Rechte durch das Zusammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten; in dessen Abhandlungen, Th. II, S. 3, und Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 148. Ueber Preußisches Recht: Schrötter, von der Kollision der Rechte; in der Jur. Zeit. von 1832, Sp. 1111 flg.; m. Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §. 100.

100) Die Frage nach der Herkunft dieser, in ihrer Allgemeinheit bedenklichen Regel führt zu dem Ergebnisse, daß diese Regel nur eine beschränkte Anwendung finden kann, wenn sie praktische Bedeutung haben soll. Das G. R. weiß nichts davon. In einem sehr beschränkten Kreise, nämlich bei der Kollision von Privilegien, kommt der Satz vor, und Leyser, Med., sp. 61, m. 7, bringt den Ausspruch einer Juristenfakultät von 1715: Es ist bekannten Rechtens, daß die Restitution auch contra aeque privilegiatum stattfinde, wenn ein Theil Schaden zu verhüten, der andere aber Vortheil suchet. Gestützt wird der Satz auf L. 11, §. 6 u. L. 34 D. de minor. (IV, 4). Hier wird folgender Rechtsfall entschieden. Ein Minderjähriger hat einem anderen Minderjährigen Geld geliehen, welches verschwendet worden, d. h. nicht in den Nutzen des Empfängers gekommen ist. Der beklagte Empfänger nimmt die Restitution gegen die Klage in Anspruch, um sich gegen die Verurtheilung zu schützen. Der Kläger beruft sich replikando auf dieselbe Rechtswohlthat. Diesen Kollisionsfall entscheiden Ulpian und Paulus zu Gunsten des Bekl. und weisen den Kl. ab, weil der Empfänger nicht reicher geworden, und folglich durch Herausgabe der geforderten Summe Schaden leiden würde. Nach dieser Quelle hat die Regel nur ein sehr beschränktes Gebiet; sie bezieht sich auf bestimmte besondere Rechtswohlthaten. Dieser Kollisionsfall kann nach dem L.R. nicht eintreten; aber in ähnlicher Weise kann er z. B. bei der Kompetenz vorkommen, wenn zwei, aus persönlichen Gründen wechselseitig zur Kompetenz verpflichtete Personen als Gläubiger und Schuldner zusammenstoßen. — Soll auf beiden Seiten nur Verlust abgewendet werden, so kann die Kollision nur durch Nichtgebrauch dieser besonderen Rechte beseitigt werden, diese kompensiren sich dann.

101) Ist die erste Regel des §. 95 nicht anwendbar und steht der Fall auch nicht unter der zweiten (§. 96), so müssen die gleichbeschaffenen Rechte einander etwas nachgeben. Auch diese Regel hat ihr eigenes bestimmtes Gebiet; sie bezieht sich auf die indirekte Kollision in einem dritten Objekte. Kann das Recht von Allen auf einen Theil ausgeübt werden, so tritt verhältnißmäßige Theilung ein. Beispiele: der Konkurs der Gläubiger und Vermächtnisse an Mehrere. I, 12, §§. 542, 543; L. 33 D. de legatis I. Kann aber nur Einer das Recht ausüben, so entscheidet das Loos. Beispiele: I, 9, §. 317; I, 12, §. 394; I, 17, §. 28. (4. A.) Oder die Ausübung des Rechts geschieht nach einem Turnus. Reicht z. B. das Wasser eines Teiches bei kleinem Wasser zu dem gleichzeitigen Betriebe der an demselben belegenen Hammerwerke nicht aus, so ist die Verpflichtung der einzelnen Besitzer derselben, sich dem Beschlusse der Mehrheit auf Einführung eines Turnus in dem Betriebe dieser Werke zu unterwerfen, nach den Vorschriften dieser §§. 95—98 zu beurtheilen. Pr. des Obertr. v. 1. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 29).

Das Verhältniß dieser drei Regeln zu einander ist nicht das der Rangordnung, vielmehr ist die erste Regel (§. 95) eine allgemeine, und die beiden anderen (§§. 96 u. 97) haben jede ihr eigenes und ausschließliches Gebiet. Ueberhaupt aber können nach heutigem Rechte Kollisionen nur in Beziehung auf Vermögensgegenstände eintreten, weshalb die Lehre von der Kollision der Rechte nicht zu den ganz Allgemeinen gehört.

101a) (5. A.) Der bei der Kollision mehrerer Grundeigenthümer zutreffende Satz:

daß die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechtes des einen Eigenthümers ihre nothwendige Begrenzung finde in der dem anderen Eigenthümer ebenfalls zustehenden Willkürlichkeit und Ausschließlichkeit, und daß demgemäß die Benutzung des einen Eigenthümers nicht in den Rechtskreis der Benutzung des anderen hinübergreifen dürfe,

ist nicht ohne Weiteres auf Kollisionen zwischen Grundeigenthum und Bergwerkseigenthum anzuwenden, vielmehr ist darauf zu sehen, wie sich diese widerstreitenden Verhältnisse durch Herkommen und besondere Gesetze gestaltet haben. Vergl. Berggesetz vom 24. Juni 1865, §§. 153—155. Erk. des Obertr. vom 24. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 75).

§. 98. Bis zur erfolgenden richterlichen Bestimmung des entstandenen Kollisionsfalles muß die Sache zwischen den Berechtigten in dem Stande bleiben, in welchem sie bis dahin gewesen ist.

Uebertragung der Rechte.

§. 99. Rechte, welche an eine bestimmte Person, oder an gewisse Eigenschaften derselben, nicht gebunden sind[102], können von dem Einen auf den Andern übertragen werden.

§. 100. Wer einem Andern sein Recht überträgt, von dem wird vermuthet, daß er demselben zugleich alle damit verbundenen Vortheile[103] habe übertragen wollen.

§. 101. Niemand aber kann dem Andern mehrere Rechte übertragen, als er selbst besitzt[104].

Verlust der Rechte.

§. 102. Rechte, welche nur der Person ankleben, verschwinden durch derselben Tod.

§. 103. Rechte aber, welche zum freien Eigenthum gerechnet werden, gehen mit dem Tode des Besitzers auf Andere, nach näherer Bestimmung der Gesetze, über[105].

---

102) Eine Wiederholung des Satzes ist unten I, 11, §. 382. Es verhält sich mit der Uebertragung der Rechte, was die Stellung dieser Lehre betrifft, ebenso wie mit der Kollision. Nur Vermögensrechte sind übertragbar oder gestatten in der Regel eine Succession in sich, wogegen alle Statusrechte (Civilstandsrechte) von der Person untrennbar sind, oder, wenn sie davon getrennt werden, wie z. B. Ehrenrechte, untergehen. Dies ist der Sinn dieses §. 99. Auch nicht alle zur Klasse der Vermögensrechte gehörigen Rechte und Befugnisse sind ihrer Substanz nach übertragbar, wohl aber ist allgemein anzunehmen, daß sie insgesammt der Ausübung nach übertragen werden können. Man spricht in dieser Hinsicht von jura personallssima, womit man unübertragbare Rechte bezeichnet. Der Ausdruck gehört nicht in das Vermögensrecht. — Eine allgemeine Ausnahme von der als Regel geltenden Abtretungsfähigkeit der Vermögensrechte giebt es nicht. Die spezielleu Ausnahmen s. m. unten zu I, 11, §. 382.

103) Eine Anwendung dieses Satzes ist, daß, wenn ein Ehemann die Cession der Illatenforderung seiner Frau ausdrücklich genehmigt, er den Nießbrauch mit überträgt (oder verliert) und den Vortheil aufgiebt, die Schuld erst nach Auflösung der Ehe zu berichtigen: er muß dann alsbald bezahlen, wenn er nicht das Gegentheil ausbedungen hat. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. IX, Nr. 14.

104) Wiederholung eines alten, im R. R., bezüglich auf die Succession, mehrfach ausgesprochenen Rechtssatzes, z. B. L. 54 D. de reg. jur.: „nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet;“ L. 120 ib.: „nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit;“ L. 20 pr. D. de acquir. rer. dom. (XXI, 1): „traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.“ Eine Anwendung davon ist abgemacht in den Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 210 auf den Fall, wo Jemand sein Landgut, nachdem er mehrere stehende Bäume verkauft und durch Anschalmung und Anschlag symbolisch übergeben hatte, verkaufte, und der neue Eigenthümer mit dem Käufer der Bäume wegen des Eigenthums derselben in Streit kam. Dieser Grundsatz wird modificirt durch den Glauben des Hypothekenbuchs: der eingetragene Besitzer kann Rechte an der Sache auf Andere übertragen, die er selbst nicht hat. I, 10, §§. 8, 9; I, 20, §. 410.

105) Die §§. 102 und 103 bezeichnen das Schicksal des gesammten Rechtszustandes einer Person nach deren Tode, zufolge der Eigenthümlichkeiten der beiden großen Bestandtheile dieses Rechtsstandes. Die eine Hälfte des Rechtsgebietes bestimmt und charakterisirt die Persönlichkeit, das Sein der Person; sie entspringt aus dem statu hominum (§§. 82, 83 und Anm. 89, 90). Diese erlöschen mit dem Ende des Daseins der Person. I, 2, §. 40; I, 9, §. 360. Die andere Hälfte bezieht sich auf die äußere Erweiterung der Person, auf das Haben, und besteht aus lauter Vermögensrechten. Diese gehen, nach §. 103, auf den Erben über. Der Umstand, daß ein Forderungsrecht bedingt ist durch die Willensbestimmung des Gläubigers, wie z. B. — so sagt das Obertr. — die Befugniß eines Schenkers zum Widerrufe einer wegen Formmangels ungültigen Schenkung, macht das Recht nicht zu einem höchst persönlichen (jus personalissimum); es bleibe ein Forderungsrecht, dessen Uebergang auf den Erben durch die von der Willensbestimmung des Gläubigers abhängige Ausübung desselben nicht gehindert werde. Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 259. Jedes Forderungsrecht sei in seiner Ausübung abhängig von dem Willen des Gläubigers, und müßte nicht vererben, wenn es wahr wäre, was in diesem Rechtsfalle behauptet worden, daß nämlich die Einforderung als ein Recht der freien Willkür des Berechtigten, nicht aber als ein Vermögensrecht zu betrachten und ebenso wenig, wie der individuelle Wille eines Menschen, vererbt werden könne. S. 258 a. a. O. — (5. A.) Hiergegen s. m. jedoch mein Erbrecht §. 7, Nr. 2 und unten die Anm. 50, Abs. 2 zu §. 1090, Tit. 11. Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen jenem Widerruf einer formlosen, keineswegs ungültigen Schenkung und jedem anderen Forderungsrechte, dessen Ausübung von dem Willen des Gläubigers abhängt. Die Meinung des Obertr.

§. 104. Die bloß an den Stand gebundenen Rechte können von dem Besitzer, aus eigener Macht[106]), auf andere nicht übertragen werden, und gehen mit dem Stande verloren.

§. 105. Daß Jemand sich seines Rechtes habe begeben wollen, wird nicht vermuthet[107]).

§. 106. Die Willensäußerung zur Entsagung oder Uebertragung eines Rechts muß also deutlich und zuverlässig sein[108]).

---

ist juristisch nicht gerechtfertigt, wie in meinem Erbrechte a. a. O. näher aufgewiesen ist. — Unbestritten erlöschen Vorrechte und Vortheile, welche mit einem gewissen Stande verbunden sind, mit dem Tode der Person oder dem Verluste des Standes. Daher kommt z. B. das Vorrecht der Unteroffiziere und Soldaten, für ihre unehelichen Kinder nur die bestimmten geringeren Alimentenbeträge zu zahlen, ihren Erben nicht zu Statten. Entsch. Bd. V, Nr. 37.

106) Bezieht sich auf Uebertragung von Titeln und Würden unter Lebendigen. Dazu ist die Mitwirkung der Staatsregierung erforderlich.

107) Der Satz kommt von den Praktikern. Es heißt z. B. bei Wernher, obs., P. IX, obs. 18: „— aus denen Rechten bekannt, quod renunciationes jurium non praesumendae sint, quia in facto consistunt, et non credibile est, quemquam suum jactare velle" — dafür ist L. 25 D. de probat. und c. 5 X. de renunt. (I, 9) angegeben — „atque ideo evidenter probandae." Um es rechtlich außer allen Zweifel zu stellen, daß die Renunciation eine Willenserklärung ist, und daß derjenige, welcher sich darauf beruft, das Dasein der Erklärung sowohl als deren Inhalt nachweisen muß, — dazu war der Rechtssatz nicht erforderlich. Er muß mithin noch eine besondere Beziehung haben sollen, wenn er nicht ganz bedeutungslos bleiben soll, und diese hat er in der That, wie der folgende §. und die Anm. dazu ergeben.

(4. A.) Beispiel: Der dem Krugverlagsrechte unterworfene Krüger, welcher seinen Bedarf an Getränken anderswo, als von der berechtigten Fabrikationsstätte, ankauft, kann den Anspruch des Berechtigten auf Erlegung der Konventionalstrafe, nicht durch den Einwand beseitigen, daß derselbe ihn zur Entnahme jenes Bedarfs nicht aufgefordert und gegen den anderweitigen Ankauf keinen Widerspruch erhoben habe. Erk. v. 27. Jan. 1852 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. IV, S. 308).

108) Vergl. I, 16, §. 381. Dieser Satz soll die Folgerung aus dem vorhergehenden Grundsatze sein. Die richtige Schlußfolge aus §. 105 ist: eine Entsagung, Verzichtleistung oder Uebertragung muß von dem, welcher sich darauf beruft, nachgewiesen werden. Der §. 106 folgert aber aus dem Mangel einer Vermuthung für das Dasein der Entsagung gewisse Eigenschaften der, die Entsagung, Verzichtleistung oder Uebertragung ausdrückenden Willenserklärungen, nämlich die Deutlichkeit und Zuverlässigkeit. Mittelst des argumentum a contrario und des Prinzips im §. 105 ließe sich demnach behaupten: daß eine undeutliche Willenserklärung dieser Art gar nicht wirke, während doch nach I, 16, §. 403 die allgemeinen Auslegungsregeln auch hier Anwendung finden; und daß die Zuverlässigkeit, außer dem thatsächlichen Dasein der Erklärung, noch besonders dargethan werden solle. Wirklich ist in beiden Beziehungen noch etwas Besonderes gemeint. Hinsichtlich der Deutlichkeit und der Auslegung der Entsagung hat immer der unstreitige Grundsatz gegolten: daß jede Entsagung streng auszulegen, daß sie mithin nicht über das deutlich Ausgedrückte hinaus auszudehnen. Dies hat denn allerdings die praktische Folge, daß das Undeutliche oder Mehrdeutige nichts wirkt. Mevius, Dec., P. VI, dec. 378, n. 3, 5; P. VII, dec. 364, n. 3, 6. Auch die Praxis des pr. Obertr., und zwar sowohl in der neueren als in der älteren Zeit, stimmt damit überein. Hymmen, Beiträge, Samml. VIII, S. 55; Simon's Rechtssprüche, Bd. I, S. 145. — Das Erforderniß der Zuverlässigkeit bezieht sich auf die causa renunciationis und die damit zusammenhängende Absicht des Erklärenden. Quelle hierüber ist das c. 5 X. de renunciatione (I, 9). Ein Kleriker forderte sein Beneficium, auf welches er resignirt hatte, zurück, behauptend, er habe nicht freiwillig resignirt. Es wird angefragt: ob der Beweis und Gegenbeweis darüber erheblich und zulässig. Clemens III. antwortet: Weil es nicht wahrscheinlich ist, daß Jemand auf sein, vielleicht mit vielen Kosten und Mühen erworbenes Beneficium leicht ohne wichtige Ursachen freiwillig resigniren werde, so ist es nicht überflüssig, den Ursachen der Resignation gründlich nachzuforschen. Ueber die Beweislast wird beigefügt: „porro licet negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio: ejus tamen qui spontaneam renunciationem negat, cum implicite et quodammodo replicando inficietur super assertione sua, habito ad dignitatem et opinionem respectu, probationes credimus admittendas." Die Geschichte ergiebt also, daß der §. 106 nicht ohne Bedeutung besonders vorschreibt, daß die Willensäußerung zur Entsagung zuverlässig sei. Die Form und der Ausdruck allein genügen darnach nicht zur Rechtskräftigkeit der Entsagung, vielmehr muß, wenn die Willensäußerung angegriffen wird, erörtert werden: ob die „causam resignationis probabilem, id est, non vi, nec metu, nec oppressione, nec interventu pecuniae, nec promissione extortam." Bei dieser Beweisführung nun hat, nach der Beschaffenheit des Falles, die Präsumtion aus §. 105 ihr eigenthümliches Gewicht.

§. 107. Doch kann, nach näherer Bestimmung der Gesetze, ein Recht auch durch den unterlassenen Gebrauch, oder durch den Mißbrauch desselben, verloren gehen.

§. 108. Das Recht, welches von dem Dasein oder der Dauer eines andern Rechtes [109]), oder einer Sache [110]) abhängt, geht mit dem Rechte oder der Sache, worauf es beruhet, zugleich verloren [111]).

---

109) Wie z. B. die Zinsen von dem Kapitale; das Pfandrecht von der Forderung. Anwendung hiervon in Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 305. Ist das Kapital durch Verjährung erloschen, so sind auch die letzten Zinstermine verloren. Vergl. I, 11, §. 843, u. I, 5, §. 110 u. die Anm. 56 dazu.

110) Z. B. die Grundgerechtigkeit von dem Grundstücke. Ein Beispiel in Entsch. Bd. IX, S. 251 ff. Vergl. I, 16, §. 2, und Anm. 11, Abs. 3 zu §. 12, Tit. 22. — (4. A.) Ganz unpassend hat man auf den §. 108 die Parteibehauptung gestützt, daß bäuerliche Abgaben an die Gutsherrschaft durch die Abtrennung von dem berechtigten Gute erlöschen. Entsch. des Obertr. Bd. XXXVI, S. 190.

111) Der Grundsatz kommt her aus L. 129, §. 1 und L. 178 D. de reg. juris: „cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent."

(4. A.) Der Erbverpächter eines Jagdrechts auf fremdem Grunde und Boden kann seit Aufhebung dieses Rechts durch das Gesetz v. 31. Okt. 1848 auf den Erbpachtskanon nicht ferner Anspruch machen, wenngleich der Erbpächter als Eigenthümer des Grundes und Bodens durch jenes Gesetz das Jagdrecht erlangt hat. Erk. des Obertr. v. 13. Febr. 1851 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. I, S. 299).

# Erſter Theil.

## Erſter Titel.

### Von Perſonen und deren Rechten überhaupt [1]).

Gemeines Recht: Schwarze, Perſon; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VII, S. 887 u. flg. — v. Savigny, Syſtem, Bd. VII, S. 263 flg.

Preußiſches Recht: Bornemann, Syſtem, Bd. I, S. 225 flg. — Temme, Lehrbuch des Preußiſchen Civilrechts, Bd. I, S. 62 flg. — Mein Preußiſches gemeines Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §§. 41 bis 54.

§. 1. Der Menſch wird, in ſofern er gewiſſe Rechte in der bürgerlichen Geſellſchaft genießt, eine Perſon genannt [2]). Perſon.

§. 2. Die bürgerliche Geſellſchaft beſteht aus mehrern kleinern, durch Natur oder Geſetz, oder durch beide zugleich, verbundenen Geſellſchaften und Ständen [3]). Perſonenrechte.

§. 3. Die Verbindung zwiſchen Ehegatten, ingleichen zwiſchen Eltern und Kindern, macht eigentlich die häusliche Geſellſchaft aus [4]).

---

1) Dieſer Titel entſpricht dem Inſtitutionentitel de jure personarum (I, 3) und dem Pandektentitel de statu hominum (I, 5). Die §§. 2, 6—9 beziehen ſich auf den status civitatis, die §§. 3—5 auf den status familiae, die §§. 10 ff. auf den status hominum naturalis.

2) Die Vorausſetzung dieſes Lehrſatzes, daß es nämlich auch Menſchen geben könne, welche nicht für Perſonen gelten, — dieſe Vorausſetzung fehlt, denn heutzutage ſind alle Menſchen auch Perſonen. In ſofern hat mithin der Satz gar keine praktiſche Bedeutung. In anderer Hinſicht aber hat er die Bedeutung, daß der Träger gewiſſer Rechte eine Perſon vorſtellt. Ein Menſch kann mithin, in ſofern er gewiſſe Rechte aus mehreren verſchiedenen Eigenſchaften in ſich vereinigt, mehrere Perſonen vorſtellen. Daher auch jetzt Menſch und Perſon noch nicht identiſch ſind. Beiſpiele ſind: Beamte, Vormünder, Erben. Von dieſen gilt die Regel, daß die Handlungen, welche ſie in der einen Eigenſchaft (als die eine Perſon) vollzogen haben, ſie in der anderen gar nicht berühren. Der Ausdruck Perſon als techniſche Bezeichnung eines Rechtsſubjekts gehört den neueren Juriſten an, die Römer gebrauchten ihn gewöhnlich in der allgemeinen Bedeutung von Individuum, z. B. in der L. 9, §. 1 D. quod metus causa (IV, 2): „sive singularis sit persona, — vel Populus;“ — es werden daher auch Sklaven personae genannt; z. B. Gajus I, §§. 120, 121, 139; L. 215 D. de verb. sign. (L, 16); L. 22 pr. D. de reg. jur. (L, 17). Die Begriffsbeſtimmung des §. 1 iſt übrigens ganz richtig, keineswegs zu eng; ſie umfaßt auch die juriſtiſchen Perſonen. Denn nach der Theorie des L.R. ſind die juriſtiſchen Perſonen immer Perſonenmehrheiten (gleichzeitige oder aufeinanderfolgende) (vgl. §§. 8, 9), folglich iſt es richtig, daß nur der Menſch eine Perſon iſt.

3) Und Ständen. Hierunter ſind nicht allein die Geburtsſtände, ſondern auch die Gewerbs- und Berufsſtände verſtanden. Vergl. §. 6. Das A. L.R. hat alſo die Gliederung der Staatsgeſellſchaft nach Ständen zur Grundlage.

4) Der §. 3 zählt die Beſtandtheile der Familie im engeren Sinne, d. i. der unter der Herrſchaft des Hausvaters ſtehenden Geſellſchaft in ihrem natürlichen d. h. in einem ſittlichen Naturzuſammenhange begründeten Umfange auf. Als ſolche Beſtandtheile werden die Ehe und die elterliche Gewalt angedeutet. Im weiteren Sinne umfaßt die Familie noch einen dritten Beſtandtheil: die Verwandtſchaft. §. 5. Die Geſammtheit der zur Familie gehörenden Rechtsverhältniſſe nennen wir das Familienrecht.

§. 4. Doch wird auch das Gesinde mit zur häuslichen Gesellschaft gerechnet [5]).

§. 5. Durch die Abkunft von gemeinschaftlichen Stammeltern werden Familienverhältnisse begründet.

§. 6. Personen, welchen vermöge ihrer Geburt [6]), Bestimmung oder Hauptbeschäftigung [7]) gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beigelegt sind, machen zusammen Einen Stand [8]) des Staates aus.

§. 7. Die Mitglieder eines jeden Standes haben, als solche, einzeln [9]) betrachtet, gewisse Rechte und Pflichten.

1. Verf.-Urkunde vom 31. Januar 1850.

Art. 3. Die Verfassung und das Gesetz bestimmen, unter welchen Bedingungen die Eigenschaft eines Preußen und die staatsbürgerlichen Rechte erworben, ausgeübt und verloren werden.

Art. 4. Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich. Standesvorrechte finden nicht statt. Die öffentlichen Aemter sind unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen für alle dazu Befähigten gleich zugänglich [10]).

---

Der Inhalt derselben ist die von Einzelnwillkür unabhängige Stellung, welche Jeder in diesen Verhältnissen einnimmt, also in einer fest bestimmten, bürgerlichen Lebensform. Daher gehören die Familienverhältnisse hauptsächlich dem absoluten oder öffentlichen Rechte an und darum heißt jedes Familienverhältniß eines Menschen ein Standesrecht (status). v. Savigny, System, I, S. 349 ff.

5) Der natürliche Umfang der Familie kann künstlich erweitert werden. Das Röm. wie das Deutsche Recht kennt verschiedene Institute des erweiterten Familienrechts (Sklaverei, Leibeigenschaft u. s. w.), von welcher nur noch die Vormundschaft übrig ist. Neu entwickelt aber aus Bedürfniß hat sich das Gesindeverhältniß, welches sich von dem Rechtsverhältnisse des freien Arbeitsvertrags (operae locatae) durch die hausherrliche Gewalt, welcher der Dienstbote unterworfen ist, unterscheidet. Die Ideen der neueren Zeit von Freiheit und Gleichheit haben das Gesindeverhältniß hier und da gelockert oder auch wohl, wie in Frankreich, als Institut ganz unterdrückt. Das A. L.R. hat dasselbe aufrecht erhalten. Dies ist es, was der §. 4 ausspricht. In Uebereinstimmung hiermit ist das Gesinderecht nicht unter die Verträge, sondern in das Personenrecht aufgenommen worden. Th. II, Tit. 5.

6) Als Geburtsstände unterscheidet das A. L.R., in Uebereinstimmung mit dem damaligen gemeinen deutschen Rechte (Plitter, von dem Unterschiede der Stände in Deutschland, Gött. 1795; Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland, Frankf. 1806, 1830, III Th.; Mereau, Miscellen zum deutschen Staats- und Privatrechte, I Th., Nr. 15), den Adel- (Th. II, Tit. 9), den Bürger- (Th. II, Tit. 8), den Bauernstand (Th. II, Tit. 7). Der Unterschied dieser drei Stände zeigte sich früher vorzüglich im öffentlichen Rechte wirksam, weniger im Privatrechte. Der Adelstand und der Bauernstand hatten mehrere Institute und Rechtsnormen eigenthümlich, welche mit ihren Grundbesitzverhältnissen zusammenhängen; dem Bürgerstande waren wieder mehrere Einrichtungen und Normen, welche mit den Gewerbsverhältnissen und städtischen Anstalten in Verbindung standen, eigen, woraus für jeden dieser Stände ein besonderes Privatrecht entstand.

7) Der Ausdruck, daß Lebensbestimmung oder Hauptbeschäftigung einen besonderen Stand gebe, bezieht sich auf Berufsstände. Von dergleichen Ständen unterscheidet man, nach der Art der Bedürfnisse, welche ihre Thätigkeit zu befriedigen sorgt, zwei Klassen: den Arbeiterstand, welcher für die physischen Mittel des menschlichen Lebens sorgt, namentlich die Ackerbauer, Handwerker, Künstler, Handelsleute; und den Stand derjenigen, welche für die geistigen Bedürfnisse dienstbar sind, namentlich der Beamten-, Lehr- und Wehrstand. Auf jeden dieser Stände beziehen sich eigenthümliche Rechtsinstitute und Rechtsnormen, welche theils nur dem Privatrechte, theils dem öffentlichen Rechte angehören. (Th. II, Tit. 10 bis 12, 8).

8) Stand im juristischen Sinne bezeichnet den Inbegriff von Personen, welche durch gleiche, ihnen durch die Gesetzgebung beigelegte Rechte von Anderen sich unterscheiden.

9) Der einzelne Mensch kann nur diejenigen bürgerlichen Rechte genießen, welche Jedem nach dem Stande, dem er angehört, zustehen, es kann z. B. ein Bürgerlicher in der Regel nicht adelige Rechte erwerben. Unter welchen Bedingungen solches ausnahmsweise möglich ist, deutet der §. 8 an. Dies ist der Sinn dieser Vorschriften, welche aber mit der Zeit sich verändert haben. S. den Zusatz 1 zu diesem §. 7.

10) Die Idee der Gleichheit der Staatsbürger ist durch diesen Verfassungssatz auch für Preußen realisirt. Sie darf aber, wenn man Mißverständnisse vermeiden will, nur auf die staatsbürgerlichen (politischen) Rechte bezogen werden; denn sie will nur Bevorzugung oder Zurücksetzung im Rechte wegen der Geburt, namentlich die schon seit 1807 unpraktisch gewordenen Vorrechte und Ausschließungen im Staats- und Privatrechte, abgeschafft wissen. Auf die besonderen Privatrechte der früheren Geburts-

§. 8. Andere [11]) kommen ihnen nur in sofern zu, als mehrere derselben zusammen, eine besondere Gesellschaft [12]) ausmachen.

§. 9. Die Rechte und Pflichten der verschiedenen Gesellschaften im Staate werden durch ihr Verhältniß unter sich, und gegen das Oberhaupt des Staates näher bestimmt.

§. 10. Die allgemeinen Rechte der Menschheit [13]) gebühren auch den noch ungebornen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängniß. Rechte der Ungebornen.

§. 11. Wer für schon geborene Kinder zu sorgen schuldig ist, der hat gleiche Pflichten in Ansehung der noch im Mutterleibe befindlichen [13a]).

§. 12. Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängniß schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten [14]).

---

stände, sowie die den Berufsständen eigenthümlichen Institute und Rechtsnormen hat der Grundsatz der Gleichheit vor dem Rechte, wie auch der Wortlaut ergiebt, gar keine Beziehung.

11) Andere Rechte, als welche Jedem nach seinem Stande zustehen, können nur in Gesellschaften, welche für Eine Person (juristische Person) gelten, erlangt werden. Die Bürger einer Stadt z. B. können, nach dem Sinne dieser Bestimmung, nicht adelige Rechte erwerben oder ausüben, aber als Gesammtheit, als Korporation, können sie wohl Rittergüter und dergleichen erwerben und besitzen. Nach heutigem Rechte hat die Bestimmung ihre Bedeutung verloren. Ueber die Bedingnisse einer juristischen Person s. m. Th. II, Tit. 6.

12) Das sog. Publikum ist unter keinen Umständen und in keiner Beziehung eine solche besondere Gesellschaft im rechtlichen Sinne; niemals kann das Publikum unmittelbar oder durch Vertreter etwas erwerben, besitzen oder klagend verfolgen; denn es ist unorganisch, bloße Bezeichnung für eine an einem öffentlichen Orte versammelte Menschenmenge, wie z. B. das Publikum eines Seiltänzers, oder, in weiterer Bedeutung, für einen unbestimmten Theil des Volkes in gewisser Beziehung, z. B. Lesepublikum, Handelspublikum, juristisches Publikum u. s. w., oder, in noch weiterer Bedeutung, für alle, in einem Orte oder Lande gleichzeitig lebenden Menschen, z. B. „Publikum überhaupt" in II, 20, §§. 1495, 1395. Daß die Erinnerung daran nicht überflüssig, beweist der in Simon's Rechtssprüchen, Bd. IV, S. 288 mitgetheilte Rechtsfall, wo das Publikum einen Durchgang durch ein Privatgrundstück mittelst Verjährung erworben haben sollte und von der Polizei als Vormund klagend vertreten wurde. (4. A.) M. s. auch das Erk. des Obertr. vom 12. Jan. 1852 (Arch. für Rechtsf. Bd. IV, S. 244).

13) Was unter den allgemeinen Rechten der Menschheit gemeint ist, erfährt man aus der damals herrschenden Ansicht über die eigene Person, als Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses. Darnach hat der Mensch ein besonderes Recht auf seine Person, welches mit seiner Geburt nothwendig entsteht und bis zu seinem Tode fortdauert. Dieses Recht heißt daher Urrecht, allgemeines Menschenrecht, im Gegensatze zu den, nach bürgerlichem Rechte erworbenen Rechten, und soll ebenso ungestört bleiben, wie diese erworbenen Rechte. Donellus, Comment. II, 8, §§. 2, 3 nennt vier Gegenstände dieses Rechtes eines Jeden auf sich selbst: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Unser §. 10 bezieht sich auf diese Urrechte, und der folgende §. 12 auf die erworbenen (bürgerlichen) Rechte. Die dem Embryo zugeschriebenen Menschheitsrechte auf sich selbst müssen ungekränkt bleiben, und verbleiben auch dem ohne menschliche Gestalt geborenen, nicht rechtsfähig gewordenen Wesen (Mißgeburt). §. 18.

13a) (4. A.) Die Bestimmung des §. 11 bezieht sich lediglich auf den Hauptverpflichteten; sie hat lediglich solche Pflichten, welche während des Befindens des Kindes im Mutterleibe zu erfüllen sind, nicht aber die erst nach der Geburt eines lebensfähigen Kindes zur Sprache kommenden Pflichten (z. B. die Alimentationspflicht) zum Gegenstande. Erk. des Obertr. vom 18. Juni 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 182).

14) Dieser §. hat drei wichtige Bestimmungen: Erstens bestimmt er im Gegensatze zu §. 10, daß ein Ungeborener keine bürgerlichen Rechte habe, d. h. nicht rechtsfähig sei; zweitens ist die Bedingung der anfangenden Rechtsfähigkeit festgesetzt; drittens ist von gewissen Rechten die Rede, welche ihm bis zum Eintritte dieser Bedingung vorbehalten bleiben sollen. Der erste Grundsatz ist ohne Schwierigkeit; er bezieht sich nicht bloß auf diejenigen Rechte, welche erst im Leben erworben werden können, sondern umfaßt auch solche, welche ipso jure mit der Geburt anfangen, wie die Familien- und Standesrechte. Vergl. Einl. §. 82. Die zweite Bestimmung entscheidet eine Kontroverse nach der richtigen Meinung. Vielen Rechtslehrern genügte zur natürlichen Rechtsfähigkeit nicht die Geburt eines lebenden Kindes, sondern sie forderten auch die Lebensfähigkeit (Vitalität) des Kindes, d. h. sie sprachen einem lebendig geborenen Kinde die Rechtsfähigkeit ab, wenn es bald nach der Geburt sterbe, und die Todesursache in der Unreifheit desselben, wodurch ihm die Fortsetzung des Lebens außer dem Mutterleibe unmöglich

§. 13. Daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sei, ist in dieser Beziehung schon [15]) für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bei der Geburt gegen-

werde, liege. Das Erforderniß der Vitalität ist dem A. L.R. unbekannt, vielmehr wird jedem lebendig geborenen Kinde vollständige Rechtsfähigkeit zugeschrieben. — Geburt ist die vollständige Trennung eines lebenden Menschen von der Mutter. Dazu gehört: 1) Trennung, gleichviel ob natürliche oder künstliche (L. 12 pr. D. de liberis, XXVIII, 2); 2) vollständige Trennung (L. 3 C. de posthum. VI, 29); 3) Leben nach der vollständigen Trennung, weshalb ein Kind, welches in der Geburt gelebt hat, aber noch vor der vollständigen Absonderung von dem Mutterleibe gestorben, nicht rechtsfähig geworden ist (L. 3 C. de posthum. L. 29 D. de verb. sign. L, 16); wogegen die durch den Anfang des selbstständigen Lebens einmal erworbene Rechtsfähigkeit nicht wieder verloren geht, wenn auch schon im nächsten Augenblicke (illico — vel in manibus obstetricis) der Tod erfolgt. L. 2 u. L. 3 i. f. C. de posthumis (VI, 29); 4) menschliche Natur (§. 17).

Die dritte Bestimmung ist dunkel. Eigentlich drückt das L.R. den Grundsatz oder die Regel über den Anfang der Rechtsfähigkeit überhaupt nicht aus, sie ist stillschweigend vorausgesetzt. Das R. R. ist darin bestimmter, wenn nur Regel und Ausnahme unterschieden werden. Die L 9, §. 1 D. ad L. Falc. (XXXV, 2) und die L. 1, §. 1 D. de inspic. ventre (XXV, 4) sagen bestimmt, ein Ungeborener sei nur ein Theil des mütterlichen Leibes. Dies ist die Regel. Daher kann eine Leibesfrucht nicht Rechtssubjekt sein, folglich auch, da sie keine Person ist, die einer Vertretung fähig und bedürftig wäre (non est pupillus qui in utero est, L. 161 D. de verb. sign.; ventri tutor — dari non potest, L. 20 pr. D. de tutor.), nichts erwerben, noch besitzen, noch schuldig sein. Darum kennen wir auch keine Regeln, wonach das Schicksal der Vermögensgegenstände, welche man dem Embryo zuschreiben wollte, in dem Falle bestimmt werden könnte, wo er gar nicht zur Welt käme. Gleichwohl wird in anderen Stellen der Fötus pro superstite genommen, „eum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non prodest nisi natus." L. 231 D. de verb. sign. (L, 16), und „proinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus agitur." L. 7 D. de statu hom. (I, 5) und L. 26 eodem. Dies ist das „nasciturus habetur pro nato" der Neueren. Hierin wird jene Regel, daß der Ungeborene rechtsunfähig, nicht aufgehoben, es wird nicht gesagt, daß er als Person vertreten werden und erwerben könne; vielmehr wird ihm nur eine gewisse Vorsorge zu seiner Erhaltung und zur Vorbereitung eines Rechtsgenusses bei seinem Eintritte in die Welt durch Aufbewahrung gewisser Rechte zugewendet. In erster Hinsicht äußert sich die Vorsorge durch Strafandrohung gegen Handlungen, welche die Leibesfrucht tödten, und durch Aufschiebung von an sich rechtmäßigen Handlungen, wie z. B. Hinrichtung und Folterung der Mutter, bis nach der Geburt. L. 18 de statu hom.; L. 3 D. de poenis (XLVIII, 19). Ganz dieselbe Bedeutung hat der §. 10 d. T. In der anderen Rücksicht bestand die Vorsorge darin, „ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent." L. 3 D. si pars (V, 4). Erst dann sollte er erwerben können. Diese jura reservata, in welche der Neugeborene sofort eintreten sollte, betrafen Standesverhältnisse und Erbfolge. Eine während der Schwangerschaft eröffnete Erbschaft, welche dem Kinde, wenn es schon geboren wäre, anfallen würde, blieb ihm bis zur Geburt vorbehalten (L. 26 de statu hom. I, 5; L. 3 si pars V, 4; L. 7 de reb. dub. XXXIV, 5; L. 36 de solut. XLVI, 3), und zur Bewahrung dieser reservirten Rechte wurde ihm ein Kurator bestellt. L. 20 de tutor. (XXVI, 5); Tit. Dig. de ventre in poss. (XXXVII, 9). Es waren also ganz einzelne und beschränkte Rechtsbeziehungen, in welchen ein Ungeborener, gegen die Regel, als ein schon vorhandenes Subjekt fingirt wurde. — Ganz denselben Sinn hat die Bestimmung dieses §. 12, daß solche bürgerliche Rechte, welche einem Ungeborenen zugefallen sein würden, wenn seine Empfängniß seine Geburt gewesen wäre, ihm bis zur Geburt vorbehalten bleiben. Dieser Vorbehalt bezieht sich nur auf Standesverhältnisse (II, 2, §§. 22—24) und auf Erbfolge (I, 9, §§. 371 ff.; I, 12, §. 527; II. 2, §. 444; II, 4, §. 95; I, 11, §§. 1113 ff.) und kann weder analog auf andere Verhältnisse ausgedehnt, noch auch in etwas Anderes, etwa in eine wahre Erwerbung, umgewandelt werden. Der zu bestellende Kurator, der nicht eigentlich eine Person vertritt, sondern nur einem Verwahrer ähnlich ist, ist also durchaus nicht in der rechtlichen Lage, Namens einer nicht existirenden Person Verträge oder sonst Rechtsgeschäfte zu schließen, er ist nur im Stande, im eigenen Namen diejenigen Rechtsgeschäfte einzugehen, welche zur Wahrung des ihm anvertrauten Rechts nothwendig sind, und welche, wenn der künftige Mensch zur Welt kommt und er von dem ihm reservirten Rechte Gebrauch machen will, mit übernommen werden müssen. Aus diesen Gründen hat Dr. Jacobi in seiner Refutation des damaligen kurmärkischen Pupillenkollegiums (Jur. Wochenschrift 1842, S. 591 ff.) vollkommen Recht, und es ergiebt sich aus der Vergleichung der §§. 10, 12 und 17 die Regel, daß die bürgerliche Rechtsfähigkeit eines ungeborenen Kindes verneint wird, und daß ausnahmsweise nur in einzelnen Beziehungen bestimmte Rechte, welche dem Erzeugten, wäre er schon geboren, anfallen würden, bis zur Geburt in statu quo erhalten werden, damit der neue Mensch solche, wenn er will, erwerben möge.

15) Der Beweis des Lebens eines Kindes ist nicht auf bestimmte Lebenszeichen beschränkt. Manche der älteren röm. Juristen (die Sabinianer) behaupten zwar, das Kind müsse nothwendig geschrieen haben; allein Justinian hat diese Meinung beseitigt (L. 3 C. de posthum. VI, 29), und gemeinrechtlich ist hierüber kein Streit; denn das R. R. hat den Rest der einst allgemein verbreiteten deutschen

wärtig gewesene Zeugen[16]), die Stimme desselben deutlich vernommen haben.

Der Zwillinge.

§. 14. Wenn aus einer Geburt zwei oder mehrere lebendige Kinder zur Welt kommen, so haben dieselben in der Regel völlig gleiche Rechte.

§. 15. Kommt es aber dabei auf besondere Vorrechte der Erstgeburt an, so muß der Zeitpunkt, wann die Mutter von dem einen oder dem andern Kinde entbunden worden, genau ausgemittelt werden.

§. 16. Kann diese Ausmittelung mit der erforderlichen Gewißheit nicht geschehen, so entscheidet das Loos über die Rechte der Erstgeburt[16a]).

Der Mißgeburten.

§. 17. Geburten ohne menschliche Form und Bildung[17]) haben auf Familien-

---

Ansicht vom Beschreien der vier Wände (Leg. Alem. Tit. 92; Sachsenssp. I, 33; Magdeburger Weichbild Art. 86) verdrängt. Auch die allgemeine preuß. vorlandrechtliche Gesetzgebung ist darin ganz bestimmt. Das Corp. jur. Frid. I, 4, §. 4 sagt: „Zu dessen Beweis aber ist nicht nöthig, daß sie eben einen Laut von sich geben, sondern es ist genug, wenn die Geburt sonst ein Zeichen des Lebens von sich giebt." Ueber den Sinn dieses §. 13 hat das „schon" eine Meinungsverschiedenheit veranlaßt. Man hat es von einer Seite wohl so aufgefaßt, daß der Schrei des Kindes das geringste Zeichen sei, wodurch das Leben bewiesen werden könne, unter welchem kein Lebenszeichen als Beweis mehr statuirt sein solle, über welchem aber allerdings noch andere bestehen können. Motoski, der Beweis des Lebens eines Kindes (Wittenberg 1851) S. 30. Wenn ich das richtig auffasse, so heißt es: das Schreien des Kindes ist das geringste Lebenszeichen, ohne welches kein anderes Lebenszeichen genügt und als Beweis angenommen wird; neben welchem aber noch andere Lebenszeichen zur Verstärkung des Beweises dienen. Damit wird aber behauptet, daß nach dem Wortlaute des §. 13 das Schreien das einzige Kennzeichen des Lebens sei. Das aber widerspricht der Wortfügung, und das „schon" wäre bedeutungslos; denn wenn das Genügende (das Schreien) zugleich das Ausschließende sein sollte, so könnte es auf andere Lebenszeichen, auf stärkere oder unterstützende, dem Gesetzgeber durchaus nicht mehr angekommen sein. Das „schon" hat aber, wenn auch andere Lebenszeichen für sich allein, ohne die Stimme, ganz vollgültigen Beweis des Lebens sollen geben können, dennoch seine volle Bedeutung. Man darf nicht übersehen, daß die Bestimmung sich auf den Fall bezieht, wo das Kind gleich nach der Geburt stirbt; denn für länger lebende Kinder ist sie ganz überflüssig. Der kritische Zeitpunkt ist also ein solcher, wo die Mutter selbst noch Gegenstand der Behandlung ist und man dem Kinde noch nicht alle Aufmerksamkeit zuwendet. Schwerlich werden die Anwesenden in dem Augenblicke, wo das Kind von der Mutter getrennt wird, ihre Augen auf den Akt gerichtet haben, um beobachten zu können, ob das Kind seine Augen, Glieder bewege, oder es gar befühlen können, um sich von dem Herz- und Pulsschlage zu überzeugen. Fast niemals wird in diesem kritischen Zeitraume der Gegenstand dem Auge überhaupt bloß gelegt sein. In diesem Zeitabschnitte nun ist das Verlauten der Stimme ein höchst wichtiges Zeichen; allein es ist keineswegs ein sicherer, zuverlässiger Beweis, daß das Kind wirklich vollständig lebend geboren worden. Denn es kommt, wie die Erfahrung lehrt (Mende, Handb. der gerichtl. Medicin, Th. III, S. 103 ff.), vor, daß ein Kind schon während der Geburt seine Stimme vernehmen läßt. In solchem Falle würde dann, wenn das Kind vor der Vollendung der Geburt umkäme, kein lebendiges Kind geboren sein. Hier ist nun das „schon" von der höchsten Wichtigkeit: es schneidet jeden weiteren Streit in dieser Beziehung ab, wenn das Verlauten der Stimme glaubwürdig bezeugt worden ist. Dies ist zum Beweise einer lebenden Geburt weniger, als wenn die Zeugen noch andere Lebenszeichen nach dem Geburtsakte wahrgenommen haben.

16) Ein anderer Beweis als der Zeugenbeweis über dieses Lebenszeichen ist nicht zulässig; er muß vollständig geführt werden, denn es werden unverdächtige, anwesend gewesene Zeugen in der Mehrzahl, also wenigstens Zwei, gefordert.

16a) (3. A.) Wer hat das Loos zu ziehen? Sollen es die Geschwister selbst thun, so muß wohl die Zeit ihrer Handlungsfähigkeit abgewartet werden; drängt aber das Verhältniß zu einer früheren Entscheidung, so muß Jedem ein besonderer Kurator zu diesem wichtigen Akte bestellt werden, wiewohl dieses Auskunftsmittel zur Austragung des reinen Glücksspiels schlecht geeignet ist. Das Passendste wäre eine Gemeinschaft, bis eine vertragsmäßige Auseinandersetzung beliebt würde.

17) Das vierte Erforderniß einer wahren menschlichen Geburt ist die menschliche Natur des Geborenen (Anm. 14). Man schließt dieselbe aus der menschlichen Gestalt. Das wesentliche Kennzeichen derselben, die Grenze der Menschengestalt ist hier nicht angegeben. Auch die Röm. Juristen schweigen darüber. Bei einer anderen Gelegenheit, L. 44 pr. D. de relig. (XI, 7), wird gesagt: illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, id est caput, cujus imago fit, unde cognoscimur. Daher kommt die unter den Juristen allgemein verbreitete Ansicht, daß der menschliche Kopf dieses Merkzeichen, mithin jede Geburt mit einer anderen Kopfbildung eine Mißgeburt in dem im §. 17 gemeinten Sinne sei, weil ein solches Geschöpf der menschlichen Vernunft unfähig. Glück, Kommentar, Th. II, S. 73. Man will also a priori wissen, was kein Mensch einem Neugeborenen anzumerken vermag. Angenommen, es könnte von einem menschlichen Weibe ein Wesen mit einem

und bürgerliche [18]) Rechte keinen Anspruch.

§. 18. In sofern aber dergleichen Mißgeburten leben, müssen sie, nach §. 11, ernährt, und so viel als möglich, erhalten werden.

Der Zwitter.

§. 19. Wenn Zwitter geboren werden, so bestimmen die Eltern, zu welchem Geschlechte sie erzogen werden sollen.

§. 20. Jedoch steht einem solchen Menschen, nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, die Wahl frei, zu welchem Geschlechte er sich halten wolle.

§. 21. Nach dieser Wahl werden seine Rechte künftig beurtheilt [19]).

§. 22. Sind aber Rechte eines Dritten von dem Geschlechte des vermeintlichen Zwitters abhängig, so kann ersterer auf Untersuchung durch Sachverständige antragen.

§. 23. Der Befund der Sachverständigen entscheidet, auch gegen die Wahl [20]) des Zwitters und seiner Eltern.

Unterschied der Geschlechter.

§. 24. Die Rechte beider Geschlechter sind einander gleich, soweit nicht durch besondere Gesetze [21]) oder rechtsgültige Willenserklärungen, Ausnahmen bestimmt worden.

Unterschied des Alters.

§. 25. Wenn von den Rechten der Menschen, in Beziehung auf ihr Alter, die Rede ist, so heißen Kinder diejenigen, welche das siebente, und Unmündige, welche das vierzehnte [22]) Jahr noch nicht zurückgelegt haben.

§. 26. Die Minderjährigkeit dauert, ohne Unterschied des Ortes der Herkunft und des Standes [23]), bis das vier und zwangigste Jahr zurückgelegt ist [24]).

---

Schafsklopse geboren werden (die ganze Geschichte solcher Thiergestalten gehört in das Reich der Märchen) und würde geboren: so müßte dieses Wesen wegen des vorhergesehenen Mangels an menschlichem Geiste rechtsunfähig sein. Nun könnte es aber doch nicht unmöglich sein, daß dieses Wesen sich mit der Zeit zu einem tiefsinnigen Philosophen entwickelte. Sollte denn dieser rechtlos bleiben? Wo nicht, von wo sollte die Rechtsfähigkeit anfangen? Die ganze Lehre hat keinen Boden. Die Aerzte wollen davon auch nichts wissen; sie haben andere Merkmale von Mißgeburt. (Mende, Handbuch der gerichtl. Medicin, Th. III, S. 237 u. 322 ff.) Da nun das Gesetz weislich nicht über die Kennzeichen einer Mißgeburt bestimmt, so muß in jedem Falle das Urtheil der Physiologen (Aerzte) darüber entscheiden; niemals aber kann eventuell auf das R. R. zurückgegangen werden, schon darum, weil es die wahre Grenze der Menschengestalt nicht bestimmt, aus dem vernünftigen Grunde, weil dies nichts Juristisches ist.

18) Also nur bürgerlich rechtsunfähig bleiben sie; die „allgemeinen Rechte der Menschheit" des §. 10 verbleiben ihnen, wie der folgende §. 18 noch besonders ausspricht.

19) Deshalb ist die Wahl ein wichtiger Akt, wofür es billig eine Form geben sollte, durch welche dieselbe außer Zweifel gestellt würde. Wenn ein an seinen Geschlechtstheilen mißgestalteter Mensch bis heute Mannskleidung getragen hat und mit anderen Mannspersonen zugleich einen Schuldschein ausstellt, morgen aber Weiberkleider anlegt und sich für eine Frauensperson erklärt, muß da diese Wahl auf die von ihr als Mann unterschriebene Schuldverschreibung wirken? Keineswegs. In diesem Falle kommt der folgende §. 22 zur Anwendung. Die L. 10 D. de statu hom. (1, 5) will in allen Fällen nur auf den Befund gesehen wissen. Die eigene Wahl, unbeschadet der Rechte Dritter, ist dem L.R. eigenthümlich. Die Aerzte behaupten, daß es eine wahre Zwitterbildung nach Theorie und Erfahrung nicht gebe. Mende, Handbuch der gerichtlichen Medicin, Th. III, S. 330 ff.

20) Die einmal getroffene Wahl bleibt unabänderlich; denn der §. 21 verordnet, daß danach die eigenen Rechte, soweit nicht Dritte dabei interessiren und widersprechen, für alle Zukunft beurtheilt werden. Diese Absicht hatten auch die Redaktoren bei der Abfassung dieser Bestimmungen. Mat. Bd. 72, Fol. 1 V und Bd. 80, Abschr. Bd. 1, Fol. 88 V.

21) Nur besondere Gesetze können eine Verschiedenheit der Rechte nach dem Geschlechte begründen, der bloße Gebrauch des Maskulinum in einem Gesetze schließt dessen Anwendbarkeit auf das andere Geschlecht nicht aus. „Verbum hoc: si quis, tam masculos quam feminas complectitur," und „pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur." L. 1, 195 pr. D. de verb. sig. (L. 16). Die vielfachen Verschiedenheiten der männlichen und weiblichen Rechte, welche als Ausnahmen vorkommen, lassen sich nicht auf ein einziges allgemeines Prinzip zurückführen, sie beruhen auf verschiedenen Gründen, niemals aber auf Mißachtung oder Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts.

22) Die mit dem zurückgelegten vierzehnten Jahre eingetretene Mündigkeit ist eine eigenthümliche, beschränkte Geschäftsmündigkeit, z. B. Testamentsmündigkeit, Eidesmündigkeit u. dergl., wodurch der Minderjährige zu gewissen Geschäften fähig wird.

23) Dies ist die richtige Lesart. R. v. 29. Dez. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Die gewöhn-

Anh. §. 3 fällt weg[24a]).

2. Dekl. v. 24. Januar 1844 (G.S. S. 51):

Die Juden erlangen auch in denjenigen neu und wieder erworbenen Landestheilen, in welchen das A.L.R. Gesetzeskraft hat, aber weder das Ed. v. 11. März 1812, noch die vorläufige V. v. 1. Juni 1833 eingeführt ist, erst mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Lebensjahre die Volljährigkeit[25]).

Gesetz vom 1. März 1869 (G.S. S. 377):

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

7) die Deklaration über den Majorennitätstermin der Juden, vom 24. Januar 1844.

3. K.O. v. 10. Febr. 1825 (G.S. 15):

Der Soldat ist in Bezug auf seine freiwillige Entschließung, im stehenden Heere noch fortdienen zu wollen, schon vor dem 24. Jahre als großjährig zu betrachten und mithin die Zustimmung seiner Eltern und Vormünder hierzu nicht weiter erforderlich.

Unterschied der Seelenkräfte.

§. 27. Rasende und Wahnsinnige heißen diejenigen, welche des Gebrauchs ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind.

§. 28. Menschen, welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, ermangelt, werden blödsinnig genannt[26]).

---

liche, fehlerhafte Lesart ist: „ohne Unterschied des Ortes, der Herkunft und des Standes". Auch auf die Prinzen des königlichen Hauses findet die Vorschrift Anwendung. Pr. des Obertr. vom 4. Dez. 1806 (Mathis Bd. VIII, S. 109). Der König macht eine Ausnahme, er wird mit 18 Jahren großjährig. Aurea bulla cap. VII, §. 4; Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, Art. 54.

24) Diese Bestimmung ist durch eine besondere K.O. v. 5. Nov. 1790 vorgeschrieben. Sie gilt auch als Prinzipalrecht, mit Ausschließung aller Provinzialrechte, im Bereiche des A. L.R., nach einer nicht publicirten K.O. vom 23. Nov. 1808, wiederholt ausgesprochen in der V. vom 1. August 1817. (G.S. S. 201.) Die Geschichte, des §. 26 s. im Priv.R. Bd. I, §. 45, Note 1. Man beabsichtigt jetzt eine Verkürzung des Termins.

24a) (3. A.) Der §. setzte die Großjährigkeit der Juden mit dem vollendeten zwanzigsten Jahre fest, was die folg. Dekl. v. 24. Januar 1844 allgemein abändert.

25) Bestätigt durch das spätere Gesetz über die Verhältnisse der Juden, vom 23. Juli 1847, §. 1 (G.S. S. 263) und die Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, Art. 4 u. 12.

26) Man hat die krankhaften Seelenäußerungen nach verschiedenen Prinzipien eingetheilt, zuerst nach der Seelenthätigkeit, deren Aeußerung vorzugsweise fehlerhaft erscheint, dann, u. a., nach der Erscheinungsweise der krankhaften Seelenäußerungen an sich und nach ihrem Einflusse auf das Selbstbewußtsein und den vernünftigen Willen. Dieses Prinzip liegt der hier gemachten Unterscheidung zum Grunde. Darnach macht man drei Klassen. Die erste umfaßt die Krankheiten, bei denen alle Richtungen der Seelenthätigkeit niedergedrückt sind (Blödsinn); die zweite diejenigen, in welchen nur eine oder einzelne sich krankhaft äußern, dadurch aber auch die übrigen unfähig machen, das Bewußtsein und den vernünftigen Willen aufrecht zu erhalten (Wahnsinn); die dritte solche, bei welchen sich die Seelenthätigkeit in allen Richtungen überspannt und verworren äußert (Tollheit). Mende Th. VI, S. 138. Der Blödsinn tritt als Mangel oder Niedergedrücktsein der Seelenthätigkeit in allen Richtungen in die Erscheinung. Der daran Leidende ist unfähig, Begriffe zu bilden und folgerecht zu denken. Deshalb vermag er weder die Art, noch das Maß, noch die Wirkungen und Folgen seiner Handlungen zu beurtheilen. Ebd. S. 144. Darnach ist der Begriff des Blödsinnigen, welchen der §. 28 giebt, genau richtig. Anders ist es mit dem Wahnsinnigen. — Der Wahnsinn erscheint als Abweichung des Vorstellungsvermögens, oder der Urtheilskraft, oder beider zugleich. Die Seelenthätigkeit ist bei dem Wahnsinnigen gar nicht niedergedrückt, vielleicht sehr lebhaft, aber er denkt und urtheilt über Alles verkehrt. Die Ursachen davon sind Sinnentäuschungen (hallucinationes) und Ueberspannungen (ecstasiae). Diese Erscheinungen hindern den Kranken vernunftmäßig, d. h. normalmäßig im Sinne der großen Mehrheit, zu denken und zu urtheilen; dieses Vermögen geht ihm ganz ab. Die Begriffsbestimmung im §. 27 ist zutreffend. Mir sind Gutachten vorgekommen, worin die Aerzte mit den beiden Begriffen im §. 27 und 28 nicht haben fertig werden können; sie haben den Kranken wegen seiner verrückten Vorstellungen und Schlüsse ganz richtig für wahnsinnig gehalten, aber hinzugefügt, daß er eben deshalb auch die Folgen seiner Handlungen nicht überlegen könne (§. 28), so daß also ein Wahnsinniger, nach der Definition des L.R., auch immer blödsinnig sein müßte. Das beruht auf Mißverständniß. Der Wahnsinnige überlegt wohl seine Handlungen, aber nach seiner verrückten

§. 29. Rasende und Wahnsinnige werden, in Ansehung der von dem Unterschiede des Alters abhangenden Rechte, den Kindern, Blödsinnige aber den Unmündigen gleichgeachtet[27]).

§. 30. Verschwender sind, welche durch unbesonnene und unnütze Ausgaben oder durch muthwillige Vernachlässigung ihr Vermögen beträchtlich vermindern[27a]), oder sich in Schulden stecken[28]).

---

Vorstellung oder Beurtheilung; bei dem Blödsinnigen hingegen ruht die Seelenthätigkeit, nach dem Grade der Krankheit, mehr oder weniger. Ein Urtheil, welches eine Person für wahnsinnig und zugleich für blödsinnig erklärte, wäre widersinnig, der Betroffene könnte nur für wahnsinnig gelten. — Der Wahnsinn ist nach seinem Verlaufe entweder anhaltend oder periodisch, und nach seiner Erscheinungsweise entweder allgemein oder beschränkt (theilweise, fix); jede dieser verschiedenen Arten nimmt dem Kranken in der Zeit oder in dem Bereiche seiner Wirksamkeit, den Gebrauch der Vernunft ganz. Dies ist der Sinn des §. 27. (4. A. Demgemäß muß auch ein nur partiell Wahnsinniger für wahnsinnig erklärt und bevormundet werden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 27. Februar 1860. Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 286.) Außerdem will die ärztliche Wissenschaft einen wesentlichen Unterschied zwischen dem allgemeinen und theilweisen Wahnsinne (nicht zu verwechseln mit dem anhaltenden und periodischen) nicht gelten lassen. Mende S. 152. — Die Tollheit zeigt sich als Regellosigkeit und Verwirrung in allen Aeußerungen der Seelenthätigkeit, entweder in der Form der Willenlosigkeit, bei völliger Unklarheit der Vorstellungen und Unbestimmtheit aller Empfindungen (stille Tollheit), oder als Uebermaß des Willens ohne alle vernünftige Bestimmung und Richtung desselben, bald in Unstätigkeit, sinnloser Geschwätzigkeit, Lachen und Weinen ohne Ursache (Faselei), bald in wildem Toben ꝛc. (Raserei). Mende S. 140, 164 ff. Nur der letzten Krankheitsform geschieht im §. 27 Erwähnung, die übrigen Arten der Tollheit zählen zum Wahnsinne. Das ist auch gleichgültig, denn alle diese krankhaften Aeußerungen der Seelenthätigkeit haben das Gemeinsame, daß dabei der Leidende ganz vernunftlos ist. — Von der Vernunftlosigkeit unterscheidet man zwar die bloße Dummheit und die bloße Geistesschwäche, doch gehen diese Zustände in ihrem höchsten Grade unmerklich in Stumpfsinn (ein niederer Grad des Blödsinnes) über.

27) Nach R. R. unterliegen alle diese krankhaften Seelenzustände einer gleichen juristischen Beurtheilung (L. 25 C. de nupt. V, 4). Die Rechtfertigung dafür ist die, allen Seelenkrankheiten gemeinsame, Wirkung, daß dem Leidenden beziehungsweise oder gänzlich das Vermögen fehlt, sich nach Vernunftgründen zu bestimmen und vernünftig zu denken, zu wollen und zu handeln. Dergleichen Geisteskranke sind völlig rechtsfähig, aber handlungsunfähig. (§ 8 J. de inutil. stipul. III, 19; L. 40. L. 5 D. de reg. jur. L, 17.) Hierin findet sich völlige Uebereinstimmung des L.R. mit dem R. R. Nur die im §. 29 angedeutete Abstufung der Handlungsunfähigkeit ist beliebt worden. Sie hat keinen inneren Grund und eine nur geringe praktische Bedeutung. Alle Geisteskranken sind unfähig, in Rechtsverhältnisse zu treten, wozu ihre eigene Willenserklärung erforderlich ist, wie z. B. Ehe, Adoption, denn sie haben gar keinen Willen. Die schon bestehenden Verhältnisse dieser Art bleiben selbstverständlich unberührt durch den Eintritt solcher Krankheit. Vergl. L. 8 pr. D. de his qui sui vel alieni juris (I, 6).

27a) (4. A.) Eine Verminderung des angefallenen Vermögens ist es auch, wenn der ohne Zuthun des Provokaten entstandene Mehrwerth durch Aufnahme von Schulden wieder absorbirt worden. Erk. des Obertr. vom 11. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 24).

28) Der gemeine Sprachgebrauch bezeichnet den Fehler, welcher der Kargheit entgegensteht — das Uebermaß im Geben — als Verschwendung. Dieser Begriff ist unbrauchbar für den juristischen Gebrauch. Ein sehr reicher Mann kann alle seine ungeheueren Einkünfte durch Luxus, Schwelgerei, Spiel, Freigebigkeit verschwenden, er wird dadurch keinem das Recht geben, ihn in seiner Verfügung über das Seine einzuschränken; denn er hat ja keine Verbindlichkeit, Reichthümer für Andere zu häufen. Wer aber durch dergleichen Verbrauch die Besorgniß begründet, daß er das Seine erschöpfen und zuletzt Anderen zur Last fallen könnte, der berechtigt die Gesellschaft, ihm Grenzen zu setzen. Damit sind die Merkmale des Begriffs der Verschwendung im juristischen Sinne gegeben, welche der §. 30 andeutet. Das Vermögen muß 1. vermindert, und 2. beträchtlich vermindert werden. Um dies darzulegen, muß man den Vermögenszustand von zwei verschiedenen Zeitpunkten vergleichen. Dazu sind zwei Vermögensübersichten aus verschiedenen Zeiten erforderlich. Die daraus ersichtliche Verminderung muß im Verhältnisse zu dem früheren Bestande bedeutend sein. Darüber entscheidet das richterliche Ermessen. Die Verminderung darf nicht durch mißlungene Wirthschaftsanlagen, verunglückte Unternehmungen, Verluste im Verkehre entstanden sein, vielmehr muß die Ursache davon sein: 1. unbesonnene und zugleich unnütze Ausgaben, wozu auch Spiel, Wetten und unentgeltliche Veräußerungen und Verschleuderungen weit unter dem Werthe gehören; 2. muthwillige Vernachlässigung der Wirthschaft und Verwaltung, etwa aus Faulheit, Liederlichkeit, Trunksucht; 3. Verschuldung zu unnützen Zwecken oder durch fortgesetzte Beschädigungen Anderer, durch Prozeß-

§. 31. Diejenigen, welche als Verschwender gerichtlich erklärt sind, werden den Minderjährigen[29]) gleich geachtet.

§. 32. Diejenigen, welche wegen noch nicht erlangter Volljährigkeit, oder wegen eines Mangels an Seelenkräften, ihre Angelegenheiten nicht selbst gehörig wahrnehmen können (§§. 25—31), stehen unter der besonderen Aufsicht und Vorsorge des Staats[30]). Vormünder und Pflegebefohlene.

§. 33. Der, welchem der Staat die Sorge für die Angelegenheiten solcher Personen aufgetragen hat, wird Vormund[31]) genannt.

§. 34. Wer einmal gelebt hat, dessen Tod muß bewiesen werden[32]), wenn Leben und Tod.

---

sucht u. s. w. Diese Ursachen können einzeln und zusammen wirken. — Das R. R. ist zum Schutze der persönlichen Freiheit noch strenger: es fordert zur Interdiktion unsinnige oder leichtfertige Vergeudung der ererbten Güter. Die Formel lautet: „Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico." Paulus III, 4, §. 7. — Eine Ehefrau ohne vorbehaltenes Vermögen kann in den Fall nicht kommen, pro prodiga erklärt zu werden, weil die Voraussetzungen wegen der ihr schon durch das Recht des Ehemannes entzogenen Verwaltung und Verfügung bei ihr nicht eintreten können.

29) Nach G. R. wird meistens angenommen, der Verschwender stehe dem Vernunftlosen gleich, wegen der Allgemeinheit der L. 40 D. de reg. juris: „furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est." Doch hat diese Stelle ihre besondere Beziehung (Gothofred., Com. in L. 40 cit., und v. Savigny III, S. 88, Note p), und nach anderen Stellen ist er dem impubes pubertati proximus gleichzustellen, was wegen der Verpflichtungen aus Delikten wichtig ist. Hierin trifft der §. 31 das Rechte. — (5. A.) Sowohl nach Gemeinem Rechte als nach dem A. L. R. tritt für diejenigen, welche als Verschwender sich darstellen, die Verminderung ihrer Handlungsfähigkeit dann ein, wenn durch ein obrigkeitliches Dekret, resp. durch ein Erkenntniß oder ein Reskript ihnen bonis interdizirt ist, sie für Verschwender erklärt worden sind. Diese Wirkung ist somit einem obrigkeitlichen Ausspruch zuzuschreiben, und dieser Ausspruch gehört demnach dem öffentlichen Rechte an, daher ein Verzicht auf die Handlungsfähigkeit eines Menschen wie über ein Vermögensrecht, zwischen Privatpersonen nicht stattfindet. Vergl. Anm. 19a zu §. 18, Tit. 38 der Proz.-Ordnung. Erk. des Obertr. vom 31. März 1864 (Archiv f. Rechtsfälle Bd. LIII, S. 223).

30) Die Vormundschaft ist nach diesem Prinzipe kein Familienrecht, sondern ein Institut des Staatsrechts, wonach sie auch in der äußeren Anordnung des L. R. ihre Stelle in II, 18 erhalten hat. Das Prinzip ist unverträglich mit den modernen Ansichten über Selbstregierung und Verwaltung der Gemeinden und Familienangelegenheiten, und wird sich — wenn diese Ansichten verwirklicht werden, was sich bezweifeln läßt — wohl allmählich verlieren, wenn nicht überhaupt eine Umschmelzung der Gesetzgebung erfolgen sollte.

31) Dies ist folgerecht; der wesentliche Unterschied zwischen Tutel und Kuratel war schon im Justinianischen Rechte nicht mehr vorhanden, viel weniger ist er es im heutigen Rechte.

32) Wiederholt in I, 12, §. 212. Der natürliche Tod ist die Grenze der natürlichen Rechtsfähigkeit. Er muß, wie jede Thatsache, aus welcher Jemand für sich Vortheile oder Rechte herleitet, bewiesen werden. Hauptsächlich dienen zum vollständigen Beweise die Kirchenbücher und die von den Gerichten über die aus der Staatskirche ausgeschiedenen Glaubensgenossen und über die Juden geführten Civilstandsregister, und die daraus von den kompetenten Beamten ertheilten Extrakte (Pr.O. 10, §. 128; V. v. 30. März 1847, G.S. S. 125; G. v. 23. Juli 1847, G.S. S. 263 ff.; Minist.-Instr. v. 29. Juli 1847, J.M.Bl. S. 233). Diesen Attesten oder Extrakten gleichgestellt sind die von Lazarethbeamten auf Grund vorschriftsmäßig geführter Register ausgestellten Todtenscheine (K.O. vom 11. Juli 1833, G.S. S. 289), und hinsichtlich derjenigen, welche an dem Kriege in Rußland von 1812 Theil genommen haben, die sog. Meyer'schen Listen (G. v. 22. Mai 1822, §. 1, G.S. S. 148). Auch stehen ihnen gleich die Atteste der Gerichte über Hingerichtete und Verunglückte, deren Person durch Untersuchung der Todesart festgestellt worden ist. Ist dergleichen Attest nicht zu erreichen, so genügt der Zeugenbeweis durch zwei klassische Augenzeugen und in deren Ermangelung die Aufzeichnung verstorbener Eltern (Pr.-O. 10, §. 162). Große Schwierigkeit hat der Beweis in Folge von Kriegen und bei Verschollenen, d. h. solchen Abwesenden, von deren Leben in ihrem letzten bekannten Wohnorte keine Nachricht eingegangen ist. Das R. R. giebt darüber keine Bestimmungen und der gemeine Gerichtsgebrauch hat nur über die Verschollenen den Spruch aus Ps. 90, 10: unser Leben währet 70 Jahre, allgemein eingeführt. Das L. R. hat für diese verschiedenen Fälle in den folgenden §§. besondere Regeln vorgeschrieben, welche durch neuere Gesetzgebung noch weiter ausgeführt worden sind.

(4. A.) Der Richter, welcher, ohne die Parteien hierüber zu hören, annimmt, daß Jemand noch lebe, und deshalb den Kläger abweist, verletzt eine wesentliche Prozeßvorschrift. Erk. des Obertr. vom 28. April 1856 (Archiv f. Rechtsfälle, Bd. XXI, S. 145).

über ſchon erworbene Sachen und Rechte deſſelben, als eines Verſtorbenen, verfügt werden ſoll[32a]).

4. Verſ.-Urk. v. 31. Januar 1850.

Art. 10. Der bürgerliche Tod findet nicht ſtatt[33]).

§. 35. Zum Beweiſe des Todes iſt hinreichend, wenn Jemand im Kriege eine ſchwere Wunde erhalten hat[34]), und innerhalb eines Jahres, nach geſchloſſenem Frieden, von ſeinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht eingegangen iſt[35]).

Anh. §. 4. Wenn ein Soldat im Kriege eine ſchwere Wunde erhalten hat und innerhalb eines Jahres nach geſchloſſenem Frieden von ſeinem Leben und Aufenthalte keine Nachricht eingegangen iſt, ſo ſollen die Kriegsgerichte einen ſolchen Menſchen für keinen Deſerteur annehmen, vielmehr denſelben von der Anklage der Deſertion freiſprechen, und ohne Ertheilung eines beſondern Todtenſcheins die weitere Verfügung, in Anſehung ſeines Vermögens, den Civilgerichten überlaſſen.

5. G. v. 22. Mai 1822, betr. die Todeserklärung der aus den Kriegen von 1806 bis 1815 nicht zurückgekehrten Militärperſonen. (G.S. S. 148.)

§. 1. Den von dem ehemaligen königl. hannöv. Lieutenant Meyer eingeſammelten Nachrichten über die aus dem Feldzuge vom Jahre 1812 im ruſſiſchen Reiche zurückgebliebenen oder ſonſt in ruſſiſche Gefangenſchaft gerathenen Militärperſonen, und den von ihm daraus angefertigten Liſten, von welchen die Urſchrift im Miniſterium des Innern verwahrt wird, und getreue Abſchriften bei ſämmtlichen Obergerichten, bei mehreren in den Provinzial-Amtsblättern bekannt zu machenden Untergerichten und bei den Landgerichten des Großherzogthums Poſen und der Rheinprovinzen jedem Betheiligten zur Einſicht offen liegen, wird die Kraft eines vollſtändigen Beweiſes beigelegt, dergeſtalt, daß der darin bezeugte Tod eines Vermißten für erwieſen zu erachten iſt, und es behufs der Todeserklärung keines weiteren Verfahrens, ſondern nur der Ertheilung eines Todtenſcheines ſeitens der Gerichte, bei denen die Meyer'ſchen Liſten niedergelegt ſind, bedarf.

§. 2. Iſt in dieſen Liſten nicht der Tag des Todes, ſondern nur das Jahr allein angegeben, ſo iſt der 31. Dezember des angegebenen Jahres als Todestag anzunehmen; iſt außer dem Jahre auch der Monat angegeben, ſo gilt der letzte Tag dieſes Monats für den Todestag. Geht aber daraus keine Zeit des Todes hervor, ſo ſoll der 31. Dezember 1814 als der Todestag angenommen werden.

Es iſt jedoch hierbei überall die in Rußland übliche Zeitrechnung zu verſtehen und darnach der Todestag zu berechnen, da ſolche in den Meyer'ſchen Nachrichten zum Grunde gelegt worden.

§. 3. Iſt anderweitig aber der wirklich erfolgte Tod einer aus den erwähnten Kriegen nicht zurückgekehrten Militärperſon durch einen über alle Einwendung erhabenen Zeugen, auf den Grund eigener Wahrnehmung bekundet, ſo ſoll der Beweis dieſes Todes für vollſtändig geführt erachtet werden, wenn derjenige[36]), welcher bei der Beweisführung das nächſte Intereſſe hat, dieſe Beſcheinigung noch durch einen Eid dahin:

---

32a) Alſo wenn es ſich um die Succeſſion in das Vermögen dieſes Menſchen handelt.

33) Hierdurch iſt die im Kirchenrechte für Mönche und Nonnen geltende Ausnahme (II, 11, §§. 1199 ff.) nicht aufgehoben. Die Rechtsfähigkeit dieſer Perſonen ruht bis zum Austritte aus dem Orden. §. 1179 a. a. O. Zu vergl. Anm. 11 zu §. 12, Tit. 1, Th. II.

34) Das muß vollſtändig, durch klaſſiſche Augenzeugen, bewieſen werden. Die erforderliche Beſchaffenheit der Wunde wird in vielen Fällen nur durch Gutachten eines Kunſtverſtändigen überzeugend feſtzuſtellen ſein, nachdem die Zeugen ihre ſinnliche Wahrnehmung bekundet haben. Bleibt der Beweis mangelhaft, ſo muß das Todeserklärungsverfahren eintreten.

35) Dieſer Mangel an Nachricht iſt durch den Eid des nächſten oder der mehreren gleich nahen Intereſſenten, in der im folgenden Geſ. v. 22. Mai 1822, §. 3 vorgeſchriebenen Norm, in welcher der Friedenstermin nach der Wirklichkeit des Falles abzuändern iſt, feſtzuſtellen. Das Gericht ertheilt dann auf Grund des gelungenen Beweiſes einen Todtenſchein. §. 3 a. E. ebenda.

36) Sind mehrere gleich nahe Intereſſenten vorhanden, ſo müſſen ſie alle ſchwören. Für die Eidesunmündigen leiſten die juriſtiſchen Stellvertreter den Eid in unveränderter Norm, de veritate, denn es kommt auf die ihnen ſelbſt etwa zugegangene Nachricht gleichfalls an.

daß er von dem Abwesenden und dessen Leben und Aufenthalt seit dessen Verschwinden, oder wenigstens seit dem 20. November 1815, keine Nachricht erhalten habe,

bestätigt.

In diesem Falle, wie in dem Falle des in Kraft bleibenden §. 35, Th. I, Tit. 1 des A. L. R., bedarf es ebenfalls keines Verfahrens behufs der Todeserklärung, sondern nur der Ertheilung eines Todtenscheines, seitens des Gerichts, auf den Grund des aufgenommenen Beweises.

§. 4. Fällt weg, in Folge G. v. 2. Aug. 1828, sub 6.

§. 5. Was vorstehend §§. 1—4 von Militärpersonen überhaupt verordnet ist, das gilt nicht nur von Ober- und Unteroffizieren und gemeinen Soldaten, sondern auch von Kriegsbeamten, Knechten, Schanz- und anderen Arbeitern, ingleichen von dem Gesinde des Militärs, und von allen solchen Personen, welche dem Lager und der Armee folgen müssen[37]).

§. 6. Die Bestimmungen der §§. 1 und 2 des gegenwärtigen Gesetzes, ingleichen der §. 5 desselben, in so weit er sich auf die §§. 1 u. 2 bezieht, sollen übrigens in sämmtlichen Provinzen und Landestheilen der Monarchie, ohne Ausnahme, zur Anwendung kommen.

6. G. vom 2. August 1828, zur Erleichterung der Todeserklärung der aus den Kriegen von 1806 bis 1815 nicht zurückgekehrten Personen (G. S. S. 93), s. in der Proz.-O. Tit. 37, Zus. 2.

6a. Gesetz, betreffend die Todeserklärung von Personen, welche an den in den Jahren 1864 und 1866 geführten Kriegen Theil genommen haben[37a]). Vom 24. Februar 1868 (G. S. S. 193).

Wir ꝛc. verordnen, mit Zustimmung beider Häuser des Landtages, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, mit Einschluß der Jadegebiete, was folgt:

§. 1. Diejenigen, welche an einem der von Preußen in den Jahren 1864 und 1866 geführten Kriege Theil genommen haben, können, ohne daß es eines weiteren Zeitablaufes bedarf, für todt erklärt werden, wenn sie in dem betreffenden Kriege vermißt worden sind und seit dem Friedensschluß von ihrem Leben eine Nachricht nicht eingegangen ist.

Es macht keinen Unterschied, ob der Vermißte auf Seiten der Preußischen Truppen oder auf Seiten der Truppen eines anderen Staates an dem Kriege Theil genommen hat.

§. 2. Für die Todeserklärung ist das Gericht zuständig, bei welchem der Vermißte während des Krieges zuletzt seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat oder gehabt haben würde, wenn die gegenwärtige Gerichtsverfassung bereits bestanden hätte.

§. 3. Der Nachweis, daß der Vermißte an dem Kriege Theil genommen hat, daß er in demselben vermißt worden und seit dem Friedensschluß von seinem Leben eine Nachricht nicht eingegangen

---

37) Gleichviel, ob sie „zu Unserem oder zu anderen Heeren gehörig gewesen". Einl. dieses Gesetzes.

37a) (5. A.) Die Motive zu diesem Gesetze erwägen, daß die größtmöglichste Erleichterung für die Todeserklärung gewährt werden müsse, da namentlich mit Rücksicht auf die Art, wie die Kriege geführt und die Kriegsgefangenen behandelt worden sind, sowie mit Rücksicht auf die Landestheile, die der Kriegsschauplatz gewesen sind, mit Sicherheit anzunehmen ist, daß die bis jetzt nicht zurückgekehrten Personen entschieden wirklich verstorben seien. Da aber diese Verhältnisse in jedem Kriege verschieden sein können, hat die Regierung es für angezeigt gehalten, nicht ein allgemein geltendes, sondern nur ein Special-Gesetz für diese beiden Kriege zu erlassen. Die Nothwendigkeit eines solchen Gesetzes ist nach jedem Kriege anerkannt worden und folgt auch im vorliegenden Falle daraus, daß trotz der Sorgfalt, die in den beiden letzten Kriegen auf die Feststellung der Todesfälle verwendet worden ist, doch nach den amtlichen Ermittelungen noch 1028 Fälle vorliegen, in denen der Nachweis des Todes nicht erbracht werden kann. Das Gesetz vermeidet es im Uebrigen, mit den Folgen der Todeserklärungen z. B. durch Bestimmungen über die Rechte des Vermißten, wenn derselbe nach der Todeserklärung zurückkehrt, über die Zulässigkeit des Beweises, daß der Tod früher oder später eingetreten sei u. s. w., sich weiter zu befassen. In dieser Beziehung soll es bei den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen bewenden. Ein Gleiches gilt von der Frage, welche Personen die Todeserklärungen auszubringen befugt seien, ferner ob und mit welchen Rechtsmitteln das auf Todeserklärung lautende Urtheil anzufechten sei. Das Gesetz soll sich auch auf die neu inkorporirten Landestheile erstrecken, ganz gleich, ob die betreffenden Kontingente in der preußischen oder einer anderen Armee mitgefochten haben.

ist, kann auf jede, nach den allgemeinen Gesetzen zulässige Art, insbesondere auch durch schriftliche, auf Grund amtlicher Nachrichten ausgestellte Zeugnisse einer Militär- oder Civilbehörde geführt werden.

§. 4. Hinsichtlich des Beweises, daß seit dem Friedensschluß von dem Leben des Vermißten eine Nachricht nicht eingegangen ist, hat der Extrahent der Todeserklärung außerdem eidlich zu bekräftigen, daß er von dem Leben des Vermißten keine Nachrichten, beziehungsweise keine andern als die angezeigten Nachrichten erhalten habe.

§. 5. Auf Grund der geführten Beweise (§§. 3 und 4) hat das Gericht die Todeserklärung des Vermißten durch Erkenntniß auszusprechen, ohne daß es einer öffentlichen Vorladung desselben und sonstiger Förmlichkeiten des Verfahrens bedarf.

§. 6. Für das Verfahren einschließlich des Erkenntnisses kommen Gerichtsgebühren und Stempel nicht zum Ansatz.

§. 7. Ist der Vermißte durch Erkenntniß für todt erklärt, so gilt als sein Todestag:

1) wenn er in dem Kriege von 1864 vermißt worden ist, der letzte December des Jahres 1864;
2) wenn er in dem Kriege von 1866 vermißt worden ist, der letzte December des Jahres 1866.

In dem Erkenntniß, durch welches die Todeserklärung ausgesprochen wird, ist der als der Todestag anzusehende Tag ausdrücklich anzugeben.

§. 8. Im Bezirk des Appellations-Gerichtshofes zu Köln wird das die Todeserklärung aussprechende Erkenntniß in öffentlicher Sitzung verkündet. Der Tag der Verkündigung wird als der Tag der definitiven Einweisung der Erben in den Besitz des Nachlasses des Vermißten angesehen. Die Erbfolge regelt sich jedoch nach dem in dem Erkenntnisse (§. 7) angegebenen Tage.

Der Ehegatte des Vermißten ist befugt, auf Grund des Erkenntnisses die Trennung der Ehe durch den Beamten des Civilstandes aussprechen zu lassen.

§. 9. Den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen nicht allein die zum fechtenden Stande gehörigen Militärpersonen, sondern auch alle diejenigen, welche in einem Amts- oder Dienstverhältniß bei den Truppen sich befunden haben.

## §. 36. Fällt weg[37b]).

7. G. betr. die Todeserklärung in See gegangener verschollener Personen[37c]). Vom 24. Februar 1851. (G.S. S. 23.)

§. 1. Der Tod eines Menschen wird als erwiesen angenommen, wenn das Fahrzeug, auf welchem derselbe sich befand, untergegangen und Ein Jahr nachher verflossen ist, ohne daß von seinem Leben und Aufenthalte Nachrichten eingegangen sind[38]).

---

37b) (3. A.) Der §. 36 lautet: Ein Gleiches findet statt, wenn das Schiff, auf welchem ein Mensch sich befand, untergegangen ist und 3 Jahre nachher verflossen sind, ohne daß etwas von seinem Leben und Aufenthalte bekannt geworden wäre.

37c) (5. A.) Dieses Gesetz gilt nach den Eingangsworten auch für die Landestheile, in welchen das Gemeine Deutsche Recht Gesetzeskraft hat.

38) Dies ist wesentlich der Inhalt des weggefallenen §. 36, welcher den Tod für erwiesen annahm, wenn das Schiff, auf welchem der Mensch sich befand, untergegangen, und 3 J. (jetzt 1 J.) keine Nachricht eingegangen war. Die Praxis war dann dieselbe wie im Falle des §. 35, in Anwendung der V. v. 22. Mai 1822, §. 3 (Zus. 5). Das Gericht ertheilte auf den vollständigen Beweis des Unterganges und Ableistung des Eides, daß keine Nachricht eingegangen, den Todtenschein. Vergl. R. v. 17. Septbr. 1832 (Jahrb. Bd. XL, S. 155). Da auch die neue Vorschrift den Tod selbst durch den Untergang für bewiesen erklärt, so muß, wenn glaubwürdige Augenzeugen den Untergang, und daß der Mensch auf dem untergegangenen Schiffe sich befunden, bekunden, noch jetzt nach dieser Vorschrift der Todtenschein ertheilt werden, nachdem der Eid geleistet worden: daß der Schwörende von dem Leben und Aufenthalte des Verschollenen keine anderen als die angezeigten Nachrichten erhalten habe. §. 4 d. G. Mangelt aber der direkte vollständige Beweis, und wird ein indirekter Beweis aufgenommen, so soll eine Todeserklärung nach den weiteren Vorschriften §§. 2—6 dies. G. (s. Pr.-O. Tit. 37, Zus. 3) erfolgen. Der Unterschied ist wichtig. In dem ersten Falle ist der Tag des Unterganges der Todestag, und im anderen Falle ist es der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses. Die Fassung des Gesetzes ist jedoch so, daß sich darüber streiten läßt: ob es diese zwei Fälle unterscheidet, und ob es nicht vielmehr in jedem Falle ein Todeserklärungsurtel fordert. Zu dieser Auslegung paßt aber der Wortlaut des §. 1 nicht; denn wenn der Tod selbst erwiesen ist, bedarf es keiner Todeserklärung.

§. 37. Außer diesen Fällen kann ein Mensch, der einmal gelebt hat, und dessen Tod nicht erwiesen werden kann, nur nach Ablauf der im Gesetze näher bestimmten Fristen, durch richterlichen Ausspruch für todt erklärt werden. (Th. II, Tit. 18, Abschn. 8.)

§. 38. Kommt es aber darauf an, ob Jemand einen gewissen Erb- oder andern Anfall noch erlebt habe, so wird vermuthet[39]), daß ein Mensch, von dessen Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten ist, nur siebenzig Jahre[40]) alt geworden sei[40a]).

---

39) Der Tod eines Menschen, der einmal gelebt hat, muß entweder bewiesen werden, oder es müssen Umstände vorhanden sein, auf welche die Gesetze die Vermuthung des Todes gründen. Ist weder das eine noch das andere der Fall, so versteht sich rechtlich von selbst, daß der Mensch für lebend gilt. Das drückt das Obertr., welches schon früher in den Entsch. Bd. XII, S. 180 den Satz angewendet hat, in seinem Pr. vom 6. April 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 91) so aus: „Es wird vermuthet, nicht nur, daß ein Verschollener nach vollendetem siebenzigsten Jahre nicht mehr gelebt, sondern auch, daß er bis zu diesem Zeitpunkte gelebt habe, namentlich auch dann, wenn es sich um den Anfall der Erbschaft an den Verstorbenen handelt." Dies ist so, als wenn man sagte: es wird vermuthet, nicht nur, daß eine Schuld nach vollendeter Verjährung nicht mehr bestehe, sondern auch, daß sie bis zu diesem Zeitpunkte bestanden habe. Mit der Idee ist nichts gewonnen; sie ist für das pr. Recht entbehrlich. Anders freilich nach gemeinem Rechte. Denn unter den gemeinrechtlichen Juristen ist über den Werth der Vermuthung: daß der Mensch 70 J. alt werde, Streit, wenn davon die Rede ist, daß für ihn eine Erwerbung in Anspruch genommen wird, namentlich eine Erbschaft, welche positiv voraussetzt, daß der Anfall erlebt worden sei. Und der hiergegen von Vielen neuerdings wiederholte Widerspruch (Cropp, jurist. Abhandlungen, Bd. II, Nr. V; Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. IV, S. 360; Runde, oldenburger Archiv, Bd. II, S. 106 ff. u. v. A.) hat nach G. R. guten Grund, er ist keineswegs, wie das Obertr. S. 92 a. a. O. bemerkt, erst in neuerer Zeit erhoben, sondern er ist so alt wie die Präsumtion selbst. Denn allgemein anerkannt ist dieselbe nur bei der Frage: wann die zurückgebliebenen Vermögensstücke eines Verschollenen, wegen vermuthlichen Ablebens desselben, seinem Erben zu überlassen seien. Dagegen war man in dem Falle, wo nicht der Erbe sich auf den Tod des Erblassers stützte, um die Erbschaft in Besitz zu nehmen, sondern wo Jemand sich auf die Fortdauer des Lebens eines Abwesenden berief, um einen Anspruch an die Verlassenschaft eines Anderen für ihn zu machen, nicht einig. Viele behaupteten den Satz: qui in absentis vita se fundat, eam probare necesse habet, u. A. Wesenbec ad tit. D. de probat., n. 6; Richter, Decis. 66, n. 26. Andere meinten das Gegentheil. Leyser, Sp. 95, m. 24. Eben so widersprechend sind hierin die neuen Gesetzgebungen. Der Code civil Art. 136 läßt Abwesende, deren Leben bestritten und nicht bewiesen ist, nicht zur Erbschaft. Das A. L.R. hat die Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden, und es bedarf nunmehr, nachdem die Beweislast gesetzlich regulirt worden ist, der Präsumtion „in jener zweischneidigen Weise" nicht. Der unbestrittene Rechtsgrundsatz: der Tod eines Menschen, der einmal gelebt hat, muß bewiesen werden, mit seinen fest bestimmten Ausnahmen, ganz allein ist entscheidend und genügend. Die eine Ausnahme ist eben das 70jährige Alter eines Abwesenden.

Der Stand des pr. Rechts hinsichtlich dieser Vermuthung ist ein ganz anderer als der des G. R. Von derselben wird da, wo sie im G. R. hauptsächlich wirksam ist, nämlich bei der Succession in die Verlassenschaft des Verschollenen, im pr. R. gerade gar keine Anwendung gemacht; denn in diesem Falle muß jedesmal der Tod bewiesen, oder der Abwesende für todt erklärt werden, wenn er auch schon 70 Jahre alt geworden. §§. 34—37 d. T. und II, 18, §. 830. In dem Falle aber, wo die Anwendung im G. R. streitig ist, da findet sie statt, und zwar ausschließlich in der Weise, daß die Todeserklärung nicht nur nicht nöthig ist, sondern, wenn sie etwa stattgefunden hätte, keine Wirkung hat und dem dritten Interessenten unnachtheilig bleibt. Wird also eine Erbschaft eröffnet, welche einem Abwesenden anfallen würde, wenn er noch lebte, so wird bloß gefragt: ob er schon 70 Jahre alt sein müßte, oder nicht. Würde er noch nicht 70 Jahre alt sein, so ist er Erbe geworden, wenn er auch schon vorher für todt erklärt worden wäre; denn die Todeserklärung bezweckt nur die Beendigung der Abwesenheitskuratel und der Vermögensverwaltung. Jene präsumtive Lebensdauer kann weder durch eine spätere Todeserklärung verlängert (II, 2, §§. 452, 453), noch durch eine frühere abgekürzt werden. -Anh. z. A. G.O. §. 270. Der Beweis der Wirklichkeit aber beseitigt alle Präsumtionen auch hier. Anh. §. 270 a. a. O. Vergl. A. L.R. II, 18. §§. 842 ff. (5. A.) Es kann also auch, wie das Obertr. ganz richtig sagt, bewiesen werden, daß der Verschollene nicht 70 Jahre alt geworden, sondern schon früher verstorben ist. Erk. vom 13. März 1865 (Entsch. Bd. LV, S. 208).

Auf Altentheils-Hebungen wird von der Vermuthung nicht Anwendung gemacht. M. s. unten, Anm. 41 zu §. 602, Tit. 11.

40) Unter den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern wollten Viele (u. A. Voet, Comment., XXXVIII, 17, §. 16 l. f.; Faber, Cod. defin., V, 40, def. 4; Finkelthaus, Observat., 100), nach Analogie der L. 56 D. de usufr. und L. 23 C. de SS. eccles., 100 Jahre abgewartet wissen; die Gerichtspraxis hat sich aber mit der Zeit allgemein für den Ps. 90, 10 entschieden. Diese findet sich

§. 39. Wenn zwei oder mehrere Menschen ihr Leben in einem gemeinsamen Unglücke, oder sonst dergestalt zu gleicher Zeit verloren haben, daß nicht ausgemittelt werden kann, welcher zuerst verstorben sei, so soll angenommen werden, daß keiner den Andern überlebt habe[41]).

Eltern und Kinder.

§. 40. Wenn von Familienverhältnissen die Rede ist[42]), so werden unter Eltern und Kindern die Verwandten in auf- und absteigender Linie, ohne Unterschied des Grades, verstanden.

§. 41. So lange Eltern oder Kinder des ersten Grades leben, werden, in der Regel, unter dergleichen Benennung die Großeltern und Enkel nicht mitbegriffen.

Blutsverwandtschaft.

§. 42. Personen, welche gemeinschaftliche Stammeltern[43]) haben, heißen Blutsverwandte[44]).

Schwägerschaft.

§. 43. Die Verbindung, welche durch Heirath zwischen dem einen Ehegatten, und den Blutsverwandten des andern entsteht, heißt Schwägerschaft[45]).

Stiefverbindungen.

§. 44. Stiefverbindungen bestehen, im Sinne des Gesetzes[46]), nur zwischen einem Ehegatten, und den aus einer sonstigen Ehe[46a]) erzeugten Kindern des Andern.

---

denn hier bestätigt. Die Gesetzgebung hat dabei jedoch eine Lücke gelassen. Was soll angenommen werden, wenn der Abwesende schon 70 Jahre alt war, als er vermißt wurde? Gemeinrechtlich pflegt man dann die Todesvermuthung 5 Jahre nach der Entfernung eintreten zu lassen, und wenn der Abwesende schon 80 Jahre alt war, will man noch 2½ Jahre abgewartet wissen. Glück Th. VII, S. 495. Doch ist darüber keine Einigkeit; Manche, wie Hommel in der bei Glück angeführten Diss., wollen dann 100 Jahre warten. Nach meiner Meinung ist nach pr. Rechte eine solche, gesetzlich nicht anerkannte Vermuthung nicht zulässig, vielmehr in einem solchen Falle, gemäß §. 38, anzunehmen, daß der Vermißte den, wenn auch bald nachher eingetretenen, Anfall nicht mehr erlebt habe, d. h. es wird auf einen Verschollenen, welcher 70 Jahre und darüber alt geworden, nicht mehr Rücksicht genommen. — Uebrigens bedarf es in dem Falle des §. 38 keines richterlichen Ausspruchs über den Tod, vielmehr wird der muthmaßlich Verstorbene ohne Weiteres bei der Abhandlung der Erbangelegenheit übergangen. Die Todeszeit ist der Anfang des 71sten Jahres und bei Personen, die erst nach dieser Zeit verschollen sind, der Tag ihres Verschwindens.

40a) (4. A.) Oben Anm. 32, Abs. 2 zu §. 34 d. T.

41) Dies ist die allgemeine Regel des R. R. L. 9 pr. §. 3, L. 16—18 D. de rebus dub. (XXXIV, 5); L. 32, §. 14 D. de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 34 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 26 D. de mort. c. don. (XXXIX, 6). Die zwiefache Ausnahme für den gewaltsamen Tod der Eltern und Kinder bei gemeinsamem Unglücke — ob die Ausnahme auch im Verhältnisse zu anderen Personen als zu den Eltern gelte, ist streitig zwischen Mühlenbruch, Archiv Bd. IV, Nr. 27 u. A. — diese Ausnahme ist mit Vorbedacht nicht in das L.R. aufgenommen. Jahrb. Bd. XLI, S. 2.

42) Nämlich in den Gesetzen; denn was in den Willenserklärungen die Parteien unter ihren Ausdrücken verstehen sollen, kann das L.R. nicht vorschreiben. Und dann auch nur, wenn über Familienverhältnisse verordnet wird. Daher kann z. B. aus dieser Vorschrift über die Wortbedeutung nicht entnommen werden, daß Großeltern zur Pupillarsubstitution für ihre Abkömmlinge des zweiten und weiteren Grades befugt seien. II, 2, §§. 521 ff. Pr. des Obertr. 490, vom 25. Juni 1838 (Entsch. Bd. IV, 14). Uebrigens macht das A. L.R. von dieser seiner Terminologie nirgend Gebrauch.

43) Oder welche auch nur einen Parens (Vater oder Mutter) gemeinsam haben.

44) Die Blutsverwandtschaft ist ein Bestandtheil der Familie, also ein Familienverhältniß, welches nach und nach unmerklich verschwindet; es ist hier eheliche Abstammung vorausgesetzt. Sie hat Einfluß im Familienrechte und im Vermögensrechte. In dem ersteren bei der Ehe, insofern dieselbe durch gewisse Arten der Verwandtschaft unmöglich ist; bei dem anderen auf das Erbrecht und bei der Obligation auf Alimente, hier jedoch nur bei wenigen Arten der Verwandtschaft.

45) Stiefeltern und Stiefkinder (§. 44) sind also verschwägert. R. v. 16. Mai 1816 (Jahrb. Bd. VII, S. 204). Die beiderseitigen Verwandten der Eheleute sind mit einander nicht verschwägert. Zu vergl. unten Anm. 7 zu §. 7, Tit. 1, Th. II.

46) Im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs pflegt man darunter halbbürtige Verwandtschaft zu verstehen, wogegen man die Kinder, welche der §. 44 als Stiefkinder bezeichnet, zusammengebrachte Kinder nennt (Th. II, Tit. 2, §. 752). Bei der Auslegung von Willenserklärungen darf dieser Sprachgebrauch nicht unberücksichtigt bleiben.

46a) (3. A.) Der Nachdruck ist auf „Ehegatten", nicht auf das Wort „Ehe" in der zweiten Zeile

§. 45. Die Grade der Verwandtschaft werden durch die Zahl der Geburten[47]) bestimmt, mittelst welcher zwei verwandte Personen auf einen gemeinschaftlichen Ursprung[48]) sich beziehen.

---

## Zweiter Titel.

### Von Sachen und deren Rechten überhaupt.

Gemeines Recht aus der Zeit der Entstehung des Allg. Landrechts: Ernst Christian Westphal, System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Leipzig 1788, §§. 1—18. — Hellfeld, Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem, ed. VI, Jenae 1783, §§. 163—182. Oft benutzt bei der Redaktion. — Aus der neueren Literatur: Heimbach sen., Sache; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 462 ff.

Preußisches Recht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. I, §. 45. — Temme, Lehrbuch des preußischen Civilrechts, Bd. I, S. 82 ff. — Rein Preußisches gemeines Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §§. 61 flg.

§. 1. Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann[1]). Was Sache sei.

§. 2. Auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, in sofern dieselben den Gegenstand eines andern Rechtes ausmachen[2]), sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen.

---

dieses Paragraphen zu legen; denn auch zwischen den unehelichen Kindern des einen Ehegatten und dem anderen Ehegatten besteht die Stiefverbindung und kommt bei Fleischesverbrechen in Betracht. S. unten Anm. 56[a] zu §. 141, Tit. 20, Th. II.

47) Soviel Geburten zwischen zwei bestimmten Personen fallen, im sovielten Grade sind sie mit einander verwandt. Quot sunt generationes, tot sunt gradus. Eltern und Kinder also im ersten, Geschwister im zweiten, Großeltern und Enkel auch im zweiten, aber in einer anderen Linie. Bekanntlich unterscheidet man die gerade Linie, d. i. die Reihe von Personen, welche in der Folge von Vater auf Sohn von einander abstammen; und die Seitenlinie oder die Reihe der verwandten Personen, die nicht von einander, sondern von einem gemeinschaftlichen Dritten abstammen. Die Gradzählung ist die civilrechtliche (römische). L. 1, §§. 3—7, L. 3 D. de grad. (XXXVIII, 10). Die kanonische Komputation ist in der Seitenlinie anders. c. 2 C. 35, qu. 5.

48) Eine fehlerhafte Bestimmung. Das Gesagte gilt nur von der Seitenlinie. Die Verwandten der geraden Linie können unmöglich mit Beziehung auf einen gemeinschaftlichen Stammvater die Grade ihrer Verwandtschaft berechnen.

1) Wird das Wesen des Rechtsverhältnisses als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens aufgefaßt (v. Savigny, System, I, S. 331 ff.), und werden als Gegenstände dieser Willensherrschaft nur die im Rechtsgebiete erworbenen Rechte (im Gegensatze zu den s. g. Urrechten auf die eigene Person, Einl. Anm. 105 und Tit. 1, §. 10) betrachtet, so verbleiben als Gegenstände nur die unfreie Natur nicht im Ganzen, sondern nur in bestimmter räumlicher Begrenzung, und fremde Personen, ebenfalls nicht im Ganzen (wie bei Sklaven), sondern nur in Beziehung auf einzelne Handlungen. (Vers. S. 338 ff.) Alles, was zu diesen Gegenständen der Willensherrschaft auf dem Rechtsgebiete gehört, ist Sache im weiteren rechtlichen Sinne des Wortes. Dies ist der Inhalt des §. 1. Der §. 2 fügt ausdrücklich bei, daß in diesem Sinne auch die Handlungen anderer Personen zu den Sachen, weil Gegenstände des Rechts oder der rechtlichen Willensherrschaft einer Person, gehören. Die Bedeutung in diesem weiteren Sinne verbinden erst die Neueren mit dem Ausdrucke Sache, römisch ist sie nicht. Nur die Gegenstände, welche der §. 3 im engeren Sinne Sachen nennt, sind den Römern res. Für die Handlungen, als Gegenstände der Willensherrschaft aufgefaßt, hat das R. R. keinen technischen Ausdruck, aber das Verhältniß der Herrschaft über eine Handlung heißt Obligation, sowie das Verhältniß der Herrschaft über eine Sache Recht an einer Sache (jus in re) heißt, was verschiedenartig sein kann. Das A. L.R. aber bringt jene verschiedenen Gegenstände der rechtlichen Willensherrschaft unter einen Gattungsbegriff, welcher mit „Sache" im weiteren Sinne bezeichnet wird, und unterscheidet dann zwei Arten: Handlungen (§. 2), und Sache im engeren Sinne (§. 3).

2) Dies ist auf zweierlei Weise denkbar. Entweder so, daß eine Person im Ganzen, also zu-

§. 3. Im engern Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur[3]), oder durch die Uebereinkunft der Menschen[4]), eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden[5]) Rechtes sein kann.

Substanz der Sache.

§. 4. Alle Theile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann[6]), was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist, gehören zur Substanz.

§. 5. So lange also durch die Aenderung oder Verwechselung einzelner Theile die Sache weder vernichtet, noch die Hauptbestimmung derselben geändert worden ist, so lange ist noch keine Veränderung in der Substanz vorgefallen[7]).

Bewegliche und unbewegliche Sachen.

§. 6. Je nachdem eine Sache, ihrer Substanz unbeschadet, von einer Stelle zur andern gebracht[8]) werden kann, oder nicht, wird sie für beweglich oder unbeweglich angesehen.

---

sammt allen Gegenständen ihrer eigenen Willensherrschaft, Gegenstand der Herrschaft einer anderen Person ist. Gewissermaßen findet sich dieses Verhältniß nach der äußeren Erscheinung im älteren R. R. bei dem Kinde in väterlicher Gewalt; doch war der innere Zusammenhang ein anderer und der juristische Sinn weit von dieser Vorstellung. Im heutigen R. kommt etwas Aehnliches gar nicht vor. — Oder so, daß wieder nur einzelne Gegenstände des Willens jener Person gleichzeitig auch (wie bei Nutzungs- und Gebrauchsrechten, Hypotheken- und Pfandrechte), oder nachher der Herrschaft eines Anderen unterworfen werden.

3) Ein räumlich begrenztes Stück der unfreien Natur, res quae tangi possunt.

4) D. h. nicht durch Willenserklärung bestimmter Personen, sondern durch Rechtssitte und Herkommen, wodurch das Reich der Natur künstlich erweitert wird; kurz Sachen, welche in der Rechtsidee bestehen, fingirte Sachen, wie z. B. eine Erbschaft, der Nießbrauch, eine selbstständige Gerechtigkeit. Das R. R. nennt solche Sachen res incorporales, zählt dazu aber auch die Obligationen. §. 2 J. de rerum divis. (II, 1). Die werden hier, im §. 3, von dem Begriffe einer Sache im engeren Sinne ausgeschlossen. S. die folg. Anm. und §. 2.

5) Wie Eigenthum, dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte. Deshalb gehören Handlungen (§. 2) d. i. Obligationen, nicht zu den Sachen im engeren Sinne. Ueber öffentliche Kreditpapiere, wie Banknoten, Pfandbriefe, Aktien u. s. w., s. unten Anm. 13.

6) Diese Begriffsbestimmung ist nicht treffend; man darf dieselbe argumento a contrario nicht so verstehen, daß Theile einer Sache, ohne welche dieselbe noch immer das sein kann, was sie vorstellen soll, nicht zur Substanz gehören. Eine Windmühle z. B., von welcher ein oder ein Paar Flügel abgebrochen, ist noch immer eine Windmühle und arbeitet auch mit den noch übrigen, dennoch wird jeder Flügel zur Substanz gehören. Die Satzung ist überhaupt ohne praktische Bedeutung. Wo der Unterschied zwischen Substanztheilen und Pertinenzstücken wichtig wird, nämlich bei ländlichen Grundstücken in Beziehung auf das Hypothekenrecht (s. u. zu §. 43), da ist die hier gegebene Begriffsbestimmung von Substanztheilen ganz unbrauchbar.

7) Dieser theoretische Satz ist gerade bei Ackergrundstücken, von welchen Theile abgetrennt worden, für die darauf haftenden Hypotheken gefährlich; praktische Anwendung wird davon im L.R. nicht gemacht.

8) Von Natur unbeweglich ist an sich nur der Erdboden, ursprünglich sind daher nur die begrenzten Theile desselben (liegende Gründe, Grundstücke) unbewegliche Sachen. Mit denselben sind aber theils andere körperliche Dinge künstlich verbunden, theils gewisse Eigenschaften und Befugnisse juristisch in Verbindung gebracht. Auf die ersteren bezieht sich dieser §. 6, auf die anderen die §§. 7 u. 8. Die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstücke macht allein jene noch nicht unbeweglich, sondern dafür gilt sie nur dann, wenn sie im Ganzen nach menschlicher Willkür nicht fortbewegt werden kann. Dahin gehören vor Allem Bauwerke von solcher Beschaffenheit, daß sie, selbst mit künstlicher Anwendung von Naturkräften, im Ganzen nicht von der Stelle geschafft werden können. Keineswegs besteht das Merkmal der Unbeweglichkeit derselben darin, daß sie, wie man es ausgedrückt hat, mit dem Grunde und Boden fest verbunden sind, was man hat annehmen wollen, wenn sie ein massives (gemauertes) Fundament haben. Denn auch diese Unterlage ruhet wesentlich auf der Oberfläche des Bodens und kann mit demselben nicht untrennbar verbunden werden. Erlaubte es der Umfang des Bauwerks, daß man es von seiner Unterlage erheben und fortschaffen könnte, so würde es an sich trotz seines massiven Fundaments beweglich sein. Nur wenn es als ein Pertinenz des Bodens in Betracht kommt, gilt auch ein solches an sich fortzubewegendes Werk für unbeweglich. Hiernach entscheidet sich z. B. die Frage: ob eine Handelsbude eine unbewegliche Sache sei. Ein R. des J.M. vom 19. April 1822 (Jahrb. Bd. XVI, S. 299) will sie dafür gehalten wissen, wenn sie ein gemauertes Fundament hat. Das ist nicht anzuerkennen, wenn es möglich ist, sie im Ganzen aufzuheben und an eine andere Stelle zu setzen, und nicht etwa der Grund und Boden demselben Eigenthümer gehört, d. h. wenn sie nicht Pertinenz desselben, sondern nur eine Superficies ist. Nach demselben Grundsatze

§. 7. Rechte werden als bewegliche Sachen betrachtet.

§. 8. Wenn aber die Befugniß zur Ausübung eines Rechts mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist[9]), so ist das Recht selbst als eine unbewegliche Sache anzusehen.

§. 9. Außerdem hat ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur alsdann, wenn ihm dieselbe durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt worden[10]).

Mobiliarvermögen.

§. 10. Unter dem Ausdrucke: Mobiliar- oder bewegliches Vermögen, sind alle beweglichen Sachen zu verstehen, in sofern sie nicht als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache gehören (§. 42)[11]).

Baares Vermögen.

§. 11. Unter baarem Vermögen wird nur geprägtes Geld, außer seltenen Münzen und Medaillen, ingleichen gemünztes Papier verstanden.

§. 12. Die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten[12]), Pfandbriefe, Aktien u. s. w., sie mögen Zinsen tragen oder nicht, werden, gleich andern Schuldinstrumenten[13]) zum Kapitalsvermögen[14]) gerechnet.

---

erklärt auch das Obertr. Windmühlen für unbewegliche Sachen. Pr. v. 19. März 1834 (Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 8); vom 14. November 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 148), und vom 13. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 154). Ein Bergwerk wird gesetzlich lediglich aus dem angegebenen Grunde als eine unbewegliche Sache, nicht als eine Gerechtigkeit betrachtet, obgleich der Gegenstand des Bergwerkseigenthums keine bestimmte unbewegliche Sache ist, vielmehr erst die gewonnenen beweglich gewordenen Mineralien Sacheigenthum des Bergbauenden durch die Besitzergreifung werden. II, 16, §. 253 und Allgemeines Berggesetz vom 24. Juni 1865, §. 50. Schiffmühlen an sich sind immer bewegliche Sachen; als unbewegliche gelten sie nur, wenn sie zu einer Mühlengerechtigkeit gehören, und unter die Bestimmung des §. 9 fallen. S. jedoch G. betr. die Ablösung der Reallasten von Mühlengrundstücken, vom 11. März 1850, §. 7 (G.S. S. 147). Vergl. hierüber auch Cocceji, jus civ. controv., I, 8, qu. 5 i. f. Bäume an sich sind bewegliche Sachen; sie theilen nur als unabgesonderte Früchte das Schicksal des Bodens, wenn sie als solche in Betracht kommen; sonst aber können sie, wie Früchte auf dem Halme, als besondere bewegliche Sachen, erworben und besessen werden. Vergl. Pr. des Obertr. v. 9. Mai 1845. (Entsch. Bd. XI, S. 201.)

9) Dahin gehören z. B. die Grundgerechtigkeiten, die Dienste, Zinsen, Renten und Zehnten, welche zu einem Grundstücke gehören: also nicht die persönlichen Nutzungs- und Gebrauchsrechte, Hypotheken, sowie Renten und Zehnten, die bestimmten Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz oder Nießbrauch eines Grundstücks, aus einem Grundstücke zustehen. (4. A.) Die gutsherrlichen Rechte wegen der Kolonatsgefälle gehörten bis zur Verwandlung des erblichen Nutzungsrechts der bäuerlichen Besitzer in Eigenthum zu dem unbeweglichen Vermögen des Gutsherrn. Erk. des Obertr. v. 22. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 195).

10) Wie man den ursprünglichen Begriff der Person von dem Menschen auf etwas Anderes als einen einzelnen Menschen übertragen und dadurch fingirte (juristische) Personen geschaffen hat, so geschieht das Gleiche hier mit dem Begriffe von Sachen. Gerechtigkeiten im Sinne dieses §. 9 sind fingirte Sachen. Sie setzen, wie juristische Personen, eine besondere gesetzliche Anerkennung voraus. In neuerer Zeit sind dieselben großentheils untergegangen; das jüngste Beispiel ist die Jagdgerechtigkeit, welche nur noch in der Form einer bloßen Grundgerechtigkeit möglich. Beispiele von noch bestehenden selbstständigen Gerechtigkeiten sind die Fährgerechtigkeit, die Zollgerechtigkeit. Ueber Schiffmühlen s. G. vom 11. März 1850, §. 7 (G.S. S. 147).

11) Der hier beginnende, bis zum §. 30 reichende Text de verborum significatione ist völlig entbehrlich, ja nicht einmal erschöpfend, da einestheils derartige sprachliche Bestimmungen noch sehr zu vermehren wären, anderentheils die verschiedenen Bedeutungen, welche die Gesetze selbst mit einem Ausdrucke verbinden, nicht angegeben sind. Beispiel §§. 13 u. 30, 52.

12) Nur die Banknoten der jetzigen preuß. Bank nicht; dieselben sind wirkliche Geldzeichen, wie das gemünzte Papier, und werden auch als solche im Verkehre und juristisch behandelt. Bankordnung v. 5. Okt. 1846, §§. 29, 32—34 (G.S. S. 442).

13) Eine praktisch wichtige Frage ist: ob dergleichen öffentliche, auf den Inhaber lautende Kreditpapiere als Sachen im engeren Sinne (körperliche), oder als Beweisurkunden über Geldforderungen rechtlich zu betrachten sind. Ist das Erstere der Fall, so können sie in Folge eines Kaufs oder anderen Titels nur durch Tradition auf Andere übertragen werden und die Anwendung der Cession als Uebertragungsmodus ist unwirksam; ist das Zweite anzunehmen, so ist gerade die Cession die ausschließlich anwendbare Uebertragungsart. Das L.R. hat keine ausdrückliche Bestimmung darüber. Manche Sätze deuten auf die zweite Qualität, namentlich dieser §. 12, wonach dergleichen Schuldpapiere „gleich anderen Schuldinstrumenten" dem Kapitalsvermögen beigezählt werden, sowie der Grundsatz, daß

Effekten. §. 13. Der Ausdruck: Effekten[15]) begreift alle beweglichen Sachen, außer dem baarem Gelde und dem Kapitalsvermögen, unter sich.

Möbeln. §. 14. Bewegliche Sachen, welche zum bequemen Gebrauche oder Verzierung einer Wohnung, oder eines andern Aufenthaltes, bestimmt sind, werden Möbeln genannt.

§. 15. Hausrath heißen alle beweglichen Sachen, welche in dergleichen Orten zum gemeinen Dienste der Einwohner bestimmt sind.

Geräthschaften. §. 16. Bewegliche Sachen, welche zum Betriebe[16]) eines gewissen Geschäfts oder Gewerbes, in oder außer der Wohnung, bestimmt sind, werden unter dem Namen der Geräthschaften begriffen.

Moventien. §. 17. Unter Moventien werden nutzbare[17]) lebendige Geschöpfe verstanden.

Mobilien. §. 18. Der allgemeine Ausdruck: Mobilien, begreift Möbeln, Hausrath und Geräthschaften unter sich[17a]).

Edle Metalle. §. 19. Durch den Ausdruck: edle Metalle, wird nur unverarbeitetes Gold und Silber angedeutet.

---

die Forderung nicht durch den Untergang des Papiers erlischt. V. vom 16. Juni 1819 (G.S. S. 157); K.O. vom 3. Mai 1828 (G.S. S. 61). Hiergegen ist der Umstand, daß diese Papiere als für die Reivindikation an sich geeignete Gegenstände betrachtet werden (I, 15, §§. 45—47 und schon nach der Dekl. v. 23. Mai 1785, Rabe XII, S. 231), für sich allein gewichtlos, da ja auch Urkunden vindicirt werden können. Es tritt aber hier noch hinzu, daß dergleichen Papiere, bei der Tilgung von Verbindlichkeiten, nicht zur Angabe an Zahlungsstatt, sondern als Zahlmittel für baares Geld sollen gebraucht werden können (I, 16, §. 28; I, 11, §. 653); ferner der Verkehr, in welchem diese Papiere, wie eine Waare, verkauft, gekauft und übergeben werden, und der Kauf für einen Sachkauf gilt. Darnach ist im pr. R. diejenige Ansicht für gebilligt zu erachten, welche dergleichen Papiere für Sachen im engeren Sinne hält. Dafür hat sich auch die Gerichtspraxis entschieden. Entsch. des Obertr., Bd. XVII, S. 156 ff. Das Gleiche gilt von trassirten Wechseln. A. W.O. Art. 74.

14) Daß sie nicht zum baaren Vermögen gerechnet werden, wie gemünztes Papier, ist der rechtlichen Natur dieser verschiedenen Kreditpapiere und den Verkehrsverhältnissen ganz entsprechend. Das gemünzte Papier wird von dem Schuldner des kreditirten Werthes (dem Staate) wie baare Metallmünze im Verkehre für voll angenommen, die Staatsschuldverschreibungen ꝛc. aber nicht; diese können also nicht als kursirende Zahlungsmittel angewendet werden. Wer sie vor der Fälligkeit verwerthen will, muß sie verkaufen, sonst muß er die bedungene Zahlungszeit abwarten. Nur auf die heutigen Banknoten paßt die Bestimmung nicht; solche unterscheiden sich von dem gemünzten Papiere wesentlich gar nicht. Uebrigens sind Aktien niemals unbewegliche Sachen, wenn sie sich auch auf Grundstücke, z. B. Eisenbahnen, Chausseen, Bergwerke, gründen. Eine eigenthümliche, singuläre Idee hat in diesem Falle die Aktien mit dem Grundstücke identificiren wollen.

15) Dieser Ausdruck bezeichnet zweierlei Gattungen von Dingen. Einmal versteht man darunter bewegliche körperliche Sachen. In dieser Bedeutung wird es hier und in der Pr.-Ord. Tit. 24, §§. 68 und 70; Tit. 29, §. 1; Tit. 50, §§. 447—449, 483, 484, sowie §. 477, und im A. L.R. II, 1, §. 317; II, 2, §§. 279, 282; II, 11, §. 1193, doch nicht immer in demselben Sinne, gebraucht. (4. A. Früchte auf dem Halme, wenn sie als selbstständige Sachen behandelt werden, gehören auch zu den Effekten im Sinne des §. 13. Erk. des Obertr. v. 21. Dez. 1854, Archiv f. Rechtsf. Bd. XV, S. 303) Dann nennt man in der Handelssprache die kursirenden Kreditpapiere Effekten, daher den Handel damit Effektenhandel. In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck in der Pr.-O. Tit. 50, §. 300 und in der Bankordnung vom 5. Okt. 1846, §§. 4 u. 31 (G.S. S. 435) vor. Der Streit gegen diese Behauptung in einem Urtel des Kammerg. vom 15. Juli 1799 (Mathis I, 241) ist ohne allen sachlichen Grund.

16) Der Begriff von Geräthschaften ist nicht nothwendig mit einem Geschäfts- oder Gewerbebetriebe verbunden; man versteht darunter Werkzeuge und Geräthe zur Bereitung anderer Dinge, wenn solche auch nicht als Geschäft oder Gewerbe betrieben wird. Auch „Utensilien" gehören dazu, z. B. die Kupferplatten zu einer Kartenfabrik, wie die Druckerpressen in einer Buchdruckerei. Pr. des Obertr. vom 7. August 1815 (Simon, Rechtspr. Bd. I, S. 109). — In einer ganz anderen Bedeutung, als der Ausdruck nach diesem §. haben soll, wird er unten im §. 30 gebraucht.

17) Der Ausdruck „Moventien" ist aus der L. 93 D. de verb. signif. (L, 16) entnommen. Dort bezeichnet er animalia. Warum hier nur Nutzthiere darunter verstanden werden sollen, ist unfindbar.

17a) (2. A.) In dieser Bedeutung wird der Ausdruck nicht immer gebraucht. Z. B. im §. 559, Th. II, Tit. 1 hat er die Bedeutung von Effekten (§. 13). Ebenso im §. 202, Tit. 17, Th. I.

§. 20. Die Worte: Gold und Silber begreifen verarbeitetes und unverarbeitetes, nicht aber geprägtes[18]) Gold und Silber unter sich. Gold und Silber.

§. 21. Unter Juwelen sind auch Perlen und andere[19]) kostbare Steine, welche zur Pracht getragen werden, mit begriffen. Juwelen.

§. 22. Unter Schmuck und Geschmeide werden ächte und unächte Juwelen, auch die aus Gold und Silber verfertigten, oder damit überzogenen Zierrathen verstanden[20]). Schmuck und Geschmeide.

§. 23. Putz ist, was außer Schmuck und Geschmeide zur Verzierung der Person getragen wird, und nicht selbst ein Theil eines Kleidungsstückes ausmacht. Putz.

§. 24. Zur Kleidung oder Garderobe gehören alle Arten von Kleidungsstücken, mit Inbegriff der zum persönlichen Gebrauche bestimmten Leibwäsche, bereits zugeschnittenen Zeuge und Leinwand. Garderobe.

§. 25. Weißzeug oder Wäsche begreift alles leinene[21]) Geräthe, insonderheit aber Leib-, Bett- und Tischwäsche unter sich. Weißzeug u. Wäsche.

§. 26. Spitzen und Kanten gehören nicht zur Wäsche oder zum Weißzeuge, wohl aber zum Putze.

§. 27. Equipage bedeutet Wagen und Pferde, sammt dazu gehörigem Geschirre, die zur Bequemlichkeit des Eigenthümers bestimmt sind. Equipage.

§. 28. Reitpferde und Reitzeug werden gewöhnlich unter dem Ausdrucke: Equipage, nicht mit verstanden.

§. 29. Wird aber dieser Ausdruck von Militärpersonen gebraucht, so gehört zur Equipage alles, was zur Ausrüstung einer solchen Person, sowohl im Standquartier als im Felde, nach der Verfassung in der Armee, erfordert wird.

§. 30. In Ansehung der Personen, welche zwar nicht zum Militär gehören, aber doch ihres Amtes oder ihrer Verrichtung wegen, sich der Reitpferde bedienen müssen, werden auch[21a]) diese, nebst den dazu gehörigen Geräthschaften[22]), unter Equipage begriffen.

§. 31. In sofern[23]) eine Sache für sich selbst den Gegenstand eines Rechts ausmacht, wird sie als eine besondere oder für sich bestehende Sache beurtheilt. Besondere Sachen.

---

18) Seltene Münzen und Medaillen also nicht. Zum baaren Vermögen gehören sie auch nicht (§. 11). Sie werden also eine Klasse beweglicher Sachen für sich ausmachen.

19) Perlen sind keine Steine, das „andere" sollte weggelassen sein.

20) Nicht erforderlich ist hierzu, daß diese Sachen zur Verzierung der Personen dienen müssen. Die kostbaren Zierrathen, welche sonst den Reitpferden fürstlicher Personen bei feierlichen Gelegenheiten angelegt wurden, und dazu auch bestimmt waren, änderten hierdurch den Begriff nicht.

21) Die Verf. haben hier vorausgesetzt, daß Weißzeug oder Wäsche nur aus Leinwand bereitet würde, was zu ihrer Zeit zutraf. Jetzt trifft man selten auf Gewebe aus reinen Flachsfasern; das meiste Weißzeug ist aus einem Gemisch von Flachs und Baumwolle, oder auch von reiner Baumwolle bereitet, und die gemischten Fabrikate sind als solche oft erst mit Hülfe chemischer Mittel zu erkennen. Die Definition paßt nicht mehr; sie hindert aber auch nicht, Weißzeug oder Wäsche aus anderen Stoffen als Leinwand für Weißzeug oder Wäsche gelten zu lassen. Die ganze Terminologie der §§. 10 bis 30 gehört nicht der Jurisprudenz, sondern dem gemeinen Sprachgebrauche an; und es ist, da die Verf. sich nicht immer nach diesem ihren Wörterbuche gerichtet haben, in jedem einzelnen Falle der Sinn des gebrauchten Ausdrucks aus dem Zusammenhange zu entnehmen.

21a) Im §. 30 des Entwurfs hieß es „nur", also waren Wagen und Pferde (§. 27) ausgeschlossen. Bei der Revision wollte man sie einschließen, und machte aus dem „nur" ein auch, so daß es bei der Regel §. 27 blieb und noch die Reitpferde (gegen den §. 28) dazu kamen. Suarez, im Jahrb. Bd. LII, S. 65.

22) Hier wird der Ausdruck in einer ganz anderen Bedeutung gebraucht, als welche ihm im §. 16 beigelegt worden ist.

23) Also wenn der Fall vorkommt. Die Beurtheilung richtet sich nach dem Gegebenen; nicht umgekehrt darf aus dieser Bestimmung entnommen werden, wie eine Sache zunächst und vorzugsweise beurtheilt werden muß. In dieser Weise finden wir die Stelle von dem Obertr. Bd. XI, S. 207 aufgefaßt, wo es heißt: „Allein es soll zunächst jede Sache, welche für sich selbst den Gegen-

Inbegriff von Sachen u. Rechten.

§. 32. Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden, zusammengenommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet[24]).

§. 33. Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und Rechte[25]), die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganze angesehen werden.

§. 34. Der Inbegriff der Sachen und Rechte eines Verstorbenen heißt dessen Verlassenschaft.

§. 35. In Beziehung auf denjenigen, welcher dergleichen Inbegriff überkömmt, wird solcher Erbschaft genannt.

§. 36. An den Befugnissen und Lasten eines Inbegriffs nehmen alle einzelne darunter begriffene, und demselben in der Folge zuwachsende[26]) oder einverleibte Stücke Theil.

---

stand eines Rechts ausmacht, als besondere oder für sich bestehende Sache beurtheilt werden, und es kann schon deshalb angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Bäume wie andere natürliche Zuwüchse des Bodens angesehen hat, und, wie die Aussaat, zu den Pertinenzstücken rechnet." Diese Idee ist der Jurisprudenz und dem Gesetzgeber völlig fremd; man kann aus den für gewisse faktische Voraussetzungen gegebenen Regeln nicht präsumiren wollen: daß ein bestimmter Fall thatsächlich vorhanden, und vorzugsweise anzunehmen sei; vielmehr muß umgekehrt zuerst gewiß sein: wie eine Sache, ob nämlich für sich, als besondere Sache, oder als Theil eines Ganzen behandelt worden ist, und erst dann läßt sich von der rechtlichen Beurtheilung sprechen.

24) Es ist gleichgültig: ob die mehreren besonderen Sachen körperlich (Schiff) oder intellektuell (Heerde) zu einem Ganzen (universitas) vereinigt sind. Man kann jeden Theil als besondere Sache behandeln, aber alle zusammen auch als ein Ganzes, das hängt ganz von der Willkür ab. Aber wie es behandelt worden ist, wird es dann beurtheilt, denn es gelten von den Begriffsganzen einige besondere Regeln. Die Fassung des §. 32 ist ohne allen juristischen Grund getadelt worden.

25) Diese zusammengenommen machen das Vermögen einer Person aus, ein Rechtsbegriff, welcher alle Sachen und Rechte (auch Schulden) als eine Einheit zusammenfaßt und nur in Beziehung auf eine bestimmte Person als deren Träger Realität hat. Die Neueren haben dafür den Ausdruck: universitas juris. Gegenstand besonderer Betrachtung davon ist der Inhalt und die Uebertragung. Der Inhalt ist nur unter Voraussetzung eines gegebenen Zeitpunktes bestimmbar, und stellt sich, alle einzelnen Rechte nach ihrem Geldwerthe in eine Geldsumme verwandelt, bald als ein Plus, bald als ein Minus, bald als eine Null dar. Der Ausdruck „Vermögen" wird zur Bezeichnung des einen, wie des anderen dieser Verhältnisse gebraucht. In I, 11, §. 646 u. Pr.-O. Tit. 46, §. 29; Anh. §. 271 u. Tit. 50, §. 1 bedeutet er das Aktivvermögen; im Anhange zum A. L.R. §. 19 das Plus, nach Abzug der Schulden; in §§. 467, 469, II, 20 das Aktiv- und Passivvermögen zusammen. — Der Uebergang der Universitas als Ganzes auf eine andere Person unter Lebenden kann, nachdem die Vermögenskonfiskation aufgehoben ist, nur noch durch Vertrag vermittelt werden. Durch Vorbehalt einzelner Stücke hört der Gegenstand nicht auf, eine universitas juris zu sein, in welche hier titulo singulari succedirt wird. Der Erwerber haftet für die Schulden nur als Besitzer des Ganzen (der Masse), von welchem sie ein Bestandtheil sind. Anh. z. A. L.R. (I, 11, §. 646) §. 19. Der Veräußerer fängt von da an, eine neue Universitas zu besitzen. Trennt der Tod die Person von ihrem Vermögen, so heißt dieses deren Verlassenschaft — Erbschaft. §§. 34, 35 d. T. u. Tit. 9, §. 350.

26) Wodurch wachsen einzelne Stücke dem Ganzen zu? Die Vermehrung des Ganzen durch Erzeugung versteht sich von selbst, die Frage bezieht sich auf Veräußerung einzelner Stücke und Anschaffung anderer, und bezweckt eine Bestimmung: ob das angeschaffte Stück von selbst ein Theil des Ganzen werde. Das ist im Allgemeinen zu verneinen; das neue Stück muß besonders einverleibt werden. Eine Ausnahme findet sich bei der Erbschaft, und zwar nach R. R. in Anwendung auf den Fall des Erbschaftsbesitzers, dem rechten Erben gegenüber. Hatte der Besitzer eine Sache verkauft, so nahm man an, daß an die Stelle derselben der Preis getreten und gewissermaßen dieser selbst zu einem Erbschaftsstücke geworden sei. (L. 22 D. de hered. pet. (V, 3). Daraus haben Neuere die bekannte Regel gemacht: pretium succedit in locum rei. Umgekehrt aber nahm man nicht an, daß, wenn der Besitzer einer universitas juris mit daraus entnommenem Gelde eine Sache kaufe, die Sache von selbst an Stelle des Geldes ein Theil des Inbegriffs werde, L. 12 C. de jure dot. (V, 12), es sei denn, daß die Anschaffung gerade um der Universitas willen geschehen, wo dann aber nicht einmal erforderlich war, daß das Geld dazu aus der Masse entnommen worden. L. 20 pr. §. 1 D. de hered. pet. (V, 3). Hieraus hat man auch die umgekehrte Regel gebildet: res succedit in locum pretii (Hellfeld §. 538), welche falsch ist. — Im L.R. haben bei der Erbschaft beide Regeln Anwendung gefunden: die erste in demselben Verhältnisse des Besitzers zum Erben (I, 9, §. 498 u. II, 18, §. 847), die andere bei der Ausübung des Separationsrechts der Erbschaftsgläubiger im Konkurse des Erben.

§. 37. Wenn aber ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte von dem Ganzen abgesondert[27]) worden, so hört die Theilnehmung desselben an den Rechten und Lasten des Inbegriffs auf.

§. 38. Durch den Zutritt oder Abgang einzelner Stücke werden die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Ganzen nicht geändert.

§. 39. Auch gehen die besondern Rechte und Lasten einer einzelnen Sache bloß durch die einseitige Handlung, vermöge welcher die Sache einem Inbegriffe einverleibt worden ist, noch nicht verloren[28]).

§. 40. Rechte, die bloß an den Stand gebunden sind, werden einem Inbegriffe von Sachen und Rechten nicht beigezählt[29]).

Theilbare u. untheilbare Sachen.

§. 41. Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegenstehen[30]).

---

(Pr.-O. Tit. 50, §. 276.) Die Vorschrift des §. 276 ist zwar in die Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855 (§§. 37—39) nicht übergegangen, doch ist mit der Aufhebung des Tit. 50 der Proz.-O. im Ganzen das Prinzip nicht weggefallen, es wird durch die Bestimmungen des A. L.R. a. a. O. gehalten. Der Fall, wenn der Besitzer um der Masse willen und mit Rücksicht auf deren Besitz Sachen dazu angeschafft hat, ist nach dem A. L.R. ebenso zu entscheiden wie nach der L. 20 pr. §. 1 D. de hered. pet. Allg. L.R. II, 1, §. 660. — Bei den bloß körperliche Sachen enthaltenden Begriffsganzen findet keine dieser Regeln, weder nach R. R., noch nach dem A. L.R., allgemeine Anwendung. II, 1, §§. 240, 516; I, 17, §. 55. — Bei einzelnen Sachen findet sie allgemein nicht (vergl. I, Tit. 11, §. 27; Tit. 18, §§. 340, 499, 503; Tit. 17, §. 55; Tit. 12, §§. 342, 322; II, 1, §§. 313, 600) und ausnahmsweise nur in Fällen statt, wo eine Veräußerung oder Umtauschung aus gesetzlicher Nothwendigkeit oder im öffentlichen Interesse unter obrigkeitlicher oder richterlicher Autorität unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte der Rechte des Eigenthümers oder sonst dinglich Berechtigter eintritt. (4. A. Vergl. das Erkenntniß des Obertr. v. 6. Mai 1861, Entsch. Bd. XLV, S. 173.) Beispiele sind: I, 9, §. 339; I, 20, §§. 458, 459; Pr.-O. Tit. 24, §. 77 u. Tit. 50, §§. 220, 309[a], 354; Gemeinh. Theil. O. v. 7. Juni 1821, §§. 147 ff.; Gesetz betr. die Ablösung der Reallasten, vom 2. März 1850, §§. 110, 111; Ges. über die Errichtung von Rentenbanken, vom 2. März 1850, §§. 4, 49; Ges. betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke, v. 3. März 1850, §. 3 (G.S. S. 145); Verordnungen, betr. die Chaussee-, Fluß-, Kanal- und Festungsbauten, v. 8. Aug. 1832 (G.S. S. 202); vom 26. Dez. 1833 (G.S. 1834, S. 8); vom 25. April 1836 (G.S. S. 179); Ges. über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838, §§. 12 u. 15 (G.S. S. 505 ff.); ferner der Fall, wenn eine Baustelle in Folge obrigkeitlich angeordneter Verlegung mit einem anderen Platze vertauscht werden muß (Erk. des Obertr. v. 9. Sept. 1842; Ulrich, Arch. Jahrg. XI, S. 274); oder wenn bei der Expropriation eines bebauten Grundstücks dem Besitzer ein anderes Grundstück zur Entschädigung überwiesen und von ihm bebaut worden ist (Erk. des Obertr. vom 14. Februar 1853, Entsch. Bd. XXIV, S. 405): hier findet die Regel: surrogatum sapit naturam surrogati, Anwendung.

27) Vergl. I, 20, §. 445. Die Absonderung muß, um diese Wirkung zu haben, eine bleibende sein; bloß vorübergehende Trennung ist einflußlos.

28) Ist wichtig bei der Vereinigung eines Grundstücks mit einem Gute.

29) Vergl. Einl. §. 104 und I, 9, §. 360.

30) Körperliche Sachen sind physisch immer theilbar, nicht aber juristisch. Dieser §. bezieht sich auf die juristische Theilbarkeit. Juristisch untheilbar ist eine Sache, deren Stücke dem Ganzen nicht gleichartig sind, z. B. ein lebendes Thier, ein Schiff, eine Maschine; oder deren Theilung gesetzlich verboten ist. Im ersten Falle steht die Natur, im anderen das Gesetz entgegen, wie der in seiner Fassung ohne Grund getadelte §. zutreffend ausspricht. — Rechte sind immer nur ideell theilbar und auch nicht anders, als wenn die Ausübung getheilt werden kann, wie beim Nießbrauche. Grundgerechtigkeiten aber sind untheilbar, da sie von Mehreren nicht theilweise ausgeübt werden können. L. 17 D. de servit. (VIII. 1). — Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 218. (4. A.) Das Obertr. hat in einem Erk. v. 17. April 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 339) den an ein Rittergut zu entrichtenden Grundzins für eine untheilbare Sache erklärt. Das ist nach der Hyp.-Ordn. II, §. 91 u. §. 7, Nr. 2 des G. v. 3. Januar 1845, betreffend die Zerstückelung von Grundstücken, keine allgemeine Rechtswahrheit.

(5. A.) An einzelnen Theilen und Räumlichkeiten eines Gebäudes, z. B. an den verschiedenen Tassen (Bansen) einer Scheune und an den verschiedenen Stockwerken eines Hauses oder an den verschiedenen Räumlichkeiten eines Stockwerkes kann bis zu einer bestimmten Grenze ein Sondereigenthum und ausschließlicher Besitz stattfinden; nur gewisse Theile, z. B. Treppen, Hausthüren, Dach ꝛc. werden gemeinschaftlich sein müssen, es sei denn, daß Einer Alleineigenthümer dieser Theile wäre und die Anderen eine Servitut darauf hätten, was auch denkbar ist. Vergl. unten, Anm. 23 zu §. 47 Tit. 7.

Pertinenzstücke.

§. 42. Eine Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer anderen Sache in eine fortwährende [30a]) Verbindung gesetzt [31]) worden, wird ein Zubehör oder Pertinenzstück derselben genannt [31a]).

§. 43. Unbewegliche Sachen, die mit einer andern unbeweglichen Sache durch die Natur [32]) verbunden worden, machen mit ihr nur eine Substanz aus.

---

— Indeß ist auch in diesem Falle nur eine Einräumung der ausschließlichen Nutzungsrechte an den zugewiesenen Räumlichkeiten anzunehmen, während das Eigenthum gemeinschaftlich, nämlich Miteigenthum bleibt. Ein Haus ist in der Regel eine theilbare Sache nicht. Daher ist bei dem Verkaufe eines Hauses zur Hälfte, unter Bezeichnung gewisser Räumlichkeiten, worin die veräußerte Hälfte bestehen soll, nicht anzunehmen, daß eine Realtheilung stattgefunden habe, vielmehr ist anzunehmen, daß der Käufer das Miteigenthum an dem ganzen Hause erworben und also auch ein Anrecht an den, dem Hause auf den Grundstücken eines Dritten zustehenden Berechtigungen habe. Erk. des Obertr. v. 14. Febr. 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 4).

30a) (2. A.) Damit ist nicht gemeint, daß der Gegenstand eine immerdauernde Natur haben solle, vielmehr nur, daß der Zweck der Verbindung eine der Natur des Gegenstandes und dessen Bestimmung entsprechende Dauer haben müsse. So ist z. B. der Antheil eines mit Pfandbriefen belegten Guts an dem Tilgungsfonds als ein Zubehör des Guts anzusehen, welches mit dem verkauften Gute auf den neuen Erwerber übergeht. Pr. des Obertr. v. 14. Mai 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 358).

31) Darin besteht das unterscheidende Merkmal eines Pertinenzstücks im Gegensatze eines Substanztheiles: die Verbindung muß durch menschliche Willkür juristisch hergestellt sein (§. 44); angewachsene Theile, so wie mechanisch zusammengefügte Sachen, sind Bestandtheile (§. 43). Aber bei Begriffsganzen, die überhaupt nur durch menschliche Willkür bestehen, sind in Folge dieser juristischen Verbindung auch die einzelnen Sachen Theile des Ganzen, nicht Pertinenzstücke, wenigstens gilt dies von den gleichartigen Sachen, z. B. von allen Köpfen einer Heerde, von den zu einem Ganzen verbundenen einzelnen Grundstücken (nicht entgegen §. 44); wogegen ungleichartige Sachen, welche mit einem solchen Begriffsganzen in Verbindung gesetzt werden, z. B. bei einer Schafheerde die Schäferhütte und Horden, bei einem Landgute die Inventarienstücke, als Pertinenzstücke angesehen werden. Wichtig ist der Unterschied zwischen Substanztheilen und Pertinenzstücken im Hypothekenrechte: das Grundbuchwesen und der Realkredit ruhen darauf, weil bloße Pertinenzstücke von dem mit Hypotheken belasteten Gute abverkauft werden können, ohne daß davon im Hypothekenbuche Notiz gemacht zu werden braucht, wogegen Bestandtheile, welche abgetrennt, aber nicht abgeschrieben worden sind, immerfort nach dem Inhalte des Hypothekenrechts gültig verpfändet werden können, wenn sie auch ein Eigenthum eines Dritten sind, die Redlichkeit des Gläubigers vorausgesetzt. I, 20, §. 410. Das Ausführliche in m. Abh. über Gutsbestandtheile und Pertinenzstücke: im Schles. Arch. Bd. V, S. 300 ff. Vergl. unten Note 35 zu §. 44 d. T. u. unten Anm. 78a zu §. 443, Tit. 20. (3. A.) Betreffs der Versicherungsgelder für die gegen Unglücksfälle versicherte Sache s. m. unten die Anmerkung 76, Ziff. 2 zu §. 102.

31a) (4. A.) Der Umstand, daß das mit einem anderen Grundstücke in eine fortwährende Verbindung gesetzte Grundstück nur mittelst mündlichen Vertrages erworben worden, schließt die Entstehung der Pertinenzeigenschaft nicht aus. Erk. des Obertr. v. 23. Jan. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 314). Das ist ganz richtig. Auch bloße Besitzrechte, dingliche nämlich, können mit einer eigenthümlichen Hauptsache als Pertinenzien in dauernde Verbindung gesetzt werden, es ist nicht wesentliches Erforderniß zur Herstellung des Pertinenzverhältnisses, daß das Recht des Besitzers an beiden Gegenständen absolut gleichartig sei; das Recht an der Hauptsache kann freies Eigenthum, das an der Nebensache kann ein anderes selbstständiges dingliches Recht sein. Dann ist als Pertinenz eben nur dieses bestimmte dingliche Recht anzusehen.

32) Folglich nur Grundstücke (Theile der Erdoberfläche), welche an einander hangen, und was in dem Erdboden (unter der Oberfläche) von Natur ist oder demselben herauswächst. In diesem Sinne gilt im A. L.R. der Satz: solo cedit, quod solo cohaeret. Die noch nicht abgetrennten Gewächse sind hiernach und nach I. 20, §§. 475, 476 pars fundi, wie nach L. 15 pr. D. de pignor. (XX, 1); L. 83 D. pro socio (XVII, 2); L. 44 D. de rei vind. (VI, 1). Das hindert weder den Fruchterwerb des Nutzungsberechtigten (I, 9, §. 221), noch die Behandlung eines solchen Anwuchses als einer besonderen und beweglichen Sache, wenn diese beliebt wird. S. o. A. 8. a. E. Die hier gegebenen Grundsätze dienen nur zur Auslegung der Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen, wenn diese nicht ausdrücklich sich aussprechen und jene nach ihrer eigenthümlichen Natur nicht andere Verhältnisse und Beziehungen begründen. Vergl. Entsch. des Obertr. XV, S. 27. — Uebrigens kann eine unbewegliche Sache mit einer anderen unbeweglichen Sache niemals anders als durch Natur verbunden werden; der Gedanke, daß eine solche Verbindung auch durch Kunst hergestellt werden könnte und nur nicht die Substanzeinheit wirken sollte, wäre widersinnig. Durch Bauen werden lauter bewegliche Sachen mit einander und mit dem Grunde und Boden verbunden.

§. 44. Dagegen haben sowohl bewegliche als unbewegliche[33]) Sachen, die einem andern Ganzen durch die Handlung oder Bestimmung eines Menschen[34]) zugeschlagen werden, die Eigenschaft eines Pertinenzstückes[35]).

---

(4. A.) Den Rechtsgrundsatz des §. 43 hat die Praxis auch über die Besitzfrage in possessorio zum Anhalte genommen und z. B. in dem Falle, wo von einem unstreitigen Forstreviere ein mitteninnebelegenes Terrain besitzstreitig geworden, dafür gehalten, daß der unstreitige Besitz des Forstreviers auch hinlänglichen Beweis für den Besitz des, einen integrirenden und gleichartigen Bestandtheil jenes Forstes bildenden streitigen Terrains gebe und deshalb die Possessorienklage des Forstbesitzers nicht um deswillen, weil darin ein besonderer Beweis bezüglich des streitigen Terrains nicht angetreten ist, abgewiesen werden könne. Erk. des Obertr. v. 6. Mai 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 69). (5. A.) Zur Entscheidung darüber: wo die Grenze eines Grundstücks liegt, kann der Inhalt des §. 43 nicht gebraucht werden, wie es von einem Appell.-Gericht doch geschehen ist. Erk. des Obertr. vom 15. und 24. Nov. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 130).

33) Die Zuschlagung unbeweglicher Sachen erfordert ausdrückliche Erklärung in schriftlicher Form. Die bloß faktische Vereinigung einer unbeweglichen Sache mit einer anderen unbeweglichen macht die eine noch nicht zum Pertinenz der anderen, z. B. wenn der Besitzer sie zusammen bewirthschaftet. Vergl. Struben, rechtl. Bed. I, n. 75; II, n. 130. (5. A.) Das Obertr. ist anderer Meinung, denn „eine besondere Form für die Handlung oder Bestimmung ist nicht vorgeschrieben. Die Handlung oder Bestimmung des Eigenthümers muß nur erkennen lassen, daß die zugeschlagene Sache mit der Hauptsache nicht bloß zu vorübergehenden Zwecken, sondern dauernd verbunden sein soll." Erk. vom 26. Januar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 337). Richtig, darauf allein kommt es an. Es handelt sich nicht um die verbindende Form eines Negotiums, sondern nur um die für Jedermann zugängliche Erkennbarkeit eines gewissen Rechtsstandes, wobei das Publikum in Betreff des Eigenthums- und Hypotheken-Verkehrs interessirt. Giebt es ein sicheres Kennzeichen außer der bei dem Hypothekenamte niederzulegenden Schrift, so ist es gut, man muß es nur wissen; das Obertr. spricht davon nicht. Giebt es aber kein solches Kennzeichen, so macht der Ausspruch des Obertr. den Rechtszustand unsicher; einer stillschweigend und einsam unternommenen Handlung eines Menschen vermag niemand hinterher anzusehen, in welcher Absicht sie geschehen.

34) D. h. durch menschliche Willkür, im Gegensatze zur Natur, von deren Wirksamkeit der vorhergehende §. spricht. Es muß nicht heißen: „des Eigenthümers". Vergl. I, 20, §. 470; L. 17, §. 7 D. de act. emti (XIX, 1), L. 242 §. ult. D. de verbor. signif. (L, 16). — (4. A.) Zur Begründung der Pertinenz-Eigenschaft einer Gutsparzelle ist der Nachweis erforderlich, daß diese Parzelle früherhin selbstständig besessen und durch menschliche Bestimmung als Nebensache mit dem Gute verbunden worden ist. Erk. des Obertr. vom 20. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 353).

(4. A.) Bei der von den bäuerlichen Wirthen der Gutsherrschaft abgetretenen Landentschädigung bedarf es ausnahmsweise einer besonderen Zuschlagung nicht. Anm. 56 zu §. 147 der Gem. Th.-O. v. 7. Juni 1821 (Tit. 17, Abschn. 4).

(4. A.) Durch die Vermerkung der Zuschlagung im Hypothekenbuche wird die Pertinenzqualität nicht erst bewirkt, sondern kundgethan und konstatirt. Erk. des Obertr. v. 9. Nov. 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 197). Vergl. das Präjudikat Bd. III, S. 229.

35) Dieser §. scheint zwar dasselbe zu sagen, was schon der §. 42 enthält. Denn im §. 42 wird angedeutet, daß die mit einer anderen Sache in dauernde Verbindung gesetzte, d. h. durch menschliche Willkür damit verbundene, Sache ein Zubehör derselben sei; und der §. 44 sagt gleichfalls, daß die von dem menschlichen Willen ausgegangene Zuschlagung einer Sache zu einer anderen die Pertinenzqualität gebe. Doch sind Verschiedenheiten zwischen beiden Satzungen, die nämlich, daß der §. 42 sich auf eine einzelne Sache bezieht und eine solche Verbindung beider Körper meint, daß beide ohne mechanischen Zusammenhang nebeneinander bestehen, sonst würden sie Eine Substanz bilden, wogegen der §. 44 von einem Ganzen (Inbegriff von Sachen) spricht, mit welchem eine körperliche Vereinigung einer anderen körperlichen Sache nicht denkbar ist, daher hier von der juristischen Vereinigung (Zuschlagung) gehandelt wird. Jede dieser beiden Stellen hat nithin verschiedene, einander ausschließende Begriffe zum Gegenstande ihrer Bestimmung; sie verordnen aber von beiden das Gleiche, nämlich: die körperliche oder juristische Verbindung einer körperlichen Sache mit einer anderen körperlichen Sache macht solche zum Pertinenz derselben (§. 42), und: die juristische Vereinigung einer körperlichen Sache mit einem Begriffsganzen macht solche gleichfalls zum Pertinenz desselben. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß, wenn einem Inbegriffe von Sachen eine Sache gleicher Art einverleibt wird, diese nicht Pertinenz, sondern Bestandtheil desselben wird. Neu angeschaffte Schafe, welche der Eigenthümer in seine Schafheerde nimmt, sind nicht Pertinenz, sondern Theile derselben. Vergl. Anm. 31. So bei Bibliotheken, Gemäldegallerien u. s. w. Das Gleiche gilt aus gleichen Gründen bei einem Landgute (auch ein Begriffsganzes) durch Einverleibung eines neuerworbenen Ackerstückes. Dieses ist dann ebenso gut ein Gutstheil wie die älteren Ackerstücke, oder man käme zu der Absurdität, daß ein aus unzusammenhängenden Ackerstücken bestehendes Landgut nur Pertinenzstücke, aber gar keine Substanz hätte,

§. 45. Auch bewegliche natürliche Zuwüchse einer Sache sind nur so lange, als sie davon noch nicht, vermöge des gewöhnlichen[35a]) Nutzungsrechtes, abgesondert worden, für ein Zubehör derselben anzusehen[36]).

§. 46. Die Nebensache, ohne welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden kann, wird, auch ohne ausdrückliche Erklärung, als Zubehör angesehen.

§. 47. Was zum Pertinenzstücke gehört, das gehört auch zur Hauptsache[36a]).

Pertinenzstücke eines Landgutes;

§. 48. Als Pertinenzstücke eines Landgutes[36b]) werden, in der Regel, alle darauf befindlichen Sachen[37]) angesehen, welche zum Betriebe des Ackerbaues und der Viehzucht[37a]) gebraucht werden[38]).

---

denn die Gebäude sind eigentliche instrumenta fundi. Die Praxis ist noch ziemlich unempfänglich für den Unterschied zwischen Substanztheilen und Pertinenzstücken. Selbst das höchste Gericht, der Bewahrer der echten Rechtsgrundsätze, sagt, Entsch. Bd. XV, S. 27, sogar in einem Plenarbeschl., in welchem jedes Wort abgewogen sein sollte: „Wird z. B. das Gut unter dem primitiven Namen besessen, und sind demselben von Seiten des Besitzers andere Grundstücke zugeschlagen, so bilden diese nach §. 42, Th. I, Tit. 2 ein Pertinenz oder Theil des Guts." Dem Verfasser ist Beides Eins. Die praktische Wichtigkeit des Unterschiedes tritt in der Anm. 37 deutlich hervor. (3. A.) Es liegt mir jetzt ob, den hier gegen das höchste Gericht angedeuteten Vorwurf zurückzunehmen: der besprochene Unterschied ist bei demselben vollständig zur bewußten Anerkennung und Geltung gekommen. In der sehr gründlichen und zutreffenden Begründung des Pl.-Beschl. (Pr. 2616) vom 19. März 1855 (und in der Anm. 78a zu §. 443, Tit. 20) heißt es: „Schließlich bleibt zu bemerken, daß der vorliegende Fall keine Veranlassung gegeben hat, die erhobene Streitfrage in Bezug auf Pertinenzstücke eines Gutes einer neuen Prüfung zu unterwerfen, daß es aber in jeder einzelnen Sache darauf ankommen wird, festzustellen, ob das geltend gemachte hypothekarische Recht wirklich einen abgetrennten, aber nicht abgeschriebenen Theil der Substanz, oder ein Pertinenzstück betreffe? indem auch Grundstücke Zubehörungen anderer unbeweglicher Güter sein können, und namentlich bei Gemeinheitstheilungen und Ablösungen Grund und Boden als Surrogat aufgehobener realer Berechtigungen erworben werden, bei denen dann die bisher festgehaltene Unterscheidung zwischen Substanztheilen und Pertinenzien von Erheblichkeit sein kann." (Entsch. Bd. XXX, S. 20.) (3. A.) Uebrigens bedarf es bei Surrogaten, welche gesetzlich in die Stelle von Pertinenzien treten, nicht der Handlung der Zuschlagung. „Das bei einer Gemeinheitstheilung, einer Regulirung behufs der Eigenthumsverleihung oder Ablösung von Reallasten zur Abfindung gegebene Land wird durch das Gesetz Zubehör des Gutes, zu welchem die Sache oder das Recht gehört hat, wofür die Abfindung gegeben worden ist. Das Recht darauf gehet auf jeden neuen Besitzer dieses Guts über." Pr. des Obertr. 2508 v. 31. Januar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 194). Vergl. Gem. Theil.-O. vom 7. Juni 1821, §. 147.

35a) (2. A.) Von ungewöhnlichen (außerordentlichen), die Substanz verringernden Nutzungen gilt mithin der Satz nicht unbedingt.

36) Das bezieht sich vermuthlich auf Junge, die sich noch bei dem Mutterthiere befinden. Aber wie lange bleiben sie denn Zubehör, wenn vermöge des Nutzungsrechts keine Trennung vorgenommen wird. Pfauen z. B. begleiten die Mutter und folgen ihr Jahr und Tag in gleicher Weise, wie am Tage ihrer Geburt, und verlieren sich dann erst allmählich. Die Bestimmung kann im Verkehre nachtheilig werden und Prozesse verursachen, wenn nicht angenommen wird, daß sie sich nur auf das Verhältniß des Eigenthümers zum Nutzungsberechtigten bezieht, auf welches sie zu beschränken ist. Bei Pachtungen wird der Satz am Anfange und Ende praktisch wichtig.

36a) L. 12, §. 6 D. de instructo (XXXIII, 7). — Hommel, Rhapsod., obs. 204, n. 25. — (4. A.) Die Bauholzgerechtigkeit einer Wassermühle erstreckt sich auch auf die Abschlagsschleuse des zur Mühle gehörigen Mühlenteiches. Erk. des Obertr. v. 4. Mai 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI. S. 137). Vergl. unten §. 105 d. T., u. unten, Tit. 22, §. 208 u. Anm. 13 dazu.

36b) (2. A.) Unter Landgut wird hier ein Inbegriff von, zum Zwecke des Ackerbaues und der Viehzucht vereinigten, unbeweglichen und beweglichen Sachen verstanden, gleichviel, ob die Grundstücke auf städtischem Territorium liegen, oder ob sie zum platten Lande gehören. Erk. des Obertrib. vom 28. Februar 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 9). Vergl. Tit. 21, §§. 151, 169. Der §. 188, Tit. 14 meint damit jedes Acker-, Wiesen- und Gartengrundstück. Die eigentliche Bedeutung des Ausdruckes muß jedes Mal aus dem Gegensatze oder Zusammenhange entnommen werden.

37) Der Begriff ist zu eng, auch Dienste und Leistungen der Bauern, namentlich auch der früheren Laßbauern, werden als Pertinenzstücke des berechtigten Hauptgutes angesehen. Man hat darüber gestritten; ob sie für Theile der Substanz oder für Pertinenzien zu erachten. Die Entscheidung ist

§. 49. Auch Vorräthe von Gutserzeugnissen, welche erforderlich sind, um die Wirthschaft so lange fortzusetzen, bis dergleichen Erzeugnisse aus dem Gute selbst, nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur, wieder genommen werden können, werden zum Zubehör desselben gerechnet[39]).

§. 50. Auch das Feldinventarium[40]), an Düngung, Pflugarten und Aussaat, gehört zu den Pertinenzstücken eines Landgutes.

---

endgültig für die Pertinenzqualität ausgefallen, Plenarbeschl. des Obertr. v. 29. April 1839 (Entsch. Bd. V, S. 1 ff.). An sich müßten die bäuerlichen Höfe freilich als Gutstheile und die dafür zu leistenden Dienste und Abgaben (oder die dafür zu entrichtende Ablösungssumme als Kaufpretium) für Bestandtheile angesehen werden. Allein aus publicistischen Gründen sind die statt Lohnes zur Nutznießung an Hofleute überlassenen Grundstücke durch positive Gesetze für selbstständige Besitzthümer erklärt worden, wodurch eine juristische Trennung derselben von dem Gute eingetreten war. Dadurch war ein Theil der Gutsfeldmark gleichsam in bewegliche Inventarienstücke des Gutes verwandelt worden, indem die Inhaber jener Grundstücke dem Gute die Arbeiter sammt dem Zugviehe und Geräthe vorhalten mußten. In Stelle der abgetrennten Gutstheile waren die instrumenta fundi des Hauptgutes getreten.

Die Ablösung solcher Leistungen und Dienste steht der Abtretung eines Pertinenzstückes gleich, auch hier tritt das Ablösungskapital (Pretium) nicht in die Stelle der Sache (Anm. 26), wenn nicht etwa die Dienste im Hypothekenbuche des berechtigten Gutes als Pertinenzstücke ausdrücklich vermerkt stehen, d. h. derjenige, welcher erst nach der Trennung das Gut oder eine Hypothek daran erwirbt, hat ohne solchen ausdrücklichen Vermerk kein Recht auf das abgetrennte Stück oder dessen Pretium. I, 20, §§. 443, 444. Deshalb gehen dergleichen Ablösungskapitalien bei einer nothwendigen Subhastation, wenngleich eine Abschreibung der Prästationen im Hypothekenbuche des berechtigten Gutes nicht erfolgt ist, nicht auf den Adjudikatar über, sofern durch den Kontrakt (Adjudikatoria) nicht ein anderes festgesetzt ist. Pr. des Obertr. 1315, v. 23. Juni 1843. Müßten die Dienste u. s. w. für Substanztheile angesehen werden (Anm. 35), so würde das Verhältniß sich anders stellen.

37 a) (5. A.) Der Begriff des Betriebes der Viehzucht ist nicht dahin beschränkt aufzufassen, daß darunter nur ein Züchten von Vieh zum Verkaufe, d. h. zum gewerbsmäßigen Handel, zu verstehen, vielmehr genügt es dem Begriffe der Viehzucht, wenn sie auch lediglich im Interesse der Landwirthschaft gepflegt wird. Erk. des Obertr. v. 28. Februar 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 10).

38) In dieser Beziehung ist es unerheblich, wenn eine Sache noch nicht gebraucht worden ist, es ist hinreichend, wenn sie vorhanden und zum Gebrauche an Ort und Stelle bereit ist. Nur ein Vorrath zum Ersatze erst künftig abgehender Stücke kann nicht als Zubehör angesehen werden. — Auch die Küchengeräthe, welche für die Wirthschaftsküche bestimmt sind, gehören zum Zubehör eines Landgutes. L. 18, §. 3 D. de instructo (XXXIII, 7). — Uebrigens ist hier nur von den Zubehörungen eines Landgutes als solchen Rede. Ist ein Wohnhaus auf demselben, so gelten von diesem die §§. 75 ff. noch außerdem.

39) Diese sollen nicht als selbstständige Sachen der Exekution unterworfen sein. Pr.-O. Tit. 24, §§. 71, 97. Diese Vorschrift ist positiver, zwingender Natur; folgerecht würde der Gläubiger dieses Pertinenz nicht weniger als die Hauptsache selbst anzugreifen berechtigt sein. — Man hat einen Widerspruch zwischen dem §. 49 u. I, 20, §§. 475 und 476 gefunden. Allein der §. 49 und 475 begegnen sich nicht; der §. 49 bezieht sich auf abgesonderte und der §. 475 auf unabgesonderte Früchte, welche nicht Pertinenz, sondern Theil der Hauptsache sind. Der §. 475 war aber eine nothwendige Bestimmung, um den Hypothekargläubiger gegen den Nutznngsberechtigten (I, 9, §. 221) zu schützen. Der §. 476, I, 20 begegnet dem §. 49 auch nicht, denn er sagt nicht, daß abgetrennte Früchte in der hier im §. 49 vorausgesetzten Beziehung und Ausdehnung Pertinenzstücke nicht sein könnten, sondern nur, daß ein Hypothekargläubiger die bereits vor der Beschlagnahme geschehene Veräußerung nicht rückgängig machen könne. Die Exekutionsvollstreckung selbst aber ist sonst in abgesonderte Früchte gegen den persönlichen Schuldner ohne Beschränkung, und gegen den bloßen Hypothekenschuldner in soweit, als die Früchte Pertinenzstücke sind, zulässig. Will der Gläubiger die Veräußerung abgesonderter Früchte in einer weiteren Ausdehnung hindern, so muß er die Beschlagnahme vor der Absonderung ausbringen. Dies ist der eigentliche Inhalt des §. 476. — Vergl. übrigens I, 21, §. 603.

40) Unter Feldinventarium wird der Zustand des Feldes nach den hier angegebenen Rubriken verstanden, nämlich: wann, wie stark und womit die einzelnen Felder oder Gewende gedüngt worden, ob frisch, ob vor einem Jahre oder vor zwei oder mehreren Jahren, was man auch die Trachten (erste, zweite u. s. w. Tracht) nennt; ferner: wie vielfährig die einzelnen Abtheilungen des Feldes bestellt worden sind, ob ein-, zwei-, dreifährig u. s. w.; ferner: womit und mit wie viel Scheffel pro Morgen die Felder besäet worden sind. Auf diese Zustände paßt der Begriff von Pertinenzen gar nicht; das Verzeichniß stellt die Beschaffenheit des Feldes zu einem bestimmten Zeitpunkte dar und dient nur dazu, die Beschaffenheiten desselben zu verschiedenen Zeiten zu vergleichen und darnach die Verbesserung oder die Verschlimmerung desselben festzustellen. Vergl. I, 21, §§. 610—614.

§. 51. Desgleichen aller Vorrath an natürlicher und künstlicher Düngung[41]).

§. 52. Alles auf dem Gute befindliche, zu dessen Bewirthschaftung bestimmte Zug- und Lastvieh, ingleichen alles vorhandene nutzbare Vieh, nebst den zu beiden gehörigen Geräthschaften[42]), sind Pertinenzstücke dieses Landgutes.

§. 53. An jungem Viehe wird soviel zum Zubehör des Gutes gerechnet, als zur Unterhaltung des Bestandes erforderlich ist.

§. 54. Vieh, welches bloß zum Verkaufe oder Hausgebrauch auf die Mast gestellt worden, ist kein Pertinenzstück eines Landguts.

§. 55. Die in den Teichen zur Besaamung oder zum Wachsthum ausgesetzten[43]) Fische werden als Zubehör des Teiches angesehen.

§. 56. Dagegen werden Fische in den Behältern dazu nicht gerechnet.

§. 57. Ueberhaupt sind Thiere, welche bloß zum Haus- oder persönlichen Gebrauche, oder zum Vergnügen des Besitzers gehalten werden, unter den Pertinenzstücken eines Landguts nicht mit begriffen.

§. 58. Gemeine Hühner, Gänse, Enten, Tauben und Truthühner werden zu den Pertinenzstücken eines Landgutes gerechnet.

§. 59. Seltene Arten von Federvieh gehören nur in soweit zu den Pertinenzstücken, als nicht gemeine Arten derselben Gattung in einer verhältnißmäßigen Anzahl vorhanden sind.

§. 60. In sofern alle vorstehend benannte Stücke bei einem Gute zwar befindlich, aber nicht dem Eigenthümer desselben, sondern einem Dritten zuständig sind[43a]), haben sie nicht die Eigenschaft der Pertinenzstücke[44]).

---

41) Alle diese Ausdrücke sind nicht recht passend. Unter „Düngung", was doch eigentlich das Verfahren, Aecker künstlich fruchtbar zu machen, bedeutet, sollen hier die Düngmittel, der Dünger verstanden sein. Diese Mittel sind eigentlich alle natürlich, denn sie werden alle aus Naturstoffen oder Naturprodukten bereitet. Das gewöhnliche Düngmittel ist ein Gemisch von verschiedenen Erzeugnissen der organischen Schöpfung, der sog. animalisch-vegetabilische Dünger. Ob sich auf diesen allein die Bezeichnung „natürlicher" beziehen soll, steht dahin. Denn sehr vielfach werden auch Substanzen der unorganischen Schöpfung angewendet, wie Kalk, Mergel und andere Salze, welche nicht weniger natürlicher Dünger sind. Das ist auch der Fall mit den verschiedenen chemischen Mischungen verschiedener Salze und Erden. Muthmaßlich aber sind mit dem „künstlichen" Dünger diese chemischen Zubereitungen gemeint. Da jedoch alle und jede Düngmittel verstanden sein sollen, so kommt auf die Unterscheidung nichts an. Praktisch wichtiger ist die Frage: ob die vorräthigen Substanzen zur Düngerbereitung, als: Stroh, Waldstreu, Moos, Düngererde, Mergel u. dergl., zum Gute gehören. Es ist zu bejahen, in soweit die Vorräthe aus dem Gute selbst genommen sind. Denn sie sind rohe Wirthschaftsvorräthe, welche nicht zur Verwerthung, sondern nur zur Fortstellung der Wirthschaft bestimmt sind. Vergl. I, 21, §. 603.

42) Vergl. oben §. 16 u. Anm. 16 dazu.

43) Man hat gegen diesen §. erinnert, daß nicht der Zweck oder die Thatsache des Aussetzens, sondern nur das Vorhandensein der Fische im Teiche die Pertinenzqualität entscheide (Revisoren, S. 13 des Entw.), sowie, daß ein Teich noch andere Pertinenzien habe. Beides mit Unrecht. Daß Fische, welche sich im Teiche befinden, ohne darin ausgesetzt worden zu sein, dazu gehören, gleichwie die Schütze, das versteht sich von selbst; gestritten werden kann aber darüber: ob die bei einer regelmäßigen Teichwirthschaft von Zeit zu Zeit ausgesetzten sog. Streichfische („zur Besaamung") und die wieder in andere (Streck-) Teiche ausgesetzten sog. Abwachskarpfen („zum Wachsthume"), ingleichen die nach Verlauf der Besatzzeit wieder herausgenommenen und in anderes Wasser („Behälter") gesetzten Fische Zubehör seien, oder nicht. Hierüber entscheiden die §§. 55 u. 56. Ueber den in den Streichteichen von den Besaamungsfischen erzeugten Saamen enthalten sie gleichfalls keine Bestimmung. Dennoch bezweifelt Niemand, daß die nicht eingesetzten, sondern im Teiche ursprünglich entstandenen Fische zum Teiche gehören. Steht die Fischgerechtigkeit einem Anderen außer dem Eigenthümer zu, so gehören dergleichen Besatzfische, wenn sie der Fischberechtigte eingebracht hat, zu dessen Gerechtigkeit. Vergl. §. 60.

43a) (5. A.) Dies hat derjenige, welcher es behauptet, zu beweisen; der Eigenthümer der Hauptsache ist den Beweis, daß die fraglichen Sachen, welche nach dem Gesetze für Zubehör zu erachten, nicht Eigenthum eines Dritten sind, zu führen nicht gehalten. Erk. des Obertr. vom 12. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 243). Auch Erk. dess. vom 5. Mai 1865, weil die §§. 60 und 108 nicht ein Erforderniß der Pertinenzqualität einer Sache, sondern vielmehr eine Ausnahme der allgemeinen Regel des §. 42 feststellen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 122.)

§. 61. Was von Pertinenzstücken eines Landgutes verordnet ist, gilt auch von dem Zubehör der bei einem städtischen Grundstücke befindlichen Vieh- und Ackerwirthschaft.

§. 62. Risse, Karten, Urkunden und andere Schriften, welche zur näheren Kenntniß eines Grundstückes, oder zur Begründung der Gerechtsame desselben dienen, sind als Pertinenzstücke davon anzusehen[45]).

§. 63. Betreffen dergleichen Urkunden zugleich andere Gegenstände, so muß der Uebernehmer der Hauptsache mit beglaubten Auszügen oder Abschriften davon sich begnügen[46]).

§. 64. Forstgeräthschaften sind Pertinenzstücke eines Waldes[47]). eines Waldes;

§. 65. Geschlagenes Holz wird zu den Pertinenzstücken eines für sich allein betrachteten Waldes nicht mit gerechnet[48]).

§. 66. Ist aber von einem Gute die Rede, bei welchem sich ein Wald befindet, so wird von dem vorhandenen geschlagenen Holze so viel, als zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zum nächsten gewöhnlichen Holzschlage erforderlich ist, zum Zubehöre dieses Guts gerechnet (§. 49).

§. 67. Zur Jagdgerechtigkeit[49]) gehören alle vorräthige Netze, Lappen und andere dergleichen Jagdgeräthschaften, nicht aber das Schießgewehr, die Jagdhunde und Pferde, oder andere zum persönlichen Gebrauche des Jagenden bestimmte Stücke. einer Jagdgerechtigkeit;

---

44) Vergl. §. 108. Wörtlich paßt der Grundsatz z. B. auf den Fall, wenn ein leeres Gut verpachtet ist und der Pächter alle Geräthschaften u. s. w. angeschafft hat. Die Hypothekargläubiger haben an diesen Sachen, unter dem Prätexte der Pertinenzqualität, keinen Anspruch, sie müssen selbst das neu geschaffene Feldinventarium (§. 50) vergüten. Der Grundsatz findet aber auch bei dem getheilten Eigenthume auf das Verhältniß zwischen dem Ober- und nutzenden Eigenthümer Anwendung. Hat ein Erbzinnsmann auf einem ihm zu Erbzinsrechten verliehenen Acker ein Gebäude, welches nach der ursprünglichen Bestimmung dieses Grundstücks nicht erforderlich war, errichtet, so wird dasselbe kein Theil oder Pertinenzstück des Erbzinsgutes, sondern bleibt eine Superficies des Erbzinsmannes, und wird deshalb dem Erbzinzherrn nicht laudemialpflichtig. Das Gleiche gilt von dem Inventarium unter der gleichen Voraussetzung: die angeschafften Stücke sind in Beziehung auf den Obereigenthümer gleichfalls keine Pertinenzstücke geworden. I, 18, §. 721. Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 27. (4. A.) Die §§. 60 u. 108 bestimmen jedoch nur, daß die bezeichneten Sachen nicht als Pertinenzien anzusehen sind, wenn sie von Anfang ihres Dortseins einem Anderen als dem Eigenthümer des Gutes gehören; sie bestimmen aber nicht, wie eine dem Eigenthümer des Gutes von Anfang gehörige Sache aufhört, ein Pertinenzstück zu sein, und daß sie durch Veränderung ihres Eigenthümers aus dem dinglichen Rechte des Hypothekengläubigers ausscheide. Erk. des Obertr. vom 12. Mai 1854 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. XIII, S. 96).

45) Wenn sie auch auf Verfügung des Gerichts zum Zwecke der nothwendigen Subhastation geschaffen worden sind, denn diese Anschaffung geschieht auf Kosten des Eigenthümers, mithin tritt nicht der Fall des §. 60 ein. Zu den Karten gehören die Vermessungsregister. Vergl. das Schr. des J.M. vom 25. Juli 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 11).

46) Der Vorwand aber, daß der Verkäufer zur Eviktionsleistung verpflichtet und dazu der Urkunden bedürfe, ist nicht hinreichend zur Zurückhaltung der Originalien. Vergl. I, 11, §. 126.

47) Auch diese Bestimmung soll die Aufzählung der Pertinenzstücke nicht erschöpfen. Daß Försterwohnungen und sonstige im Forste befindliche Gebäulichkeiten zum Walde gehören, versteht sich.

48) Wohl aber Windbrüche und aus Alter umgefallene Bäume, so lange sie sich in ihrer natürlichen Lage befinden. Vergl. I, 21, §. 33. — Aber auch geschlagenes Holz ist, so lange es aus demselben nicht fortgeschafft und dadurch räumlich getrennt ist, durch Verkauf, Uebergabe und Fällung aus dem dinglichen Rechte des Hypothekengläubigers nicht für geschieden zu achten, wenn und soweit der Holzschlag die Grenzen einer forstwirthschaftlichen Benutzung überschritten hat. Pr. 2239, vom 23. Sept. 1850. Das gilt jedoch nur in Beziehung auf den schon vorhandenen älteren Realberechtigten. Vergl. auch Entscheid. Bd. XVI, S. 349. Ist die Frage von einer späteren Erwerbung des Ganzen, so kann der Erwerber die als einzelne Sachen schon früher vom Ganzen veräußerten und wirklich übergebenen Theile und Pertinenzstücke nicht ansprechen, wenn sie auch noch nicht abgeholt worden sind. Pr. vom 9. Mai 1845 (Entscheid. XI, 207).

49) Solche giebt es seit dem Ges. vom 31. Okt. 1848 nicht mehr. Aber alle Jagdgeräthschaften werden nun als Zubehör des Landgutes, auf dessen Gemarkung die Jagd betrieben wird, anzusehen sein, weil die Jagd eine Wirthschaftsrubrik ist. Nach Analogie des §. 69.

einer Brau- u. Branntweinbrennereigerechtigkeit;

§. 68. Zur Brau- oder Branntweinbrennerei-Gerechtigkeit[50]) gehören die im Brau- oder Branntwein-Hause und Keller befindlichen Pfannen, Töpfe, Kessel, Fässer und andere Geräthschaften[51]).

§. 69. Wird aber eine solche Gerechtigkeit selbst als Zubehör eines Hauses oder Landgutes angesehen, so haben alle zum Gebrauche dabei bestimmte Geräthschaften, welche sich an dem Orte befinden, die Eigenschaft der Pertinenzstücke[51a]).

eines Weinberges;

§. 70. Alle zum Behufe eines Weinberges angelegte Geländer und Pressen, ingleichen die dazu gehörigen Geräthschaften[52]), wie auch die zur Bearbeitung des Weinberges, Einsammlung der Trauben und Verwahrung[52a]) des Mostes, nicht aber zur ferneren Aufbewahrung des Weines, vorhandenen Geräthschaften und Gefäße, sind für Pertinenzstücke dieses Weinberges zu achten.

einer Schankgerechtigkeit;

§. 71. Alle in der Schankstube und in dem Keller vorräthigen Schankgeräthschaften gehören zu der Schankgerechtigkeit, wenn dieses mit dem Grundstücke, worauf sie haftet, zugleich übergeben werden soll.

eines Kellers;

§. 72. Fässer und Gefäße[53]), welche in einem Keller zum beständigen Gebrauche bestimmt sind[54]), werden, in allen Fällen, als Pertinenzstücke des Kellers betrachtet.

eines Gartens;

§. 73. Zu einem Garten[55]) gehören alle zu dessen Anbaue, Gebrauche und Auszierung dienende Geräthschaften[56]), Gefäße, Rüstungen und Gebäude.

§. 74. Besonders werden dazu Orangerie und Blumen, nebst den Bildsäulen und Gemälden, die in freier Luft aufgerichtet sind, gerechnet[57]).

eines Gebäudes;

§. 75. Die Pertinenzstücke der Gebäude müssen nach den verschiedenen Bestimmungen derselben beurtheilt werden[58]).

---

50) Oder eine Propinationsanstalt überhaupt, auch ohne Gerechtigkeit im rechtlichen Sinne.

51) Auch Waagen und Gewichte. Keinesweges vorräthige Materialien an Hopfen, Malz, Holz u. dergl. Vergl. §. 93.

51a) (5. A.) Befindet sich eine Brennerei auf einem Landgute, so gehören auch die zu der Brennerei gehörenden beweglichen Pertinenzstücke zu dem Inventar des Landguts (§. 103). Dies gilt auch von denjenigen an sich beweglichen Pertinenzien, welche mit dem Brennereigebäude in feste Verbindung gesetzt sind (§§. 79, 80). Erk. des Obertr. v. 14. November 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 287).

52) Namentlich die im Gebrauche befindlichen, und bereits zur Verwendung bestimmten Pfähle, nicht aber der zum künftigen Gebrauche vorhandene Vorrath von Pfählen. Vergl. L. 17, §. 10 D. de act. emti (XIX, 1).

52a) Gährung und Abklärung. Es genügen also nicht die Gefäße, in welche der frische Most von der Presse aufgefüllt wird.

53) Regale und ähnliche Gestelle zur Aufbewahrung anderer Dinge.

54) Die Bestimmung wird ohne äußeres Merkmal oft schwer zu erkennen sein. Die Befestigung ist wohl entscheidend, doch nicht der einzige Beweis. „Dolia — si ita illigata sint aedibus, ut ibi perpetuo posita sint.“ L. 26 pr. D. de instructo (XXXIII, 7).

55) Zu einem Hopfengarten gehören auch die im Gebrauche befindlichen Stangen. Vergl. Anm. 52.

56) Dazu würden auch Leitern, Gießinstrumente, Gartenscheeren, Messer, Raupeisen und dergl. Gärtnerwerkzeuge gehören, was nicht gemeint sein kann. Damit verhält es sich wie mit den zum persönlichen Gebrauche bestimmten Jagdgeräthen, §. 67.

57) Eine Nachbildung der L. 12, §. 23 D. de instructo (XXXIII, 7).

58) Die Pertinenzstücke sind eine künstliche Erweiterung der Hauptsache und können nur durch die wirklich auch ausgeführte Bestimmung des Eigenthümers, wenn er zugleich Eigenthümer der Hauptsache ist, in dieses Verhältniß gesetzt werden. Die Bestimmung kann formlos, auch durch bloße Handlung oder Verwendung geschehen. §. 44. Daraus entsteht jedoch die Schwierigkeit, die Pertinenzeigenschaft, bei entstehendem Streite darüber, zu erkennen. Dabei soll der Richter im Allgemeinen auf die Bestimmung des Gebäudes sehen und nach dem Gebrauche, oder der Verwendung, welche man von den darin befindlichen beweglichen Sachen macht, je nachdem solcher der Bestimmung des Gebäudes dient, oder nicht, ermessen: ob die Sache für ein Pertinenzstück zu halten. Dieses Prinzip spricht der §. 75 aus. Es ist der röm. Grundsatz: aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium

§. 76. Zu einem Wohnhause gehört alles, ohne welches dasselbe weder bezogen, noch vollständig bewohnt werden kann.

§. 77. Möbeln, Hausrath und Geräthschaften gehören nicht nothwendig zum Hause.

§. 78. Sie werden aber dazu gerechnet, wenn sie, ohne Beschädigung des Baues, nicht weggenommen werden können[59]).

§. 79. Dagegen sind Geräthschaften, welche, nach der Bestimmung eines Gebäudes[60]), zum Betriebe eines gewissen Gewerbes gewidmet sind, für ein Zubehör des Gebäudes anzusehen.

§. 80. Es wird vermuthet, daß eine bewegliche Sache zum Pertinenzstücke eines Gebäudes bestimmt sei, wenn dieselbe eingegraben, eingegossen, eingemauert oder durch Zimmerarbeit damit verbunden ist[61]).

§. 81. Diese Vermuthung fällt aber weg, wenn aus der eigenthümlichen Beschaffenheit eines solchen Stückes erhellet, daß dasselbe nicht zum Gebrauch des Hauses, sondern der Person des bisherigen Besitzers, oder einer andern beweglichen Sache, die selbst kein Pertinenzstück ist, bestimmt gewesen.

§. 82. Befestigte Schlösser[62]) und die dazu gehörenden Schlüssel, nicht aber die Vorlegeschlösser[63]), sind Pertinenzstücke eines Gebäudes.

§. 83. Angeschlagene Wandtapeten, ingleichen die in der Wand befestigten Jalousien und Fensterladen, desgleichen Hausglocken und Bratenwender[64]), so wie alle Kaminbretter, sind für Pertinenzstücke zu achten.

§. 84. Eben diese Eigenschaft haben selbst bewegliche Oefen und Ofenthüren, ingleichen Haus- und Bodenleitern und Feuerlöschinstrumente.

§. 85. Dagegen werden Kleider- und Bücherschränke, wenn sie auch in oder an der Wand befestigt worden, dafür, im zweifelhaften Falle, nicht geachtet[65]).

---

solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur, ut puta puteal. L. 13, §. 31 D. de act. emti (XIX, 1). Der Gebrauch, wozu die Sache bestimmt ist, muß ein bleibender sein; ein bloß gegenwärtig gemachter Gebrauch macht eine Sache nicht zum Pertinenzstücke. L. 17, §. 7 D. eodem. — Die folgenden §§. 76 ff. enthalten Anwendungen dieses Grundsatzes und Entscheidungen zweifelhafter Fälle.

59) Oder wenn das Haus in Pausch und Bogen verkauft ist. I, 11, §. 88.

60) Das Gebäude muß hauptsächlich zu dem Gewerbetriebe bestimmt sein, wie z. B. eine Lohgerberei, eine Glasschleiferei, eine Brennerei (Anm. 51 a) und dergleichen Fabrikgebäude. Wenn aber in einem bestimmten Raume eines Wohnhauses eine sog. Werkstelle nebenbei eingerichtet wird, so werden die darin befindlichen Werkzeuge nicht als Zubehör des Hauses angesehen werden dürfen. Unter Umständen kann es zweifelhaft sein, namentlich bei Schmiedewerkstätten, welche in einem Wohnhause eingerichtet sind. Hierbei entscheidet die Bezeichnung des Gegenstandes des Kaufes oder Legates. Wird das Wohnhaus verkauft, so gehört das Schmiedewerkzeug nicht dazu; ist das Haus nebst Schmiede als Gegenstand genannt, so sind die Schmiedegeräthschaften Zubehör. — (5. A.) Vorhandene Schulbänke eines Schullokals stellen sich in baulicher Beziehung als ein Bestandtheil des Schulgebäudes selbst dar. Was vom Gebäude im Ganzen, hinsichtlich der Bau- und Reparaturpflicht, gilt, muß auch in Betreff seiner einzelnen Bestandtheile gelten. Erk. des Obertr. vom 9. November 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 89).

61) Die Römer nennen solche Sachen fixa vincta (L. 38, §. 2 D. de act. emti XIX, 1), im Gegensatze von ruta caesa (L. 17, §. 6 D. eodem). Es ist dasselbe, was die Praktiker erd-, wand-, band-, mauer-, niet- und nagelfest nennen. Eine solche mechanische Verbindung ist, wenn nicht andere Umstände dagegen sprechen (§§. 81 und 85), ein so starkes Zeichen für die Bestimmung des Gegenstandes zum Pertinenzstücke, daß sie schon für sich allein ein hinreichender Beweis dafür ist, der durch Gegenbeweis widerlegt werden muß. Die hier angegebenen Befestigungsarten sind auch nur Beispiele. Vergl. oben, Anm. 51 a.

62) Diese sind eigentlich pars aedium, wie die Thüren selbst.

63) Von diesen muß ihre Bestimmung zum beständigen Gebrauche besonders nachgewiesen werden.

64) Wenn sie befestigt sind, sonst stehen sie anderen Küchengeräthen gleich.

65) Anwendung des Grundsatzes §. 81.

§. 86. Schränke und Bettstellen aber, die in der Mauer selbst befestigt sind, werden für Pertinenzstücke angesehen.

§. 87. Buden und Kramladen, welche an ein Haus angebaut sind, und mit diesem bisher einerlei Eigenthümer gehabt haben, werden als ein Theil des Hauses betrachtet[66]).

§. 88. Materialien, welche zur Ausbesserung, Verschönerung oder Vergrößerung eines Gebäudes bestimmt, und schon auf dem Bauplatze befindlich sind, gehören zu den Pertinenzstücken desselben[67]).

§. 89. Desgleichen diejenigen Materialien, welche von einem eingefallenen oder eingerissenen Gebäude noch vorhanden sind[68]).

eines Gasthofes; §. 90. Zu einem Gasthofe gehören Betten und alle Geräthschaften, die eigentlich zur Aufnahme und Bewirthung der Reisenden und ihres Gespannes bestimmt sind[69]).

eines Schiffes; §. 91. Als Zubehör eines Schiffes sind alle dabei befindliche, und zu dessen Gebrauche bestimmte Anker, Masten, Taue und andere Schiffsgeräthschaften[70]), ingleichen Kanonen, nicht aber anderes Gewehr, und noch weniger Munition oder Kriegsbedürfnisse, anzusehen.

einer Mühle; §. 92. Zu einer Mühle gehört, außer den Geräthschaften, welche zum Betriebe des Werks dienen, auch das vorräthige, zur Ausbesserung bestimmte Schirrholz und Eisengeräthe[71]).

einer Fabrik; §. 93. Zu den Pertinenzstücken einer Fabrik werden nur die zu deren Betrieb

---

66) Vergl. oben die Anm. 8 zu §. 6 d. T.

67) Im R. R. wird das Gegentheil angenommen. L. 17, §. 10 D. eod.

68) So wie diejenigen Stücke, welche von einem noch stehenden Gebäude herausgenommen sind und später wieder eingefügt werden sollen. Vergl. L. 17, §. 10 cit.

69) Und dieser Bestimmung gemäß auch in Gebrauch genommen sind. Damit stimmen auch die gemeinrechtlichen Praktiker jener Zeit überein. Unter v. A. s. m. Schilter, Exercit., IV, §. 23, p. 85; Carpzov, P. III, const. 24, def. 10; Berger, Electa, XXXV, obs. 2, p. 1470 et Oec. jur. II, 1, §. 7. Das praktisch Wichtige ist auch hierbei die Beweisführung. Ein erheblicher Umstand ist der Ort, wo die streitigen Möbel und Betten sich befinden, namentlich ob sie in den zur Aufnahme von Fremden bestimmten Zimmern angetroffen werden, oder ob sie gar mit der Zimmernummer bezeichnet sind.

70) Auch die Boote. II, 8, §. 1398 u. A. G.O. I, 50, §. 684 u. H.G.B. Art. 453. Doch im Falle eines Verkaufes oder einer anderen Uebertragung des Eigenthums unter Lebenden nur dann, wenn sie im Kontrakte oder in einem besonders aufgerichteten Inventarium verzeichnet sind. §. 1400 a. a. O. Diese Beschränkung bezieht sich nicht auf Erwerbungen von Todeswegen (Legate), oder auf Bodmerei und Pfandrechte. Die röm. Juristen waren über die Pertinenzeigenschaft des Bootes uneinig, von der Gesetzgebung gebilligt ist die verneinende Meinung. L. 29 D. de instructo (XXXIII, 7); L. 44 D. de evict. (XXI, 2.)

71) Diese Bestimmung bezieht sich auf die Maschine und deren Zubehör. Was zu einer vollständig eingerichteten Mühlenwirthschaft und zu dem Betriebe des Müllergewerbes noch sonst gehört, ist eine hier nicht berührte Frage. Diese ist nach der getroffenen Einrichtung und Bestimmung des Müllers, der in seinem Eigenthume das Gewerbe treibt, zu entscheiden. Hat er dazu Zug- und Lastthiere und Wagen bestimmt, um Getreide herbeizuholen und Mehl abzuführen, so gehören diese Gegenstände als Pertinenzstücke zu dieser Mühlenwirthschaft. Ob Mühlesel und Pferde als zur Mühle gehörig zu erachten, oder nicht, darüber existirt eine Kontroverse des R.R. nicht, wie man in den Ergänz. zu §. 92 voraussetzt. Die L. 12, §. 10 und die L. 18, §. 2 D. de instructo beziehen sich gar nicht auf diese Frage, sondern auf bewegliche Mühlen bei Landgütern, und widersprechen sich auch nicht, denn die Meinung des Labeo im §. 2 wird reprobirt.

(4. A.) Ein Mühlenteich — sagt das Obertr. — ist gemeinrechtlich niemals als Pertinenz der Mühle erachtet worden, sondern nur der Mühlkanal oder Mühlgraben. Struben, rechtliche Bedenken. Bd. I, Nr. 75; Leyser, Medit., spec. 100, med. 3—7; Erk. des Obertr. vom 10. Nvbr. 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 155). Die in diesem Erk. angezogenen, vorher genannten Schriftsteller berühren die Frage nicht; Leyser namentlich führt a. a. O. nur aus, daß per solam coëmtionem et compossessionem kein Pertinenzstück gemacht werde, sondern hierzu gehöre, daß der Eigenthümer diesfalls seinen Willen klar an den Tag gelegt habe. Das sagt auch der §. 44 d. T. Vergl. oben Anm. 31 a.

bestimmten Geräthschaften, nicht aber die vorräthigen Materialien, oder in der Arbeit befindlichen, und noch weniger die bereits verarbeiteten Sachen gerechnet[72]).

einer Apotheke;

§. 94. Dagegen gehören zu einer Apotheke, außer den vorhandenen Geräthschaften und Gefäßen, auch die darin befindlichen Apothekerwaaren.

eines Kramladens;

§. 95. Bei einem Kramladen werden zwar Tische und Waarenbehältnisse, aber nicht die vorräthigen Waaren selbst, als Pertinenzstücke angesehen.

einer Bibliothek u. eines Naturalienkabinets;

§. 96. Zu einer Bibliothek werden auch die Repositorien und Schränke gerechnet, in welchen sich die Bücher befinden.

§. 97. Auch zu Naturalien- und Kunstsammlungen gehören die zu deren Aufstellung gewidmeten Behältnisse.

§. 98. Bildsäulen und andere Sachen, die außer den Behältnissen bloß zur Auszierung des Zimmers bestimmt waren, sind keine Pertinenzstücke der Bibliothek oder des Naturalienkabinets[73]).

§. 99. Dagegen werden Erd- und Himmelskugeln, Landkarten, Zeichnungen und Kupferstiche, sie mögen gebunden oder ungebunden sein, zur Bibliothek gerechnet.

§. 100. Kupferstiche hingegen, die in Rahmen gefaßt sind[74]), gehören nicht zur Bibliothek.

einzelner Thiere;

§. 101. Zu einzelnen Thieren gehören bloß die zu ihrer Bewahrung[75]) nöthigen Geräthschaften, nicht aber, was sonst zum Gebrauche oder zur Auszierung derselben bestimmt ist.

von Schmuck und Geschmeide;

§. 102. Zum Schmuck und Geschmeide gehören auch die bloß zu ihrer Verwahrung bestimmten Futterale[76]).

---

72) Die vorräthigen und die in der Arbeit befindlichen Materialien, nicht aber die fertigen Sachen müssen bei einem Verkaufe in Pausch und Bogen bei der Fabrik gelassen werden. I, 11, §. 89. In dem Verhältnisse unter mehreren Miterben, welche eine Erbschaft, in der eine Fabrik befindlich, unter sich theilen, gilt der Grundsatz, daß die zur immerwährenden Fortsetzung der Anstalt gegebenen Fonds niemals zur Erbtheilung kommen, sondern demjenigen Erben zufallen, welcher die Fortsetzung der Fabrik übernimmt. K.O. v. 3. Nov. 1804 (N. Arch. III, 429) und Anh. zur Proz.-O. (Tit. 46, §. 12) §. 305. Muthmaßlich sind unter den „gegebenen" Fonds die vom Staate gegebenen verstanden. Der Grundsatz ist von dem damaligen General-Fabriken-Departement angenommen und durch K.O. auch den Gerichten vorgeschrieben worden.

73) Außer bei einem Kaufe in Pausch und Bogen. I, 11, §. 91.

74) Dadurch haben sie eine andere Bestimmung erhalten als Theile einer Kunstsammlung zu sein; denn nur in dieser Bedeutung gehören solche und ähnliche Kunstprodukte (Steindrücke, Holzschnitte, Federzeichnungen) zur Bibliothek. Daß Kupferstiche nicht zu einer Gemäldesammlung gehören, kann nach dem Wortlaute nicht in Frage kommen. Hat Jemand eine Gemäldesammlung und auch eine Kupferstich- u. s. w. Sammlung, aber keine Bibliothek, so ist keine dieser ungleichartigen Sammlungen ein Pertinenzstück der anderen.

75) Bei Pferden die Halfter, bei Rindvieh der Strick; im Verkehre das nicht einmal. Wer zum Pferde- und Viehkaufe geht, bringt sich seine Leitstricke mit. In Beziehung auf Vögel und deren Gebauer hat die Bestimmung nur bei Legaten praktische Bedeutung. Im täglichen Handel und Wandel denkt Niemand daran, einem verkauften Vogel (der Verkäufer hat vielleicht ein Paar Dutzend Vögel in einem Bauer) das Bauer mitzugeben. Dazu ist auch kein Bedürfniß.

76) Dieser eine Fall von Pertinenzstücken einzelner beweglicher Sachen ist weniger zweifelhaft als viele andere Fälle. Alle sind nach dem Grundsatze (§§. 42, 44) zu entscheiden, daß allein die ausgeführte Bestimmung des Eigenthümers einer Sache die Pertinenzeigenschaft in Beziehung auf eine andere giebt, und daß, in Ermangelung eines direkten Beweises, solches aus den Umständen entnommen werden muß. Ein anderer Fall, betreffend die Gefäße von vermachten flüssigen Sachen, ist I, 12, §. 407 entschieden. In der Praxis sind zwei andere Fälle streitig geworden. 1. Das Verhältniß der Zinsrekognition eines außer Kurs gesetzten Pfandbriefes zu dem Pfandbriefe. Die Rekognition ist kein Pertinenzstück des Pfandbriefs, sondern das Zinsenrecht ist ein Nutzungsrecht, die Zinsen sind Früchte; die auf keinen bestimmten Inhaber lautende Zinsrekognition ist eine über das abgetrennte Nutzungsrecht lautende lettre au porteur, welche durch die Sperrung des Pfandbriefes dem freien Verkehre nicht entzogen wird, und Beides — der Pfandbrief und die Rekognition — sind nicht in jeder Beziehung als ein untrennbares Ganze anzusehen. Pr. des Obertr. v. 29. April 1839 (Schles. Arch. I, S. 221 ff.; Entsch. Bd. I, S. 235, wozu meine Beurtheilung S. 48). Beide ver-

Inventarium.

§. 103. Der Inbegriff der zu einer Sache gehörenden beweglichen Pertinenzstücke wird das Inventarium derselben genannt[76a]).

§. 104. Inventarium überhaupt ist das Verzeichniß aller zu einem Inbegriff gehörigen Stücke[77]).

Grundsätze v. Pertinenzstücken[78]).

§. 105. Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil[78a]).

---

halten sich zu einander wie Proprietät und Nutzungsrecht. 2. Das Verhältniß der Versicherungsgelder zu der versicherten, nachher verunglückten Sache. Man hat darauf die apokryphische Regel: pretium succedit in locum rei (wenn es noch der Satz: surrogatum sapit naturam surrogati, wäre), anwenden wollen und auch an die Pertinenzeigenschaft der Versicherungsgelder gedacht. Zwischen Sache und Versicherung ist jedoch, nach Natur- und Rechtsgesetzen, gar kein Rechtsverhältniß. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 253 ff. Auch zu vergl. I, 20, §§. 309, 310. (3. A.) In einem Nichtigkeitsurtel vom 25. Novbr. 1852 (Entsch. Bd. XXV, S. 409; auch in einem Erk. v. 27. März 1851, Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 330) macht das Obertr. eine entgegengesetzte Meinung geltend; es ist jedoch nicht leicht zu sagen: welches Prinzip es dabei für entscheidend hält, ob jene Regel: pretium etc., oder den Satz: surrogatum etc., oder die Pertinenzeigenschaft; denn es ruft alle diese Sätze, die sich doch einander ausschließen, nicht eventuell, sondern als gleichzeitig wirkend an, es ist ihm Alles gleichviel. „Diese Summe" — heißt es — „welche, an die Stelle des zerstörten Gebäudes tretend (also pretium succedit in locum rei), jedem Eigenthümer des Bodens, auf welchem dies Gebäude stand, gebührt, (ist ein unrichtiger Satz; Gebäude und Boden können verschiedene Eigenthümer haben), hat ganz und gar die Natur einer Pertinenz im Sinne des §. 42, Tit. 2." Ein widersinniger Satz. Die Summe (die Geldsumme ist gemeint) kommt erst zur Entstehung, nachdem die Sache vernichtet worden ist, kann also nicht schon Pertinenz der noch vorhandenen Sache sein. Soll hier, in Beziehung auf die Assekuranz, etwas als Pertinenz der versicherten Sache betrachtet werden, so kann es nur das obligatorische Rechtsverhältniß sein (pactum in rem), welches durch den Assekuranzkontrakt gegründet worden ist. Das aber führt unabweisbar dahin, daß der Besitzer eines versicherten und zugleich verpfändeten Gebäudes diese Pertinenz ohne Einwilligung der Gläubiger nicht wirksam abhanden bringen kann; daß folglich der Assekuranzkontrakt zum Vortheile der Gläubiger, wenn diese der Auflösung widersprechen, fortdauern muß, was nach der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses ungeräumt sein würde. Nach den Grundsätzen des A. L.R. muß eine solche Jurisprudenz abgelehnt werden. Damit wird nicht geleugnet, daß durch positive Satzungen anomale Vorschriften gegeben werden können und auch gegeben worden sind. Und der Rechtsfall, auf welchen sich die fragliche Entscheidung bezieht, fällt auch unter das ostpreuß. Feuer- und Societätsreglement vom 30. Dezember 1837. Daß nach dessen Vorschriften die getroffene Entscheidung nicht begründet sei, behaupte ich nicht, wie ich auch das ältere Pr. 305, daß die Feuerversicherungsgelder eines abgebrannten Gebäudes, nach dem Kur- und Neumärkischen Reglement v. 30. Mai 1800, gewissermaßen in die Stelle des Gebäudes treten (Anm. 2 zu §. 3, Tit. 16), — an seinem Werthe unangefochten lasse. Eine ähnliche Vorschrift hat auch das Reglement für die Provinzialstädte-Feuersocietät der Provinz Schlesien v. 6. Mai 1842, §. 13 u. v. 1. Septbr. 1852. Vergl. dazu das Erk. des Obertr. v. 11. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 113). Aber daß „diese Ansicht auch dem Geiste der preußischen Versicherungsgesetze entspreche" — womit das A. L.R. nach den Allegaten §§. 1934, 1984, 2333, Tit. 8, Th. II u. §. 42, Tit. 2, Th. I gemeint wird — ist völlig unerweislich. — Nachgehends ist der Pl.-Beschl. des Obertr. v. 5. Dezember 1853, lautend: „Hypothekengläubiger sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht berechtigt, vermöge ihres dinglichen Hypothekenrechts und lediglich als Folge dieses Rechts die Feuerversicherungsgelder behufs ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Diejenigen Rechte, welche die Hypothekengläubiger aus speziellen Rechtstiteln ableiten, und diejenigen Rechte, welche sie aus den besonderen Feuer-Societäts-Reglements ableiten können, bleiben bei diesem Grundsatze unberührt" (J.M.Bl. 1854, S. 63 und Entsch. Bd. XXVII, S. 1) gefaßt worden, wodurch die irrende Praxis wieder in das rechte Geleis gewiesen ist. (4. A.) Diese Meinung hatte schon in dem Erk. v. 30. März 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 91) Geltung gefunden, ward dann aber wieder angefochten, wodurch der Pl.-Beschl. v. 5. Dezember 1853 veranlaßt worden.

76a) (5. A.) Vergl. oben, Anm. 51a.

77) Inventarium bedeutet im weiteren Sinne das Verzeichniß über das Inventarium im engeren Sinne, d. i. über die zu einem Inbegriffe gehörigen einzelnen Sachen. Eine Form ist im Allgemeinen nicht vorgeschrieben. Nur über die wesentlichen Erfordernisse verhalten sich die §§. 434—438, Tit. 9; das Formular, wovon im §. 439 a. a. O. Rede ist, wird nicht für wesentlich gehalten. Vergl. die Anm. dazu. Anwendungen der verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks unten Tit. 18. §§. 515 ff.

78) Unter dieser Ueberschrift wird dreierlei bestimmt: 1. wodurch eine Sache aufhört, ein Pertinenzstück zu sein, §§. 105 und 106; 2. in wiefern das Recht auf Pertinenzstücke auf einen neuen Besitzer übergehe, §. 107; 3. wie die Kollision der Grundsätze über die Pertinenzeigenschaft des na-

§. 106. Sie verlieren diese Eigenschaft nicht, wenn sie gleich einer vorübergehenden Ursache wegen auf eine Zeit lang von der Hauptsache getrennt worden [79]).

§. 107. Mit der Hauptsache gehet das Recht auf die Pertinenzstücke, auch auf solche, die nur für einige Zeit von der Sache getrennt worden, auf den neuen Besitzer über [80]).

§. 108. Was sonst, seiner Natur nach, ein Pertinenzstück ist, hat diese Eigenschaft nicht, sobald es einem andern, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört (§. 60) [81]).

---

türlichen Anwuchses mit dem Grundsatze über den Erwerb der Accessionen zu vereinigen, §. 108. Ueber die Zerlegung einer besonderen Sache und eines Begriffsganzen enthält erst die neuere Gesetzgebung Bestimmungen (Zus. zu §. 108).

78 a) (4. A.) Oben, Anm. 36 a zu §. 47 d. T.

79) Eine Sache hört auf ein Pertinenzstück zu sein durch die der Zuschlagung oder Vereinigung entgegengesetzte Handlung und Bestimmung des Eigenthümers, nämlich durch die Trennung von der Hauptsache in der Absicht, ihr eine andere dauernde Bestimmung zu geben. Eine vorübergehende Entfernung, etwa eine Verleihung oder Vermiethung, ist auf das Pertinenzverhältniß ganz einflußlos. Daher wird mit der Besitznehmung von dem Hauptgute auch der Besitz des in dem unvollständigen Besitze eines Dritten befindlichen Pertinenzstückes erworben. Erk. des Obertrib. v. 13. Novbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 41). Bei der Trennung beweglicher Pertinenzstücke von der Hauptsache bedarf es keiner Form, es kommt lediglich auf den Beweis der Thatsache und der damit verbundenen Absicht des Eigenthümers an, welcher Beweis hier ebenso wie bei der Zuschlagung aus den Umständen (indirekt) geführt werden kann. Der Hauptfall ist der der Veräußerung. Dabei genügt indeß die Veränderung des Eigenthümers allein nicht, vielmehr muß das Stück wirklich weggebracht und fortgeschafft, räumlich getrennt worden sein, wenn nämlich von der Ausübung des Hypothekenrechts eines älteren Gläubigers Rede ist. I, 20, §. 445. Pl.-Beschl. (Pr. 284) des Obertr. vom 10. Juli 1837. (Entsch. Bd. II, S. 383.) Pr. vom 9. April 1851. (Entsch. XXI, 429.) Bei einem Verkaufe der Hauptsache, so wie bei einer späteren Hypothekbestellung, gilt aber der Grundsatz §§. 60 und 108, was nämlich den Käufer gegenüber dem dritten Eigenthümer des früheren Pertinenzstückes betrifft. Vergl. aber Entsch. Bd. XI. S. 201 ff. Das obligatorische Recht des Käufers gegen den Verkäufer ist von anderen Umständen bedingt. — Unbewegliche Pertinenzstücke können nur in den vorgeschriebenen Formen von der Hauptsache mit der Wirkung getrennt werden, daß ein späterer Hypothekarius — das Recht des älteren versteht sich von selbst — daran keinen Anspruch erhält, I, 20, §. 410; ein späterer Käufer der Hauptsache aber kann es doch nicht vindiciren. Pr. 852 b, vom 3. April 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 279). Vergl. unten, Anm. 51 a. E. zu §. 78, Tit. 11.

(4. A.) Eine bedingte Abtretung ist einer vorübergehenden Ursache gleichzustellen. Durch die vor Bestätigung eines Separationsrezesses vorläufig bewerkstelligte Ausführung des Auseinandersetzungs-Planes und die in Folge dessen geschehene Uebertragung eines unbeweglichen Pertinenzstückes in anderen Besitz wird die bisherige Pertinenzeigenschaft des letzteren dauernd nicht aufgehoben. Erk. des Obertr. vom 9. December 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 15).

80) Pertinenzstücke, welche nur vorübergehend von der Hauptsache weggebracht worden sind (s. die vor. Anm.), behalten ihre Eigenschaft als solche und gelten als mit der Hauptsache zugleich veräußert. Den Besitz und damit das Eigenthum davon erwirbt der neue Erwerber durch die Uebergabe der Hauptsache nur dann, wenn das abwesende Stück nicht in dem wirklichen Besitze eines Dritten ist. I, 7, §§. 52, 54. Vergl. die vor. Anm.

(4. A.) Bei dem Verkaufe eines ganzen Gutes in einzelnen bestimmten Parzellen ist die dem Gute zugestandene Weidegerechtigkeit für mitverkauft zu erachten. Erk. des Obertr. v. 15. September 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 251). Es versteht sich, daß dadurch die Last des dienenden Grundstücks nicht erschwert werden kann und daß eine Theilung der Berechtigung zwischen den Parzellenkäufern mit Zuziehung des Eigenthümers des dienenden Gutes stattfinden muß, wenn die Parzellenbesitzer sich nicht über eine gemeinschaftliche Ausübung der Weidegerechtigkeit in einer Weise, wodurch die Last des dienenden Grundstücks in keiner Hinsicht erschwert wird, einigen. Hierüber s. m. auch das Erk. Deff. v. 13. Januar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 257).

(4. A.) Bei Dismembration einer bäuerlichen Stelle geht die derselben zustehende Holzgerechtigkeit, insbesondere das Recht auf Raff- und Leseholz, in Ermangelung anderweitiger Verabredung auf den Erwerber derjenigen Parzelle über, welche den Grund und Boden, auf welchem die Wohn- und Wirthschaftsgebäude sich befinden oder befunden haben — die Sohlstätte, Hofesröthe — einschließt. Dieser Grundsatz findet auch auf Dismembrationen vor dem Edikte v. 14. Septbr. 1811 Anwendung. Dekl. v. 29. Mai 1816, Art. 96. Erk. des Obertr. v. 7. Septbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 233).

(5. A.) M. s. auch unten die Anm. 51 a zu §. 80, Tit. 11.

81) Das Pr. 415, v. 19. Dezbr. 1837 sagt: „Der §. redet nicht davon, wie eine Sache aufhöre

Zertheilung von Grundstücken.

1. Verf.-Urk. v. 31. Januar 1850.

Art. 42. Das Recht der freien Verfügung über das Grundeigenthum unterliegt keinen anderen Beschränkungen, als denen der allgemeinen Gesetzgebung. Die Theilbarkeit des Grundeigenthums und die Ablösbarkeit der Grundlasten wird gewährleistet[82]).

2. Edikt v. 9. Oktober 1807 (G.S. S. 171).

§. IV. Die Besitzer an sich veräußerlicher[83]), städtischer und ländlicher Grundstücke und Güter aller Art, sind nach erfolgter Anzeige[84]) bei der Landespolizeibehörde, unter Vorbehalt der Rechte

---

ein Pertinenzstück zu sein, sondern er hat den Fall zum Gegenstande, wenn eine Sache, die ihrer Natur nach ein Pertinenzstück sein würde, einem Anderen als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört, und will darauf die Grundsätze von der Pertinenzqualität nicht angewendet wissen. Auch ist die Vorschrift selbst nur von beweglichen Sachen zu verstehen." Dadurch wird der wahre Inhalt dieser Vorschrift und damit ihr Verhältniß zum §. 60 nicht aufgehellt. Vor allem giebt der Ausdruck: „seiner Natur nach", Anstoß. Von Natur oder nach ihrer Natur kann keine Sache ein Pertinenzstück einer anderen sein. §§. 4 und 44. Was wird also damit gemeint? Von Zweien kann Eins gemeint sein. Es kann heißen sollen: eine Sache, welche nach ihrer Verwendung für Pertinenz einer anderen Sache gelten würde, ist keine Pertinenz, wenn sie einem Anderen gehört. Das enthält aber schon der §. 60 wortdeutlich, zwar nur in Beziehung auf ein Gut, aber doch immer nur als Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, welcher aus den Grundsätzen über Erwerb und Verlust des Eigenthums von selbst folgt, und daher keiner nochmaligen allgemeinen Wiederholung bedurfte. Diese Erklärung hat die Wahrscheinlichkeit nicht für sich. Das Gleiche gilt von der Deutung, daß der §. nur von beweglichen Sachen zu verstehen. Denn das ist der Fall des §. 60 ganz eigentlich, und die Bestimmungen, womit dieser §. 108 zusammenhängt, nämlich die §§. 106 und 107, sowie die Ueberschrift zu diesen drei §§., handeln von Pertinenzstücken überhaupt, also sowohl von beweglichen als von unbeweglichen; wogegen kein Umstand zwingt, den §. 108, seinem Wortlaute zuwider, auf bewegliche Sachen einzuschränken. Auch enthält die Vorschrift, in dieser Beschränkung, keine allgemeine Wahrheit; denn unter gewissen Umständen und in gewissen Beziehungen unterliegen sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen, welche nicht dem Eigenthümer der Hauptsache gehören, dem Einflusse der Pertinenzqualität; umgekehrt unterliegen unbewegliche Sachen diesem Einflusse, unter Umständen, eben so wenig wie bewegliche. S. Anm. 79. — Läßt man der Vorschrift ihre Allgemeinheit, welche der Wortlaut giebt, so hat sie allerdings ihre besondere, nothwendige Bedeutung. Nimmt man das „seiner Natur nach" zur Bezeichnung dessen — und dies ist das Zweite, was gemeint sein kann —, was die Natur aus einer Sache entstehen läßt und in ungenauer Sprachweise wohl auch als Zubehör bezeichnet wird, so ist die Bestimmung nothwendig, um die Kollision der Grundsätze von Zubehör und Theilen einer Sache und vom Fruchterwerbe auszugleichen; denn diese Grundsätze harmoniren im L.R. nicht so friedlich, weil willkürlich gemacht, wie im R. R. Die Voraussetzung ist selbstverständlich eine Getrenntheit des Nutzungsrechts von dem Eigenthume der Sache. In diesem Falle gilt der Grundsatz des § 221, I, 9, es kann die pfandrechtliche Regel I, 20, §. 21 nicht wohl gelten. Hierauf bezogen hat der §. 108 in Beziehung sowohl auf die unabgesonderten Früchte (partes fundi, also unbeweglich), als gewisse abgesonderte, also bewegliche Sachen seine besondere Bedeutung. Außerdem ist die Satzung bedeutungslos.

82) Das Staatsrecht vor 1807 hatte den Grundsatz der Geschlossenheit der Güter, daher dem L.R. die Zertheilung des Grundbesitzes unbekannt ist. Nur einzelne Pertinenzstücke oder auch Radikalien konnten abgetrennt und als besondere Sachen veräußert werden, doch unter Einhaltung des Prinzips, daß das Gut in seiner Substanz ungeschwächt bleibe. Was also einem Gute einerseits abging, das mußte auf der anderen Seite mit ihm wieder vereinigt werden, was gewöhnlich durch Zinsen, Renten und dergleichen vermittelt wurde. Hierüber wachte die Staatsbehörde im öffentlichen Interesse; kein Abveräußerungsvertrag war, auch unter den Parteien, gültig, den nicht die Landespolizeibehörde geprüft und genehmigt hatte. M. s. für Preußen: ostpreuß. Prov. R. Zus. 5; für Schlesien: Ed. v. 11. März 1787 und Dekl. v. 14. Aug. 1799 (Rabe V, 532); für die übrigen Landestheile: Th. II, Tit. 7, §. 14; die V. v. 12. Aug. 1749 (C. C. M. Cont. IV, Nr. 76, S. 182), wodurch die Einziehung bäuerlicher Stellen zu herrschaftlichen Vorwerken oder deren Vereinigung bei 100 Dukaten Strafe verboten wurde; das Ed. v. 12. Juli 1764 (N. C. C. Tom. III, S. 449, Nr. 42 de 1764), wegen Bebauung und Besetzung der wüste gewordenen und zu den Vorwerken eingezogenen Höfe und Aecker des platten Landes; das R. v. 28. Januar 1801 (Rabe Samml. Bd. VI, S. 431), betr. die Verbindung zweier steuerbarer Höfe in einer Person. Diese Beschränkung wurde durch das Edikt v. 9. Oktober 1807 (Zus. 2) aufgehoben, und das Staatsgrundgesetz will durch diesen Art. 42 für die bürgerliche Freiheit im Besitze und Genusse des Grundeigenthums Gewähr leisten.

83) Ausgedehnt auf an sich unveräußerlichen Grundbesitz durch das Ges. v. 3. März 1850 (Zus. 3), wenn es sich um kleine Parzellen handelt.

84) Eines Konsenses der Landespolizei bedarf es nicht mehr. Ueber die Aufnahme der Verträge und das Verfahren bei Zerstückelungen verhalten sich das Ges. vom 8. Januar 1845 (G.S. S. 25),

der Realgläubiger[85]) und der Verkaufsberechtigten, zur Trennung der Radikalien und Pertinenzien, sowie überhaupt zur theilweisen Veräußerung, also auch die Miteigenthümer zur Theilung derselben unter sich, berechtigt.

3. Ges., betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke[85a]). Vom 3. März 1850 (G.S. S. 145).

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen — für den ganzen Umfang der Monarchie, mit Ausnahme der auf dem linken Rheinufer belegenen Landestheile, was folgt:

§. 1. Jeder Grundeigenthümer, sowie jeder Lehns- und Fideikommißbesitzer ist befugt, einzelne Gutsparzellen gegen Auferlegung fester, nach den Vorschriften der Ablösungsordnung ablösbarer, Geldabgaben oder gegen Feststellung eines Kaufgeldes auch ohne Einwilligung der Lehns- und Fideikommißberechtigten, Hypotheken- und Realgläubiger zu veräußern, sofern[86]) bei landschaftlich beliehenen Gütern die Kreditdirektion, bei anderen die Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt, daß die Abveräußerung den gedachten Interessenten unschädlich sei.

§. 2. Ein solches Unschädlichkeitszeugniß darf nur ertheilt werden, wenn das Trennstück im Verhältniß zu dem Hauptgute von geringem Werthe und Umfange ist, und wenn die auferlegte Geldabgabe oder das verabredete Kaufgeld den Ertrag oder den Werth des Trennstücks erreicht.

§. 3. Das veräußerte Trennstück scheidet aus dem Realverbande des Hauptgutes, zu welchem dasselbe bis dahin gehört hat, aus, und die demselben auferlegte Geldabgabe[87]), sowie das verabredete Kaufgeld treten in Beziehung auf die Lehns- und Fideikommißberechtigten, Hypotheken- und Realgläubiger des Hauptgutes an die Stelle des Trennstückes.

§. 4. Hinsichtlich der Verwendnng der festgesetzten Kaufgelder in das Hauptgut kommen die gesetzlichen Vorschriften über die Verwendung der Ablösungskapitalien zur Anwendung.

§. 5. Alle Bestimmungen, welche den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen oder sich mit demselben nicht vereinigen lassen, werden außer Kraft gesetzt.

§. 109. Unter dem Nutzen einer Sache wird aller Gebrauch verstanden, welchen Jemand von derselben zu machen berechtigt[88]) ist.

§. 110. Nutzungen heißen die Vortheile, welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz[88a]), gewähren kann.

---

das abändernde Ges. v. 24. Februar 1850 (G.S. S. 68), und das G. zur Ergänzung des Gesetzes, betr. die Zerstückelung von Grundstücken, v. 3. Januar 1845. Vom 24. Mai 1853 (G.S. S. 241). Durch das letztere werden die Erleichterungen der Parzellenveräußerungen aufgehoben und die früheren Erschwerungen, welche das G. v. 3. Januar 1845 eingeführt hatte und die durch den §. 31 der V. v. 2. Januar 1849 beseitigt worden waren, wieder hergestellt. Darnach sind Veräußerungsverträge über einzelne Theile von Grundstücken, wenn sie nicht von dem grundbuchführenden Gerichte geschlossen werden, nichtig. (Zus. 7 zu §. 15, Tit. 10.) (4. A.) Auch die seit der Erlassung der V. v. 2. Januar 1849 bis zur Publikation des Gesetzes v. 24. Februar 1850 geschlossenen Privat-Parzellirungs-Verträge unterliegen der Nichtigkeit. Erk. d. Obertr. v. 27. Oktbr. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 162).

85) Auch die Rechte der Gläubiger erlöschen jetzt bei kleinen Parzellen, in Folge der auf diese Veräußerung gemachten Anwendung der Regel: pretium succedit in locum rei. Ges. v. 3. Mai 1850 (Zus. 3) §. 3. Vergl. Anm. 86.

85a) Zu vergl. das Ges. v. 13. April 1841, über den erleichterten Austausch einzelner Gutsparzellen, unten, Zus. 9 zu §. 457, Tit. 20.

86) Ueber diese Grenze hinaus kann die Zerstückelung nur mit Vorbehalt der Rechte des Realberechtigten an die Trennstücke ausgeführt werden. Wegen Sicherung der Hypotheken- und Realgläubiger sind die neuen Vorschriften im Ges. v. 2. März 1850, §§. 110 und 111 zu beachten.

87) Wird dieselbe später abgelöst, so wird hinsichtlich der Realgläubiger nach den Vorschriften der Ablösungsgesetze verfahren. S. die vor. Anm. 86.

88) Die Fassung ist nicht entsprechend. Nicht in der Berechtigung des Gebrauchers, sondern in der Tauglichkeit der Sache zum Gebrauche überhaupt (§. 111) liegt die Nützlichkeit der Sache. Gebrauch ist die Anwendung einer Sache als Mittel zur Erzielung eines Vortheils. Nutzen werden hier alle Vortheile überhaupt genannt, welche die Sache durch ihre Verwendung verschaffen kann, wenn auch die Substanz vernichtet, d. h. die Sache verbraucht wird (§. 120). Die Spezies des Nutzens, welchen die Sache unbeschadet ihrer Substanz verschafft, wird im §. 110 mit „Nutzungen" bezeichnet. Werthmesser der Sache sind nicht die Nutzungen, sondern der Nutzen. §. 111.

88a) (2. A.) Vortheile, durch welche die Substanz verringert wird, fallen mithin nicht unter den

Gemeiner Werth *).

§. 111. Der Nutzen, welchen eine Sache ihrem Besitzer leisten kann, bestimmt den Werth derselben [88b]).

§. 112. Der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann, ist ihr gemeiner Werth.

§. 113. Annehmlichkeiten oder Bequemlichkeiten, welche einem jeden Besitzer schätzbar sind, und deswegen gewöhnlich in Anschlag kommen, werden dem gemeinen Werthe [89]) beigerechnet.

Außerordentlicher Werth.

§. 114. Der außerordentliche Werth einer Sache erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welche dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann [90]).

Werth der besondern Vorliebe.

§. 115. Der Werth der besondern Vorliebe [91]) entsteht aus bloß zufälligen Ei-

---

Begriff der Früchte, z. B. die Ausbeute eines Bergwerks, der Ertrag einer Ziegelei, wozu vom eigenen Grunde und Boden das Material genommen wird. (4. A.) Deshalb enthält die gegen einen bestimmten Preis geschehene Ueberlassung der Ausbeute bestimmter Kuxe an bestimmten und vorhandenen Flötzen einen Sachkauf, nicht eine emtio spei oder emtio rei speratae, oder gar einen Pachtkontrakt. Erk. des Obertr. v. 20. November 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 155). (5. A.) Eben so ist es Kauf einer schon vorhandenen Sache, wenn der Besitzer eines Steinbruchs einem Anderen das Recht einräumt, die in dem Steinbruche vorhandenen Steine, so viel ihm davon beliebe, gegen Zahlung einer im Ganzen oder nach der Quantität der zu gewinnenden Steine bestimmten Geldsumme für sich zu brechen. Erk. dess. vom 10. April 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 79). Vergl. unten die Anm. 24 zu Art. 275 des H.G.B. (Th. II, Tit. 8). — Auch der Torf eines Grundstücks gehört nicht zu den Früchten, sondern zu der Substanz desselben. Erk. des Obertr. v. 3. März 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 36). Vergl. unten, Anm. 11a zu §. 259, Tit. 21.

*) (5. A.) Koenigsberger, de communi singulari et affectionis pretio secundum jus commune Borussicum. Vratislaviae 1856.

88b) (4. A.) Hinsichtlich der Angemessenheit einer auf Bestellung gelieferten Arbeit entscheiden die Preise der Zeit und des Ortes der Bestellung, sagt das Obertr. in dem Erk. v. 19. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 63). Ist nicht richtig: die Preise des Ortes, wo der Arbeiter oder Meister seinen Sitz (seine Werkstätte oder Fabrik) hat, sind maßgebend.

89) Werth einer Sache ist das Urtheil, wodurch die Sache auf ein gemeinschaftliches Drittes, auf Geld, gebracht, dem Gelde gleichgestellt wird. Das Urtheil bestimmt sich nach der Summe des Nutzens, zu welchem die Sache überhaupt tauglich ist. Durch diese Operation des Verstandes läßt sich der Inbegriff eines aus den verschiedenartigsten Rechten bestehenden Vermögens einer bestimmten Person auf eine Geldsumme zurückführen. Der Nutzen, wodurch sich der Werth einer Sache bestimmt, ist in seiner Größe verschieden nach der Anwendung, welche verschiedene Individuen davon zu machen verstehen oder zu machen im Stande sind. Daher ist die nämliche Sache dem Einen mehr, dem Anderen weniger werth. Hier wird ein Normalgebrauch vorgeschrieben: man soll in der Regel nur auf den Gebrauch sehen, den ein jeder Besitzer von der Sache machen kann. Vergl. die folg. Anm. Auch die einem Jeden schätzbaren Annehmlichkeiten oder Bequemlichkeiten kommen in Anschlag, nach A. G.O. II, 6, §. 16. Vergnügen läßt sich nicht nach einem allgemeinen Grundsatze veranschlagen, weil die Empfindungen der Menschen verschieden und wandelbar sind. Kunstwerke haben, wie jede andere Sache, einen gemeinen Werth, der nach ihrem Nutzen (Annehmlichkeit, Musterhaftigkeit u. s. w.) geschätzt wird. Simon, Rechtsspr. III, 339.

90) Von dem gemeinen Werthe, den eine Sache in den Händen eines Jeden hat (Anm. 89), unterscheidet dieser §. einen außerordentlichen Werth, dargestellt durch den Nutzen, welcher von ihr unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen zu ziehen ist. Was damit gemeint sei, ist nicht zu sagen. Der Wortsinn paßt ebenso auf Werkzeuge in den Händen des richtigen Handwerkers wie auf eine Feuerspritze, die darnach nur einen außerordentlichen Werth haben würden, was doch gewiß nicht gemeint wird. Man hat aber wohl nur an den Fall gedacht, wenn eine Sache auch noch einen anderen ungewöhnlichen Gebrauch, neben dem gewöhnlichen, zuläßt, z. B. ein Landgut, welches vermöge einer Quelle eine einträgliche Anlage, neben dem Landbaue, zuließe; ein abgerichtetes Thier und dergl. Darnach wäre der außerordentliche Werth nur der ordentliche einer gewissen einzelnen Sache, die vermöge ihrer Tauglichkeit zu einem noch anderen Gebrauche als dem gewöhnlichen, jedem Besitzer, welcher Nutzen daraus ziehen will, einen besonderen Nutzen leisten kann. Das R. R. rechnet einen solchen individuellen Werth zum gemeinen. Dasselbe kennt aber noch einen Werth nach dem besonderen Nutzen der Sache für Einzelne. L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 12). Vielleicht hat man auch hieran gedacht. — Vergl. unten, §. 9, Tit. 11 und die Anm. 5 zu §. 11 des Eisenbahn-Ges. v. 3. Novbr. 1838 (Zus. 5 zu Tit. 6, Th. II).

91) „Ex affectione", wie es L. 33 pr. cit., oder „affectus ratione", wie es L. 54 pr. D. mand.

genschaften oder Verhältnissen einer Sache, die derselben in der Meinung ihres Besitzers einen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beilegen.

Bestimmung des Werthes oder Abschätzung.

§. 116. In allen Fällen, wo nicht die Gesetze ein Anderes ausdrücklich vorschreiben[92]), wird der Werth einer Sache bei entstehendem Streite durch die Abschätzung vereideter Sachverständiger bestimmt[92a]).

§. 117. Bei dergleichen Abschätzungen wird in der Regel nur auf den gemeinen Werth der Sache Rücksicht genommen.

§. 118. Der außerordentliche Werth, sowie der Werth der besondern Vorliebe, werden nur in Fällen, wo es die Gesetze ausdrücklich billigen[93]), in Anschlag gebracht.

Unschätzbare Sachen.

§. 119. Sachen, deren Werth durch kein Verhältniß mit andern im Verkehr befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbar[94]).

Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen.

§. 120. Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt[95]).

§. 121. Wenn verbrauchbare Sachen Jemandem zum Verbrauch vergönnt worden, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte[96]).

---

ausdrückt. Daher der neuere Kunstausdruck: pretium affectionis. Den Werth aus Zuneigung oder Liebhaberei vermag nur der Besitzer selbst zu schätzen. Vergl. L. 36 pr. D. de bonis libert. (XXXVIII, 2).

92) Dergleichen Ausnahmen sind der öffentliche Verkauf, das juramentum in litem, die Preisstellung von der einen und die Annahme oder Ueberlassung von der anderen Partei (II, 1, §§. 572 und 648), und in einem Falle die Beibehaltung des Erwerbspreises mit Vorbehalt des künftigen Pluspretiums (Anh. z. A. L.R. §. 79).

92a) Diese Werthsbestimmung kann sehr verschieden ausfallen, je nachdem die Taxe nach den momentan geltenden Preisen (welche den gewöhnlichen Preis oft bedeutend übersteigen), oder nach den gemein gewöhnlichen oder gewissen Durchschnittspreisen anzulegen. Darüber muß im Parteienstreite richterliche Entscheidung erfolgen.

(4. A.) Die Abschätzung tritt auch ein, wenn die Verpflichtung zur Abtretung eines Grundstücks gegen einen dann zu vereinbarenden Preis vertragsmäßig feststeht und eine Vereinbarung nicht stattfindet. Erk. des Obertr. vom 21. Oktober 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 185).

93) Nach R. R. in allen bonae fidei judiciis (L. 24 pr. D. mand.); nach den Grundsätzen des L.R. aber in der Regel nur bei unerlaubten Beschädigungen aus Vorsatz und grobem Versehen (I, 6, §§. 85—87) und bei Expropriationen (I, 11, §. 9), also aus einer mit dem Willen des Beschädigers in Beziehung stehenden Ursache. Das Eigenthum hat mithin keine unbedingte vollständige Geltung.

94) Vermögensrechte, also Sachen im weiteren Sinne, sind immer schätzbar, sonst sind sie eben keine Vermögensrechte. Vergl. I, 4, §. 124.

95) Die Unterscheidung trifft nur eine Unterabtheilung von Sachen, nämlich diejenigen Genera von Sachen, d. h. diejenigen Arten von fungiblen Sachen, quae usu consumuntur vel minuuntur. Vermuthlich hat man hier die Sachen, welche nach ihrer Gattung und Güte in Betracht kommen (quae pondere, numero, mensura continentur), überhaupt, und nicht bloß diejenigen derselben, welche durch ihren sachgemäßen Gebrauch verbraucht werden, andeuten wollen; denn zur Zeit der Entstehung des L.R. wurden die s. g. fungiblen oder vertretbaren Sachen mit den verzehrbaren für einerlei gehalten. Man unterscheidet nämlich nach der Weise, wie eine Sache als Gegenstand der Willensherrschaft einer Person in Betracht kommt, bestimmte Sachen (individua, species), wenn es gerade auf einen gewissen bestimmten Körper ankommt, und Sachen nach ihrer Gattung (genera), wenn ein beliebig zu wählendes Stück einer Gattung von einer gewissen Güte der Gegenstand ist. I, 5, §§. 273, 275. Bei dem Genus vertritt ein Stück das andere, es kommt nur auf Gattung, Güte und Menge an (I, 5, §. 275), (quod in genere suo functionem recipiant per solutionem, L. 2, §. 1 D. de rebus cred.), daher man diese Sachen fungible (res fungibiles) und jene nicht fungible (res non fungibiles) nennt. Die allerfungibelste Sache ist das Geld. Auch auf Handlungen wendet man diese Unterscheidung an. (I, 5, §§. 415, 416.) — Diejenigen Sachen, welche durch Verbrauch am sachgemäßesten gebraucht werden, die verbrauchbaren, sind nun eben eine Unterart der fungiblen oder vertretbaren Sachen. Die verbrauchbaren Sachen allein hier herauszuheben, ist kein Grund und wohl auch schwerlich die Absicht gewesen; man hat, wie gesagt, die fungiblen Sachen im Sinne gehabt.

96) Nicht bloß bei den verbrauchbaren Sachen, sondern von allen fungiblen Sachen gilt dieser Grundsatz (s. die vor. Anm.), wie vor Allem das Geld zeigt. Man betrachtet sie daher auch als unkörperliche Sachen, als Forderungen, an welchen weder ein dingliches Recht, noch auch ein Recht zur Sache denkbar ist. §. 124 d. T.

Persönliche Rechte.

§. 122. Persönliche Rechte und Verbindlichkeiten heißen diejenigen, wozu nur gewisse Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache[97], befugt oder verpflichtet sind.

§. 123. Ein persönliches Recht enthält die Befugniß, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten, oder unterlassen solle.

§. 124. In sofern dergleichen persönliches Recht das Geben, oder die Gewährung einer bestimmten[98] Sache zum Gegenstande hat, wird es ein Recht zur Sache[99] genannt.

Dingliche Rechte.

§. 125. Ein Recht ist dinglich, wenn die Befugniß zur Ausübung desselben mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine gewisse Person, verbunden ist[100].

§. 126. Auch solche Rechte heißen dinglich, deren Gegenstand eine Sache[100a] ist, ohne Rücksicht auf die Person[100b], bei welcher diese Sache sich befindet[101].

---

97) Diese Beschränkung, wodurch diejenigen Obligationen von dem Begriffe der persönlichen Rechte ausgeschlossen werden, vermöge welcher der Gläubiger nur durch den Besitz einer Sache aktiv legitimirt wird, erhält durch §. 128 ihre Erklärung. Die §§. 122 ff. beschäftigen sich mit der rechtlichen Möglichkeit, vermittelst welcher eine Sache oder eine Handlung der Willensherrschaft der Person unterworfen wird, — mit dem Bande zwischen Subjekt und Objekt. Vergl. Anm. 1 zu §. 1 d. T. — Diese Verknüpfung heißt eine persönliche, wenn der unmittelbare Gegenstand die Handlung eines Anderen ist; ist er unmittelbar, d. h. unabhängig von einer fremden Handlung, eine Sache im engeren Sinne, so nennt man es ein dingliches Recht. §§. 126, 127, 130. Das L.R. dehnt jedoch diese Benennung auch auf bloße Handlungen eines Anderen aus, wenn die Berechtigung, solche zu fordern, nach deutschrechtlichen Ansichten mit dem Besitze einer Sache verbunden ist, dergestalt, daß jede Besitzübertragung zugleich von selbst eine Cession enthält. §§. 125, 128 und 129. Darauf bezieht sich die Beschränkung des Begriffs von Obligation.

98) D. h. einer Species. Vergl. Anm. 96 und §. 135. Der Gegenstand des persönlichen Rechts ist hier die Substanz der Sache, nicht etwa bloß das Gebrauchs- oder Nutzungsrecht, wenn man nicht von der eigentlichen juristischen Bedeutung der Worte von Geben und Gewähren abgeht. S. unten die Anm. 110.

99) Jus ad rem der Neueren. Dieses Recht bildet den Uebergang von der Obligation zum dinglichen Rechte. Die auf ein Geben gerichteten Obligationen (dandi obligationes) bezwecken die Erlangung eines dinglichen Rechts oder dessen Ausübung durch fremde Handlungen. Neuere haben darauf eine Unterscheidung derselben von anderen Obligationen gegründet, und die Obligationen überhaupt (jura personalia) als Gattung in zwei Arten: jura pers. in specie und jura ad rem getheilt. Darjes, Inst. jurispr. priv. §. 31; Inst. jurispr. univ. §. 805. Diese jura ad rem nähern sich den dinglichen Rechten so sehr, daß sie gegen einen Dritten unter Umständen, besonders im Falle der Wissenschaft desselben, die Wirkungen des dinglichen Rechtes selbst haben und mit der analogen dinglichen Klage verfolgt werden können. I, 10, §. 25; I, 15, §. 3; vergl. I, 19, §§. 4—6; Pr. des Obertr. 2059, v. 26. September 1848. Um aber diese Wirkungen mit dem Rechte zur Sache zu verbinden, oder richtiger: damit ein persönliches Recht ein wahres Recht zur Sache (jus ad rem) sei, ist eine bestimmte Sache (Species) als Gegenstand erforderlich. Ein Recht auf ein Genus (fungible Sache) hat diese Wirkungen nicht. Vergl. §. 133, Anm. 109.

100) Man nennt es subjektiv-dinglich, wie z. B. Fischereigerechtigkeit, Patronat, Krug-Verlagsrecht u. dgl., von welchen inzwischen schon manche aufgehoben sind, wie die Jagdgerechtigkeit, der Mühlenzwang u. s. w.

100a) (2. A.) Im weiteren Sinne, also auch Rechte. Denn nach der dem A. L.R. zum Grunde liegenden Auffassung von Eigenthum und Besitz kann auch ein Recht an einem Rechte gedacht werden, und in sofern das Recht auf das Recht, z. B. ein Pfandrecht an einem Forderungsrechte, verfolgbar ist, d. h. zwischen dem Berechtigten und einem Dritten streitig und mit einer von der zum Schutze des Forderungsrechts selbst verschiedenen Klage gleichsam vindicirt werden kann, muß es als ein dingliches Recht behandelt werden, wenngleich die Unterlage desselben oder der Gegenstand, an welchem es haftet, selbst nur ein persönliches Recht ist. Es können z. B. zwei Personen über das Gläubigerrecht von einer bestimmten Forderung, welche der Schuldner als bestehend anerkennt, streiten. Von einem solchen dinglichen Rechte an einem persönlichen oder obligatorischen ist z. B. in der V. v. 9. Dezbr. 1809, §. 2 (Zus. 9 zu §. 130, Tit. 16) die Rede.

100b) (2. A.) Deshalb sind Parochiallasten keine Reallasten; denn sie liegen nur solchen Personen ob, welche sich zur Religionspartei der Parochialkirche bekennen. II, 11, §. 261. Pr. des Obertr. v. 2. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXIII, S. 363).

101) Wenn die Sache unmittelbar, unabhängig von der Handlung eines Anderen, Gegenstand

§. 127. Dergleichen Rechte, die ihrem Gegenstande nach dinglich sind, heißen Rechte auf die Sache[102]).

§. 128. Rechte, welche in Beziehung auf das Subjekt, dem sie zukommen, dinglich sind, können in Rücksicht auf ihren Gegenstand bloß persönlich[103]), oder zugleich Rechte auf die Sache[104]) sein.

§. 129. Eben so können Rechte, die in Ansehung ihres Gegenstandes dinglich

---

des Rechts ist — objektiv — dinglich. — Rückstände von Lasten haben kein dingliches Recht. Pr. 1634 unten in der Anm. 104.

(4. A.) Vergl. unten die Anm. zu §. 7 des Gesetzes v. 12. Mai 1851 (Zus. zu Tit. 16, Th. II).

102) Sind die römischen jura in re, aber nicht wie diese auf eine bestimmte Zahl beschränkt; jedes Nutzungsrecht an einer fremden Sache kann dinglich werden. §§. 135—137; Tit. 7, §. 169; Tit. 21, §. 2. Das nicht allein, sondern jede Obligation, deren Gegenstand bloße Handlungen sind, kann zu einem dinglichen Rechte gemacht werden, womit denn selbst der Unterschied zwischen den dandi obligationes und anderen Obligationen verwischt wird. Beispiel sind die Landschmiede, welche vermittelst des Besitzes der Schmiedewerkstatt und der Eintragung auf das Folium des verpflichteten Grundstücks, ihr Handwerksverhältniß zu einem dinglichen Rechte machen können. Pr. 845 (Pl.-Beschl.) vom 27. April 1840 (Entsch. V, 291). Vergl. Pr. 2003, vom 6. April 1848, und Pr. 2133, vom 23. August 1849 (Entsch. XVIII, 405). Vergl. auch Pr. 2092, (Pl.-Beschl.) vom 5. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 10), und unten die Anmerk. 111 zu §. 136 d. T.

103) Z.-B. Dienste des Schiffsvolks; ferner der durch freie Vereinbarung angenommenen, zu einem Landgute gehörigen Robotpflichtigen und auch der auf freien Vertrag angezogenen Liedlöhner. Deren Leistungen sind Gegenstand eines rein obligatorischen Verhältnisses, der Dienstherr aber ist nur als Besitzer des Schiffes oder Gutes, auf welches sich die Leute verdungen haben, und nur zur Verwendung in dasselbe, die Dienste zu fordern berechtigt; er kann sie nicht für seine Person und für seine Haushaltung fordern und auch nicht verlangen, daß die Liedlöhner ihm anders wohin folgen oder sich versetzen lassen. Das Verhältniß ist in dem Pl.-Beschl. (Pr. 1956) des Obertr. vom 3. Januar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 3 ff.), wonach die Mehrheit des Obertr. einen Grundsatz im entgegengesetzten Sinne für Recht erklärt, von der Majorität nicht richtig aufgefaßt. Der Verfasser der Gründe ist unbestritten ein Gelehrter, aber mit dem Leben und der Wirklichkeit ist er doch nicht recht bekannt. Der Ausspruch S. 14 daf.: die Vermuthung, es habe der neue Erwerber eines Guts das vorhandene Gesinde übernehmen wollen, lasse sich nicht aufstellen, es bleibe Sache der Kontrahenten, hierüber Feststellungen zu treffen, ist ebenso sachverständig und verständlich wie die Phrase Bd. XVII, S. 259: „Zwar ist Implorant nur dinglich, — nicht gleich seinen Verkäufern persönlich — für den Zins verhaftet gewesen; indeß dieser Umstand kann hier nicht in Betracht kommen. Denn — Implorant — ist (nach §§. 702, 703, I, 18 wegen Veräußerung ohne Konsens) auch als dinglich Verpflichteter dem Erbzinsherrn persönlich und mit seinem übrigen Vermögen verpflichtet." Dort im §. 703 ist eben von einem persönlich verpflichteten Erbzinsmanne, welcher einseitig abgegangen ist, Rede. Jene Verneinung des wahren Wesens des landwirthschaftlichen Dienstverhältnisses setzt also voraus, einestheils, ein Gutskäufer, der vielleicht gerade in der Ernte antritt, werde sein zahlreiches Arbeiterpersonal — etwa wie bei Anlegung einer Kolonie — gleich hinter sich haben, um die Ernte zu vollbringen, anderentheils, das vorhandene Gesinde könne mit dem abgehenden Wirthe, ohne Weiteres, den Hof plötzlich verlassen und Vieh und Arbeit für den Liebhaber stehen und liegen lassen. Bei einem solchen Rechte könnte die Welt nicht bestehen. Und weiter kann, unter jener Voraussetzung, ja gar nicht die Rede davon sein, daß „es Sache der Kontrahenten bleibe, hierüber (wegen Uebernahme des Gutsgesindes) Feststellungen zu treffen", da freie Personen — wenn sie nicht kontraktlich zu bleiben berechtigt und verpflichtet sind — nicht abgetreten werden können. — (3. A.) Die Gesetzgebung kennt die Zustände besser. „Im landwirthschaftlichen Leben" — heißt es in den Motiven zum Entwurfe der Konkursordnung, S. 47 — „ist in der That die Ansicht vorherrschend, daß Personen, deren Dienste für die Bewirthschaftung eines Gutes bestimmt sind, durch ihre Annahme dem Gute zugehörig werden; der Gutsbesitzer handelt bei Abschließung des Dienstvertrages mehr als Repräsentant des Gutes, weshalb denn auch bei Veränderung der Person des Besitzers jenes Dienstverhältniß in der Regel unverändert bleibt." So ist es. Schon die A. G.O. I, 50, §. 393, Nr. 5 bezeichnet diese Dienstleute als „Personen, welche zum Gute — gehören".

104) Wie eine Holzgerechtigkeit und namentlich das mit einem Gute verknüpfte Recht auf Reallasten, die ihrem Wesen nach in einer Obligation bestehen, welche passiv gleichfalls mit einem Grundstücke verknüpft ist, und dadurch zu einem Rechte auf die Sache wird, vermöge dessen jeder neue Besitzer in das bleibende obligatorische Verhältniß eintritt. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 200, und Bd. XVIII, S. 320. Damit nicht zu verwechseln sind die Rückstände solcher Lasten und Abgaben. Dergleichen Rückstände sind selbstständige Forderungen, die durch einmalige Leistung getilgt werden, für welche das Grundstück, ohne besondere Hypothekbestellung grade für einen gewissen bestimm-

sind, in Ansehung des Subjekts, welchem sie zukommen, zu den bloß persönlichen[105]), oder auch zu den dinglichen[106]) Rechten gehören.

§. 130. Wenn die Gesetze von dinglichen Rechten ohne weitern Beisatz reden, so werden darunter solche, die in Ansehung ihres Gegenstandes dinglich, oder Rechte auf die Sache sind, verstanden.

Erwerbungsart und Titel.

§. 131. Die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, heißt die Erwerbungsart[107]).

§. 132. Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, wird der Titel genannt[108]).

§. 133. Die Erwerbung eines Rechtes auf fremde Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergehendes[109]) Recht zur Sache voraus.

§. 134. Dieses persönliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht, heißt der Titel dieses dinglichen Rechts.

Grundsätze vom dinglichen Rechte.

§. 135. Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der

---

ten Rückstand, nicht haftet, weshalb ein dritter Besitzer die Einziehung derselben aus dem Grundstücke nicht zu gestatten braucht. Pr. des Obertr. 1634, v. 28. Okt. 1845.

105) Die röm. persönlichen Servituten, welchen nach dem L.R. die Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremden Sachen entsprechen; ferner die persönlichen Zehntrechte.

106) z. B. Holzungs-, Weide-, Mastungs- u. dgl. Gerechtigkeiten.

107) Besitzerwerbung oder Eintragung oder auch Beides vereint. I, 20, §§. 99, 100. Aber nicht alle Rechte erfordern eine besondere Erwerbungsart. I, 22, §. 13; I, 9, §. 4 und I, 11, §. 342; I, 12, §§. 288, 314, was der §. 131 auch nicht sagt.

108) Die Theorie vom titulus und modus acquirendi ist aus den Lehrbüchern jener Zeit hierher übernommen und dient nur zur Bildung des Systems. Auf die hier gegebene Grundlage ist das Lehrgebäude des L.R. weiterhin fortgebaut. Vergl. hiermit I, 9, §§. 1—6 und I, 10, §§. 1 u. 2. Der dem Systeme zum Grunde liegende Irrthum hat keine praktischen Nachtheile.

Was zur Rechtsgültigkeit eines Titels erforderlich, bleibt hier ganz dahingestellt. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. III, S. 115.

109) Ein vorhergehendes Recht zur Sache wird gefordert, um ein dingliches Recht an einer fremden Sache erwerben zu können. Man hat das anderen Sätzen widersprechend und deshalb nicht allgemein richtig gefunden, namentlich erinnert, daß bei manchen Erwerbungen, wie z. B. bei der reinen Schenkung beweglicher Sachen, titulus und modus zusammenfalle, daß bei anderen, wie beim Erbrechte, kein modus unterschieden werden könne, und daß bei noch anderen, wie bei vielen Fällen der Verjährung, der Satz ganz unrichtig. Allein diesen §. 133 treffen diese Erinnerungen nicht. Denn er bezieht sich 1. auf die Erwerbung eines Rechtes auf fremde Sachen, d. h. hier auf Sachen in dem Eigenthumsbesitze eines Anderen, wobei an eine mittelbare Erwerbung zu denken. Tit. 9, §. 6. Deshalb sind die Fälle der Verjährung und des Erbrechts von selbst ausgeschlossen. Dann 2. setzt er ein Recht zur Sache voraus. Ein solches Recht ist nur an einer bestimmten Sache möglich, nicht an einem Genus. §. 124. Die Forderung auf eine bestimmte Sache geht der Leistung allemal voraus, folglich geht das Recht zur Sache dem daraus entstehenden Rechte auf die Sache immer voraus. Scheinbar entgegen stehen die fungiblen Sachen (Genera), an welchen doch auch durch den modus das dingliche Recht erworben wird, obgleich keine bestimmte Sache Gegenstand der Forderung ist. Doch wirklich auch nur scheinbar. Denn bei der Gattung verwandelt die unbestimmte Sache sich durch die, behufs der Uebergabe getroffene Auswahl in eine bestimmte Sache. Die Schenkung kann hierher nicht gezogen werden. Sie ist kein einzelnes Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtsgeschäft von allgemeinem Charakter, dessen Wesen darin besteht, daß der Eine aus seinem Vermögen ein Stück umsonst veräußert und der Andere dadurch bereichert werden, d. h. nichts gegenleisten soll. Sie kann deshalb in den verschiedenartigsten Vermögensverhältnissen vollzogen werden, denn jedes Vermögensverhältniß kann als Mittel zur Schenkung dienen. Ein vielfach zur Anwendung kommendes Schenkungsmittel ist das Eigenthum. Dabei wird die Tradition als Schenkung angewendet, nämlich die Schenkung tritt in die äußere Erscheinung als Tradition, bei welcher eben die Absicht, nämlich die Schenkung, als justa causa dient. §. 40 J. de rer. divis. (II, 1). Die Schenkung durch Tradition wirkt daher kein persönliches Recht und ist kein Titel, sondern sie ist die Uebertragung des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechts selbst, mittelst Anwendung der Tradition. Bei Vermächtnissen finden, wenn die Mitwirkung des Erben zur Uebertragung des dinglichen Rechts nicht erforderlich ist, z. B. bei dem vermachten Nießbrauche eines Grundstücks (I, 12, §. 288), dieselben Verhältnisse statt. Auf die ursprünglichen Erwerbungen, z. B. Okkupation, Beute, bezieht sich der §. 133 überhaupt nicht.

Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache[110]).

§. 136. Rechte, welche mit dem Besitze der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, haben die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes nur alsdann[111]), wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist. (Tit. 20, §. 8.)

---

110) Von dieser Regel gilt die Ausnahme I, 20, §. 100, wo der Besitz allein nicht genügt, sondern noch die Eintragung hinzutreten muß; ferner die Ausnahme §§. 225—227 a. a. O., wonach auch noch richterliche Bestätigung nothwendig ist. G. v. 23. April 1821, §. 4 (G.S. S. 43). Außerdem schließt sie nicht aus, daß ein dingliches Recht, in bestimmten Fällen, erworben werden kann, wenn der Erwerber auch kein persönliches Recht zur Sache hat. S. die vor. Anm. Uebrigens läßt sich aus diesem Gesetze die Dinglichkeit der Gebrauchs- und Nutzungsrechte nicht unzweifelhaft herleuen. Denn ein Recht zur Sache ist nur ein solches, welches auf das Geben oder Gewähren einer bestimmten Sache, also — kann man nach dem Wortsinne sagen — auf Verschaffung der Substanz, nicht also auch ein solches, welches auf ein Verstatten des Gebrauchs einer Sache gerichtet ist (§. 124), man müßte denn die Uebergabe einer verpachteten und vermietheten Sache mit unter das Geben und Gewähren und nicht unter das Verstatten fassen (§§. 123, 124), was wahrscheinlich im Sinne der Verf. gelegen hat. Doch ist auch ohnedies die Dinglichkeit der Gebrauchsrechte außer Zweifel durch I, 7, §§. 169, 170; I, 21, §. 2.

(4. A.) Das bloße Anerkenntniß der Zehntpflichtigkeit eines Grundstückes seitens dessen Besitzers genügt für sich allein noch nicht, um die Dinglichkeit dieser Zehntpflichtigkeit auch für den Besitznachfolger zu begründen. Erk. des Obertr. v. 13. Juni 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 161).

111) Wenn ein Recht ohne die Erwerbungsart der Tradition für dinglich gelten soll, so muß dies besonders anerkannt sein. Die Absicht der Verf. ging hierbei auf Abschaffung der Konventional-Hypothek. Suarez, amtl. Vorträge, Jahrb. Bd. LI, S. 2.

Eine Klasse von dinglichen Rechten giebt es aber, welche weder mit dem Besitze der belasteten Sache verbunden sind, noch auch besondere Anerkennung in den Gesetzen haben, vielmehr auf die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses sich gründen. Dies sind die mit subjektiv-dinglichen Rechten verknüpften Gegenleistungen. Beispiele sind: das mit einem Gute verbundene Patronatrecht. Die Forderungsrechte der Kirche an den Patron sind dinglich, wenn sie auch nicht im Hypothekenbuche des berechtigten, beziehlich verpflichteten Gutes eingetragen sind; denn sie sind untrennbar von dem Patronatrechte als Berechtigung, und können auch nicht abgewiesen werden durch einseitigen Verzicht auf das Patronatrecht; sie sind objektiv-dinglich. II, 11, §. 610; Pr. des Obertr. vom 29. Nov. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 316 ff.). Ferner: Forderungen und Nutzungsrechte, welche bedingende Gegenleistungen für ein subjektiv-dingliches Recht auf Leistung gewisser Abgaben (Mühlenabgaben, Grundzinsen, Erbpachtskanon) und Dienste sind. Für solche Gegenleistungen, als: Waldberechtigungen, Gräsereirecht, Freihaltung des Zuchtstiers und Zuchtebers u. dergl., haftet das berechtigte Gut, auch wenn davon nichts im Hypothekenbuche desselben steht. Vergl. Entsch. Bd. XIV, S. 272. In diese Kategorie gehört auch das Verhältniß der Landschmieden. Darüber ist Meinungsverschiedenheit. In der Mark Brandenburg gilt der Lohn des Dorfschmiedes für Gemeindelast, welche auf den Hufen haftet. Landtagsrez. v. 26. Juli 1653, Art. 42; Pr. des Obertr. 2133, v. 23. Aug. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 405). Auch in der Neumark, insbesondere im Sternberger Kreise, geht das Recht des Dorfschmiedes auf das ihm seitens der Gutsherrschaft vertragsmäßig zugesicherte Schärfkorn, der unterbliebenen Eintragung auf dem Rittergute ungeachtet, auf jeden Besitznachfolger des Rittergutes über. Pr. 2003, vom 6. April 1848. Nach den Grundsätzen des A. L.R. aber streitet man darüber und die Entscheidungen der Gerichte widersprechen sich. Schles. Arch. Bd. III, S. 227 ff.; Bd. IV, S. 90 ff., 451. Diesen Meinungsstreit soll der Plenarbeschl. (Pr. 845) vom 27. April 1840 erledigen: „Das dem Besitzer einer Schmiede von der Gutsherrschaft vertragsmäßig eingeräumte und im Hypothekenbuche der Schmiede, nicht aber in demjenigen des herrschaftlichen Guts eingetragene Recht, gegen die von ihm zu leistende Schmiedearbeit von dem Gutsherrn das Schärfgetreide zu fordern, nimmt dadurch allein, daß die Kontrahenten gegenseitig die Erfüllung des Vertrages angefangen und hierdurch ihre Befugnisse in Ausübung gebracht haben, nicht die Natur eines dinglichen Rechts an." (Entsch. Bd. V, S. 291.) Der Ausspruch gründet sich auf diesen §. 136. Nirgends habe ein besonderes Gesetz dem Verhältnisse in Rede die Dinglichkeit beigelegt. Allein die eigene ältere Meinung des Obertr., welche das Verhältniß zwischen den von der Gutsherrschaft ausgesetzten Landschmieden und den Herrschaften auf beiden Seiten für subjektiv-dinglich hielt, ohne nach der Eintragung zu fragen, hat bessere Gründe für sich. Denn dergleichen Schmiedegrundstücke gehören, in der Regel, zu den ausgesetzten Dienststellen, welche nach II, 7, §§. 137, 419 zu beurtheilen. Ausführlicher m. Beurtheilung der Entsch. S. 376. Vergl. auch den Pl.-Beschl. vom 14. März 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 345), welcher das mit den Ritterguts- und Dorfschmieden in den älteren Provinzen verbundene Recht auf das Schärfgetreide eine beständige Gerechtigkeit nennt, welche durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit nicht aufgehoben sei. Auch der Pl.-Beschl. (Pr. 2092) vom 5. Februar 1849 (Entsch.

§. 137. Dingliche[112]) Rechte auf die Sache können von dem Berechtigten gegen jeden, in dessen Gewahrsam, Besitz oder Eigenthum die Sache kommt, so lange das Recht selbst dauert[113]), ausgeübt werden[114]).

§. 138. Nur bei beweglichen Sachen können Veränderungen in der Person des Besitzers der verpflichteten Sache, unter den in den Gesetzen näher bestimmten Umständen, das Recht auf die Sache verändern. (Tit. 15, §. 42 sqq.)[115]).

§. 139. Auch Veränderungen in der Person des Berechtigten wirken nur dann eine Veränderung in dem dinglichen Rechte, wenn dadurch das Recht zur Sache[116]) verändert oder aufgehoben wird.

§. 140. Wenn ein dingliches Recht auf die Sache bloß zur Verstärkung eines persönlichen Rechtes bestellt worden, so geht mit der Erlöschung des letztern auch das erstere verloren[117]).

§. 141. Dagegen kann ein solches dingliches Recht aufgehoben werden, ohne daß deswegen das persönliche Recht erlöscht.

---

Bd. XVII, S. 10) beruht auf anderen Grundansichten. (3. A.) Diesen entspricht auch das Pr. vom 29. März 1854: „Die, vermöge eines speziellen Titels, einem Grundstücke auferlegte Verpflichtung zur Entrichtung einer fortdauernden Abgabe (einer beständigen Last) kann auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch dieses Grundstücks den dinglichen Charakter erlangen, wenn sie während verjährungsmäßiger Zeit entrichtet, und dem später nachfolgenden Besitzer bekannt geworden war." (Entsch. Bd. XXVII, S. 297.)

112) Ein Pleonasmus, wie im §. 135 und 140, denn Rechte auf die Sache sind eben dingliche Rechte. §§. 127, 130. Darunter werden, im Allgemeinen, alle Rechte an Sachen — Eigenthum und jura in re — verstanden. §. 126.

113) Diese Beschränkung liegt schon im Begriffe von Recht. Ist ein Recht erloschen, so ist kein Recht mehr vorhanden, welches sich ausüben ließe.

114) Die Wirksamkeit und Verfolgbarkeit des Rechts gegen jeden Dritten — actio in rem — ist das spezifische Kennzeichen eines dinglichen Rechts. Nicht, daß es keine Ansprüche gäbe, die gleichfalls gegen einen Dritten verfolgt werden können, ohne dingliche zu sein, da es im Gegentheile dergleichen allerdings giebt, wie z. B. die Rechte zur Sache einem unredlichen Dritten gegenüber (Anm. 99) und die actio quod metus causa (I, 4, §. 42), sondern alle Klagen aus dinglichen Rechten sind in rem, sie gehen niemals nur gegen bestimmte Individuen. Davon machen die Tit. 21, §. 2 erwähnten Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche durch Uebergabe (Besitz) der Sache selbst erworben worden sind, durchaus keine Ausnahme, wie ohne gültigen Grund behauptet worden ist. S. die Anm. zu §. 2 a. a. O. Dieser §. 137 hat es zwar, wenn man nicht von der eigentlichen Wortbedeutung abgeht (Anm. 98 und 110), nur mit den Rechten auf die Substanz einer Sache zu thun — nicht gerade einer fremden, denn das Eigenthum ist mitbegriffen —; allein die durch den unvollständigen Besitz erworbenen Rechte sind anderswo mit der actio in rem versehen. S. oben die Anm. 110, und unten Anm. 41ª zu §. 58, Tit. 23.

(4. A.) Die erwerbende Verjährung des Rechts auf Zahlung eines jährlichen Grundzinses begründet keine Dinglichkeit dieses Rechts, sagt das Obertr. in einem Erk. v. 25. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 99). Dann ist die Abgabe kein Grundzins, denn Grundzins ist eine Reallast. Bei diesem Rechtsfalle scheint die Nichthaftung des unwissenden (redlichen) Besitznachfolgers, der sich auf das darüber schweigende Hypothekenbuch verlassen hat, mit dem rechtlichen Charakter des Grundzinses verwechselt zu sein. Vergl. unten, Anm. 12, Alinea 8 zu §. 482, Tit. 20.

115) Bei der dinglichen Klage in Bezug auf fahrende Habe schließt sich das L.R. den Grundsätzen des R. R. an, mit wenigen, die Sicherung des Verkehrs bezweckenden Ausnahmen.

116) Ein Recht zur Sache, welches auf die Substanz gerichtet ist, hört auf in dem Augenblicke, wo daraus, durch Hinzutritt der geeigneten Erwerbungsart, das entsprechende dingliche Recht entstanden ist. Dieses Gesetz handelt mithin von solchen dinglichen Rechten, welche nur eine Zeit lang dauern sollen, und zu ihrer Unterlage ein durch eine gewisse Zeit fortdauerndes obligatorisches Rechtsverhältniß, welches auf eine fortgesetzte Verstattung gerichtet ist, nöthig haben, wie die persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte. Mit der Veränderung oder Aufhebung dieser Unterlage hört das dingliche Recht auf. Der Grund hiervon kann auch in einer gewissen Veränderung der Person des Berechtigten liegen.

117) Ausnahmen kommen im Hypothekenrechte vor.

# Dritter Titel.

## Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten.

Literar-Notizen: Unter Handlungen, welche der Gegenstand dieses Titels sind, sind die Wirkungen und Kraftäußerungen freier Wesen zu verstehen, deren Zweck Entstehung von Rechtsverhältnissen und Erwerb von Rechten ist, oder welche einem Anderen zum Nachtheil und Schaden gereichen und in diesem Falle unerlaubt sind. Die ältere gemeinrechtliche Literatur behandelt diesen Gegenstand nicht zusammenhängend, daher ist im Allgemeinen Landrecht dieser Titel erst bei der letzten Umarbeitung des Entwurfs zum Gesetzbuche entstanden und sein Inhalt aus den allgemeinen Grundsätzen zusammengetragen. Nur die Lehre von der Zurechnung fanden die Redaktoren in den Kompendien des Gemeinen Rechts vorbereitet und sie ist denn auch nach den damals laufenden Ansichten aufgenommen worden; sonst ist manches andere in dem Titel originell, z. B. die Eintheilung der Folgen unerlaubter Handlungen in mittelbare und immittelbare. Aus der neueren Literatur ist hervorzuheben: Heimbach sen., die Handlungen; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 190 ff.; v. Savigny, System Bd. III, S. 5 u. flg. Aus der Preußischen Literatur ist anzumerken: Bornemann, System, Bd. I, S. 46; Temme, Civilrecht, Bd. I, S. 108 ff.; m. Privatrecht, Bd. I, §. 102, Bd. II, §. 569.

Außer den Handlungen im Sinne dieses Titels können Handlungen eines Menschen auch der Gegenstand des Rechts eines Andern sein, insofern er, der Handlungsverpflichtete, zu einem bestimmten Handeln verbunden ist. Handlungen in diesem Sinne (operae) werden zu den Sachen gerechnet, wovon unten im Tit. 5, §§. 408—413 u. §. 165 u. Titel 11, Abschnitt 8 gehandelt wird *).

Von Handlungen und deren Folgen überhaupt.

§. 1. Sollen aus Handlungen [1]) Rechte entstehen, so müssen die Handlungen frei sein.

§. 2. Nur äußere [2]) freie Handlungen können durch Gesetze bestimmt werden.

§. 3. Wo das Vermögen, frei zu handeln, ganz mangelt, da findet keine Verbindlichkeit aus den Gesetzen [3]) statt.

§. 4. Folgen, die aus einer Handlung, an und für sich betrachtet, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zu entstehen pflegen, heißen unmittelbar.

§. 5. Mittelbar [4]) heißen diejenigen Folgen, die nur aus der Verbindung der

---

*) (5. A.) Ein pactum de cedendo ist kein opus, d. h. eine Handlung im Sinne des Tit. 11, Abschnitt 8 u. Tit. 5, §§. 165, 408—813, wie das Obertr. erkannt hat (unten, Anm. 18 zu §. 393, Tit. 11), sondern eine Handlung im Sinne des Titel 3, eine Willenserklärung (gestum, factum, auch factum personae. L. 61 pr. D. de acquir. rerum dominio XLI, 1; L. 155 pr. D. de regulis juris L, 17).

1) Oder Unterlassungen; denn auch diese fallen unter den Begriff von Handlungen im weiteren Sinne. Vergl. §. 32 und I, 6, §§. 2 ff.

2) Gedanken sind zollfrei. Vergl. L. 18 D. de poenis (XLVIII, 19); L. 53, §. 2 i. f. D. de verb. sign.

3) Und auch nicht aus Verträgen. Vergl. Einl. §. 82 und Anm. 89 dazu. Nicht zu beziehen ist das Gesetz auf Verbindlichkeiten, welche aus dem Status entstehen. Ein Unzurechnungsfähiger, welcher Vater eines außerehelichen Kindes wird, ist allerdings verbunden, dasselbe zu alimentiren.

4) Die Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Folgen ist nicht aus der Wirklichkeit, sie ist dem Verfasser zufällig eingefallen und willkürlich gemacht. Das R. R. hat nichts Aehnliches. Denn das damnum circa rem und extra rem ist etwas ganz anderes, und das damnum indirectum der Neueren ist ein solches, welches einem Anderen dadurch entsteht, daß Jemand sein Recht ohne Ueberschreitung gebraucht. Glück, Kommentar, Bd. IV. S. 315. Die Verf. sind, wie die zu ihrer eigenen Verständigung gegebenen Beispiele zeigen, sich auch nicht klar über das Wesentliche des Unterschiedes gewesen. v. Tevenar, der Urheber der Unterscheidung, machte sich durch dieses Beispiel verständlich: „Wenn T. mir die Fenster — bei Nacht — einschlägt und ich also nicht Anstalten machen könne, die Oeffnung wieder zu verwahren, — und ein Dieb einsteigt und mein Zimmer plündert, so ist der Verlust der Fenster der unmittelbare Schade, und der durch den Diebstahl erlittene Schade der mittelbare." Hier fehlt augenscheinlich die Kausalverbindung zwischen dem Fenstereinschlagen und dem Diebstahle. v. Kircheisen erklärte den Unterschied so: „Wenn A. ein Kleid des B. dergestalt begießt, daß es zum Fleckausmacher gebracht werden muß, und hier das Kleid, da Feuer ausbricht, verbrennt, so ist der Verlust des Kleides eine mittelbare Folge der Handlung des A." Auch hier fehlt der ursachliche Zusammenhang zwischen Begießen und Verbrennen. Der Kausalnexus zwi-

Handlung mit einem andern von derselben verschiedenen Ereigniß, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit, entstanden sind.

§. 6. Mittelbare Folgen, welche nicht vorausgesehen werden konnten [5]), werden für zufällig gehalten.

Zurechnung der Handlungen.

§. 7. Soweit eine Handlung frei ist, werden die unmittelbaren Folgen derselben dem Handelnden allemal zugerechnet [6]).

§. 8. Auch die mittelbaren Folgen muß der Handelnde, so weit er sie vorausgesehen hat [7]), vertreten.

§. 9. Je größer die Pflicht ist, mit Aufmerksamkeit und Sachkenntniß zu handeln, desto größer ist auch die Verbindlichkeit, sich um die möglichen Folgen der Handlung zu bekümmern.

---

schen Ursache (menschlicher Thätigkeit) und schädlicher Begebenheit darf nicht fehlen. Für den praktischen Gebrauch ist die Unterscheidung schädlich, denn es kommen die wunderlichsten Urtheile über Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit zum Vorscheine, je nach der individuellen Vorstellung von Ursache und Wirkung, immer zum Vortheile des Beschädigers; sie dient daher nur zum Schutze des Beschädigers.

Die Unterscheidung gehört dem gewöhnlichen Sprachgebrauche an. Unmittelbar ist das, was ohne Mittel, ohne Dazwischenkunft eines dritten Dinges, aus sich selbst entsteht. Mittelbar, als Gegensatz davon, hat eine außer ihm liegende Ursache. Der §. 5 giebt einen anderen Begriff. Unmittelbar ist darnach das, was durch ein gewisses Mittel als wirkende Ursache (Handlung) entsteht; und mittelbar das, was durch Hinzutritt eines dritten Dinges als Fortpflanzungs- oder Hülfsursache noch weiter aus dem ersten Anstoße folgt. Aber jedenfalls muß dieser und der Schlußerfolg im Zusammenhange von Ursache und Wirkung bleiben. Z. B. einem Landwirthe wird in der Saatzeit sein Gehöfte niedergebrannt. Es verbrennt ihm alles Zugvieh, Ackergeräthe und Saatkorn. Das ist die unmittelbare Folge der Brandstiftung. Er hat kein Geld und keinen Kredit, und wenn er es hätte, so hülfe es ihm nichts; denn Jeder hat mit sich selbst zu thun. Deshalb kann er sein Feld nicht bestellen. Das ist die mittelbare Folge. Geräth er durch den Ausfall der Ernte in Vermögensverfall und wird ihm schuldenhalber sein Grundstück verkauft, so wird dies wohl nicht mehr als mittelbare Folge angesehen werden dürfen. Doch das ist willkürlich, die Brandstiftung ist doch immer die erste, durch Dazwischenkunft anderer Umstände — hier z. B. des Mangels an anderem Vermögen — fortwirkende Ursache. Noch mehr. Der Beschädigte ist arbeitsunfähig und wird nun ein Ortsarmer. Muß der Brandstifter auch dafür aufkommen? Noch nicht Alles. Die Söhne des Verarmten sind für den Gelehrtenstand bestimmt worden und befinden sich auf Reisen und Universitäten. Jetzt gehen die Mittel aus. Soll der Brandstifter auch diese anschaffen und die angefangene Ausbildung vollenden? Die Kette kann sich noch weiter fortsetzen. Die Urtheile über solche entferntere Folgen können verschieden ausfallen, je nach willkürlich vorausgesetzter Absicht der Gesetzverf., wie weit sie haben gehen wollen. Eine nothwendige, im Begriffe und im Wesen der Sache liegende, bestimmte Grenze giebt es nicht. Denn auch die Schranke, welche sich der folg. §. 6 setzen soll — man scheint die Endlosigkeit der mittelbaren Folgen nach der Definition gefühlt zu haben — ist wieder rein subjektiv und daher von der zufälligen Individualität des Urtheilers abhängig. Was vorausgesehen werden konnte, was nicht, kann Jeder nur nach seiner eigenen Scharfsichtigkeit und Vorsichtigkeit beurtheilen, und überdies findet diese Begrenzung bei unerlaubten Handlungen auch nicht statt. §. 13. Der Brandstifter muß darnach Alles tragen und bezahlen. Casus dolo vel culpae subordinatus.

5) Nach dem Ermessen des Urtheilers. S. die vor. Anm. a. E.

6) Wenn die Kraftäußerung oder die bestimmt gestaltete Unterlassung eines Menschen und eine darauf in die Sinne tretende Erscheinung sich wie unmittelbare Ursache und Wirkung zu einander verhalten: so nennt man das die Kausalverbindung. Diese allein genügt nicht zur Zurechnung oder Verantwortlichmachung des Menschen. Dazu ist noch ein innerer Kausalzusammenhang nöthig, d. h. das Thun oder qualifizirte Unterlassen muß sich zu dem freien Willen des sich und der möglichen Folgen seiner Handlungen bewußten Menschen gleichfalls wie Wirkung zur Ursache verhalten. Soweit dies zutrifft, ist der Mensch verantwortlich. In welchem Grade, quantitativ? Das bestimmt sich nach dem Grade des Wollens, welches der wirkenden äußeren Ursache vorausgegangen ist (§. 14) und mit Vorsatz oder Versehen bezeichnet wird. — Der Gegensatz von freier Handlung ist die unwillkürliche Handlung, welche für Zufall gilt. I, 6, §. 39. Ein Kind und ein Blödsinniger kann nur unwillkürlich im rechtlichen Sinne handeln; ein Unmündiger nicht immer. I, 6, §. 41.

7) Zunächst vorausgesetzt ist auch hier, wie bei den unmittelbaren Folgen, die Willensfreiheit, d. h. Zurechnungsfähigkeit. S. die vor. Anm. Das genügt aber bei den mittelbaren Folgen nicht, diese müssen auch voraussichtlich gewesen sein, sonst liegen sie außerhalb der Grenzen der Verantwortlichkeit; denn sie gelten dann für zufällige Folgen. §. 6.

Die Fassung ist so, als wenn es auf die Thatsache der Voraussicht des Handelnden ankäme.

§. 10. Mittelbare Folgen also, welche der Handelnde bei Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit[8]) und Sachkenntniß voraussehen konnte, müssen von ihm vertreten werden.

§. 11. Dagegen werden bloß zufällige Folgen einer Handlung[9]) dem Handelnden nicht zugerechnet.

§. 12. Doch haftet der Handelnde für alle Folgen, ohne Unterschied, die nach seiner Absicht[10]) aus der Handlung entstehen sollten, ob sie gleich nur zufällig entstanden sind.

§. 13. Auch müssen die bloß zufälligen Folgen einer in den Gesetzen gemißbilligten[11]) Handlung in sofern vertreten werden, als der Zufall[12]) nur durch diese Handlung schädlich geworden ist[13]).

---

Das ist nicht der Fall. Denn einestheils ist dies etwas Inneres, was der Wahrnehmung Anderer entzogen ist, also nicht bewiesen werden kann; anderentheils widerspricht es dem Prinzipe (§. 6); es wird nicht gefragt: ob der Handelnde thatsächlich vorausgesehen hat, was gefolgt ist; sondern ob bei gewöhnlichen Fähigkeiten und Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit die Folgen vorausgesehen werden konnten. §§. 6, 9, 10. Mit der Beweislast verhält es sich hier wie bei dem Versehen. Vergl. Anm. 4 a. E.

8) S. u. die Anm. zu §. 16.

9) Der Wortlaut giebt einen Widersinn, denn zufällige Folgen einer Handlung giebt es nicht, eben weil ein zurechnungsfähiger Mensch — dieser ist hier vorausgesetzt — der Urheber ist. Allein es werden hier solche mittelbare Folgen gemeint, die der Mensch nicht voraussehen konnte (§. 6); in dieser Beziehung hat das Gesetz Sinn.

10) Nicht zu verwechseln mit Vorsatz. Es ist noch immer von mittelbaren Folgen Rede. Das Gesetz macht eine Ausnahme von der Regel §§. 6 und 11. Wenn der Handelnde nicht allein vorsätzlich handelte, sondern damit auch beabsichtigte, Folgen hervorzubringen, die an sich bei unbefangenem Gemüthe nicht vorausgesehen werden konnten und also selbst bei einer vorsätzlichen Handlung als Zufall angesehen werden müßten; so sollen sie dem Handelnden gleichwohl in Rechnung gebracht werden. Diese Bestimmung bezieht sich übrigens auf an sich erlaubte oder gleichgültige Handlungen. Die unerlaubten Handlungen sind Gegenstand des folgenden §. 13.

11) Darunter werden nicht bloß die eigentlich unerlaubten und strafbaren Handlungen (delicta vel quasi), sondern alle Handlungen und Unterlassungen verstanden, welche überhaupt rechtswidrig sind. S. die folg. Anm. 13. Vergl. auch Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 508 ff.

12) Zufall heißt die Verneinung jedes menschlichen Zuthuns zur Hervorbringung des Ereignisses. Vergl. Anm. 6.

13) Eine zweite Ausnahme von derselben Regel (Anm. 10), welche selbst als allgemeine Regel anzusehen ist. Zweierlei Kategorien von Fällen sind hierin zusammengefaßt und unter eine Regel gebracht. Die eine sind die mittelbaren Folgen einer Handlung, die an sich nicht vorherzusehen waren, die Fälle des sog. casus dolo vel culpae subordinatus (Anm. 4 a. E.), welche noch einen obgleich entfernten ursachlichen Zusammenhang mit der ursprünglich wirkenden Handlung haben. Die andere begreift die im Röm. Obligationenrechte vorkommenden bestimmten Fälle, in welchen der Schuldner deshalb, weil er mit der ihm anvertrauten Sache kontraktswidrig verfährt, den bei dieser Gelegenheit die Sache treffenden Zufall tragen muß (L. 18 pr. D. commodati XVIII, 6; L. 1, §. 4 D. de obl. et act. XLIX, 7; §. 2 J. quib. mod. re III, 15), und die Fälle der Mora, die den Zufall auf den Säumigen überträgt, wenn ohne sie die Sache dem Zufalle entzogen worden sein würde (L. 14, §. 1 D. depos. XVI, 3; L. 40 pr. D. de hered. pet. V, 3). Diese Fälle finden sich wieder im A. L.R. I, 21, §. 251; I, 14, §. 85; I, 20, §. 131; I, 16, §. 16, verb. mit I, 11, §§. 102, 103, 98, 939, 940. Es ist hier anzumerken, daß die Bedingung: „wenn der Zufall die Sache sonst nicht würde getroffen haben", nur bei der Mora im R. R. gemacht ist; bei den Fällen des kontraktswidrigen Verfahrens mit der anvertrauten Sache wird das ohne Weiteres angenommen. Das L.R. ist darin ungenau. Bei dem Kommodate wirft es die verschiedenen Fälle zusammen und schreibt für alle die nur auf die Mora passende Bedingung vor I, 21, §. 251; bei dem Depositum I, 14, §. 85 ist der passende Grundsatz klar ausgesprochen; bei dem Pfandkontrakte, I, 20, §. 131, mischt sich wieder der Grundsatz von der Mora ein. Der §. 249, I, 13, von der Geschäftsführung ohne Auftrag, gehört nicht hierher, sondern unter die Regeln von unerlaubten Handlungen außer dem Falle eines Vertrages. §§. 228 und 229 a. a. O. Dieses Rechtsgeschäft hat im L.R. eigentlich eine exceptionelle Stellung; es gehört weder zu der einen noch zu der anderen der beiden gedachten Kategorien. Der Fall des unredlichen Besitzes steht unter der Regel von der Mora (L. 20 D. de cond. furt. XIII, 1), auch nach A. L.R. I, 7, §. 241. — Von diesen bestimmten Fällen der zweiten Kategorie haben die

§. 14. Der Grad der Zurechnung bei den unmittelbaren ſowohl, als mittelbaren Folgen einer Handlung richtet ſich nach dem Grade der Freiheit[14]) bei den Handelnden.

§. 15. Daß Jemand gegen die Geſetze habe handeln wollen[15]), wird nicht vermuthet[16]).

§. 16. Ein Jeder iſt aber auch ſchuldig, in den Geſchäften des bürgerlichen Lebens Aufmerkſamkeit[17]) anzuwenden, daß er den Geſetzen gemäß handele.

§. 17. Wer aus Mangel dieſer Aufmerkſamkeit wider die Geſetze handelt, der begeht ein Verſehen[18]).

---

Verfaſſer des L.R. eine allgemeine Regel und zwar nach dem für den Fall der Mora geltenden Grundſatze gebildet, und hier durch den §. 13 vorgeſchrieben. Dieſe Generaliſirung nur für beſtimmt geſtaltete Fälle in gewiſſen obligatoriſchen Verhältniſſen veranlaßt Mißverſtändniſſe. Ein Frachtfuhrmann hatte einen Theil der zum Transporte empfangenen Sachen einem anderen Fuhrmanne (Subſtituten) übergeben, und deſſen Wagen ſammt der Ladung verbrannte in dem Nachtquartiere, wo Feuer ausbrach. Der Erſte wurde wegen dieſes Zufalls in Anſpruch genommen, auf Grund dieſes §. 13, weil er durch die Weiterverdingung des Frachtgutes ohne Zuſtimmung des Abſenders eine in den Geſetzen gemißbilligte Handlung begangen haben ſollte: das Gericht erſter Inſtanz verurtheilte ihn auch. Dieſer Fall hat das Pr. des Obertr. 1397 v. 6. Jan. 1844 veranlaßt: „Wenn ein Frachtfuhrmann ohne Zuſtimmung des Abſenders die ihm zum Transporte anvertraute Waare durch einen anderen Fuhrmann fahren läßt, ſo iſt dieſe Subſtitution an und für ſich nicht für eine ſolche von den Geſetzen gemißbilligte Handlung zu achten, daß auch der bloß zufällige, auf der Reiſe die Waare betreffende Zufall, z. B. ein Feuerſchaden, von dem Frachtfuhrmanne vertreten werden müßte.“ (Entſch. IX. S. 370.) Die Anwendung dieſes Geſetzes, §. 13, wird ſicher, wenn man die darin zuſammengefaßten verſchiedenen Fälle unterſcheidet und darnach den Fragefall unterordnet, nämlich: 1. rechtswidrige Handlungen mit ihren mittelbaren an ſich nicht vorauszuſehen geweſenen ſchädlichen Folgen; 2. kontraktswidriges Verfahren mit einer anvertrauten Sache; 3. Zufall nach Eintritt der Mora, wohin auch der Fall des unredlichen Beſitzes gehört.

(4. A.) Der Fall, wo ein Vertrag nicht erfüllt wird, wenn z. B. ein Fuhrmann die ihm zum Ueberbringen verdungene Ladung ganz oder zum Theil nicht abliefert, gehört gar nicht hierher, der Fuhrmann muß einen Entlaſtungsgrund (Zufall) vorbringen und beweiſen, wenn er nicht abliefern kann; er kann nicht ſagen, daß zur Begründung der Kontraktsklage die Behauptung eines ihm zur Laſt fallenden vertretbaren Verſehens gehöre, die Klage iſt durch den Vertrag begründet, und er kann ſich nur durch eine ihm gegebene Exception befreien. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 23. Febr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 55).

14) Die Faſſung iſt mißlungen; ſie giebt keinen verſtändigen Sinn. Denn die Willensfreiheit des Handelnden iſt Grundbedingung der Zurechnung überhaupt (§. 7), und die Freiheit hat in dieſer Beziehung keine Grade. Der Ausdruck „der Freiheit“ muß daher unrichtig und der Inhalt des Geſetzes ein anderer ſein, als der Wortlaut ſagt. Nach dem Zuſammenhange mit den §§. 7 u. 25 und mit der Theorie des A. L.R. über das Quantum des zu erſetzenden Schadens iſt es wahrſcheinlich, daß er ſoviel wie „der Moralität“ heißen ſoll, ein Ausdruck, den Suarez bei der revis. monitor. in der vorgeſchlagenen Faſſung dieſes Geſetzes: „Der Grad der Zurechnung, ſowohl der unmittelbaren, als der mittelbaren Folgen, richtet ſich nach dem Grade der Moralität bei dem Handelnden“, auch gebraucht hat. Geſ. Rev. Mot. zu §§. 6—17 des Entw. S. 6. Alsdann bezieht ſich das Geſetz auf die Quantität des Schadenserſatzes (in Beziehung auf welche das L.R. eine eigenthümliche Theorie hat), und hat einen ſachgemäßen Sinn. Der Inhalt iſt darnach dieſer: Iſt der Handelnde verantwortlich, ſo iſt die Frage: wieviel oder was er zu erſetzen hat, nach dem Grade der Moralität der Handlung (Vorſatz, grobes, mäßiges, geringes Verſehen) zu entſcheiden; und dieſer Grundſatz gilt ſo bei unmittelbaren wie bei mittelbaren Folgen einer Handlung.

15) Definition von Vorſatz (Dolus). Damit wird nicht immer, wie im R. R. geſchieht, eine unſittliche Geſinnung bezeichnet. Drei Anwendungen dieſes Begriffs finden ſich im L.R.: 1. abſichtliche Nichterfüllung einer obligatoriſchen Verbindlichkeit oder Zuwiderhandlung eines Schuldners gegen dieſelbe; 2. abſichtliche Verletzung eines fremden Rechts (delictum vel quasi). Bei beiden Anwendungen iſt Verſehen (culpa) und Zufall (casus) der Gegenſatz von Dolus. 3. Vorſätzliche Veranlaſſung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer Willenserklärung oder Handlung veranlaßt wird (Betrug, fraus I, 4, §. 84). In allen dieſen Fällen kann die Handlung poſitiv oder auch nur omiſſiv ſein. Vergl. Anm. 89 zu §. 84, Tit. 4.

16) Der Satz regelt die Beweislaſt. Die Beweisführung iſt hier nur durch Schlüſſe aus den äußeren Umſtänden möglich, wenn kein Geſtändniß vorhanden iſt.

17) D. i. die röm. diligentia. Sorgfalt, diejenige Geiſtesthätigkeit, wodurch der Vorſchrift ein Genüge geleiſtet, der betroffene Gegenſtand vor Schaden bewahrt wird.

§. 18. Ein Versehen, welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten, ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit, vermieden werden konnte, heißt ein grobes Versehen[19]).

§. 19. Die Folgen eines groben Versehens werden, in sofern es auf den Schadenersatz ankommt, ebenso zugerechnet, wie die Folgen des Vorsatzes[20]).

§. 20. Ein mäßiges Versehen heißt dasjenige, welches bei einem gewöhnlichen[21]) Grade von Aufmerksamkeit vermieden werden konnte.

§. 21. Auch ein mäßiges Versehen muß verantwortet werden[22]).

§. 22. Ein geringes Versehen ist dasjenige, welches nur bei vorzüglichen Fähigkeiten, oder bei einer besondern Kenntniß der Sache, oder des Geschäftes, oder durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte.

§. 23. Ein geringes Versehen darf nur derjenige vertreten, welchen die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse, oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden.

§. 24. Bei der Zurechnung der freien Handlungen nehmen die Gesetze auf die eigenthümliche Beschaffenheit oder Geisteskräfte dieser oder jener bestimmten Person keine Rücksicht.

---

18) Versehen in dem hier gemeinten Sinne (culpa) heißt ein unabsichtlicher, aus Nachlässigkeit (negligentia) hervorgegangener Fehler in der Sorgfalt und auch die fehlerhafte Handlung selbst. In der letzteren Bedeutung wird der Ausdruck hier gebraucht. Zwischen der vollkommenen Sorgfalt und dem Mangel aller Sorgfalt (der höchsten Nachlässigkeit) giebt es viele Abstufungen der Geistesthätigkeit oder des Fleißes in der Sorgfalt. Daher verschiedene Grade des Versehens. Zur Zeit der Abfassung des L.R. lehrte man nach den Grundsätzen des R. R. allgemein drei Grade (culpa lata, c. levis, c. levissima). Dieses System hat auch das A. L.R.; man unterscheidet ein grobes (§. 18), ein mäßiges (§. 20), und ein geringes (§. 22) Versehen. In einigen Stellen kommt noch ein „geringstes" Versehen (I, 7, §. 240; I, 9, §. 457; I, 21, §. 248; II, 8, §. 2460) und diesem entsprechend eine „sorgfältigste" Aufmerksamkeit (II, 8, §. 447) vor. Damit soll jedoch nicht ein vierter Grad der Verschuldung eingeführt, sondern auf die Beweislast hingedeutet werden. — Die Dreitheilung ist für die praktische Anwendung nicht recht brauchbar, weil es an kennbaren Grenzzeichen fehlt; nicht der Verstand kann das Urtheil finden, sondern das Gefühl thut den Ausspruch, und deshalb hält der Eine das nämliche Versehen für ein mäßiges, was der Andere höher oder niedriger taxirt, und umgekehrt. Selbst die Revisoren, die dem dreigliederigen Systeme eine Schutzrede halten, schließen mit der Berufung auf die Erfahrung, daß in den Gerichtshöfen sich die Frage meistens nur so gestalte: ob überhaupt ein Versehen vorgefallen, oder nicht. Das ist eben die praktische Anwendung des zweigliederigen Systems, und ein Zeugniß gegen die praktische Brauchbarkeit des dreigegliederten. Denn bei jenem kommt es, dem Wesen nach, und bei richtiger Auffassung der verschiedenen Fälle der Anwendung, nur auf jene einfache praktische Frage an. (4. A.) Diese Erfahrung ist alt. Schon Titius, auch ein Anhänger der drei Grade, sagt ad Lauterbach., obs. 102, daß die Frage über die Grade der Kulpa eine bloße Schulfrage sei, „cum in vita civili plerumque non tam de gradu culpae, quam ejus existentia, seu an in universum aliqua culpa commissa sit, quaeri soleat."

19) Die culpa lata des R. R. ist die gewöhnliche culpa in Verbindung mit einem erschwerenden Umstande. Solcher Umstände giebt es zwei: 1. der Mangel aller Sorgfalt, vollkommene Nachlässigkeit oder Unbesonnenheit. Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. L. 213, §. 2 D. de verb. signif. (L, 16). L. 223 pr. D. eod. Das ist auch der Inhalt des §. 18. 2. Wenn Jemand in einem konkreten Falle auf eine ihm anvertraute fremde Sache nicht einmal soviel Sorgfalt verwendet, als er auf seine eigene wendet, obgleich er nicht fleißiger, als in seiner Gewohnheit lag, sein sollte. L. 32 D. depos. (XVI, 3); L. 22, §. 3 D. ad S. C. Treb. (XXXVI, 1). Dieser Fall wird im L.R. anders aufgefaßt. Anm. 32. — Die Frage: ob ein grobes Versehen begangen worden, ist eine thatsächliche. Der Richterspruch, der ein solches Versehen für erwiesen annimmt, kann daher nicht durch Bezugnahme auf den Rechtsbegriff mit dem Vorwurfe als nichtig angefochten werden, daß die Entscheidung den in §§. 17, 18 enthaltenen Rechtsgrundsatz verletze. Pr. des Obertr. 703, vom 3. Juli 1839. — Deshalb, weil nämlich die Frage eine thatsächliche ist, haben die mehrfach veröffentlichten Rechtssprüche in Fällen, wo über Versehen entschieden worden, kein Interesse, weshalb hier darüber hinweggegangen ist.

20) In der Regel, wie nach R. R. Eine Ausnahme macht I, 6, §. 37.

21) Als Maßstab wird ein aufmerksamer Hausvater (homo frugi, diligens, bonus pater familias) von gewöhnlichen Fähigkeiten vorausgesetzt. §§. 24, 18 und II, 18, §§. 275, 276.

22) Diese Regel hat viele Ausnahmen, zufolge des Grundsatzes, daß derjenige, welcher in einem Rechtsverhältnisse keinen Vortheil sucht, nur für ein grobes Versehen verantwortlich ist.

§. 25. Nur bei Verbrechen und bei Verträgen, welche ein besonderes Vertrauen unter den Handelnden voraussetzen, wird der Grad der Zurechnung nach solchen bestimmten persönlichen Eigenschaften des Handelnden abgemessen[23]).

Allgemeine Grundsätze von den Rechten der Handlungen.

§. 26. Niemand darf den Andern etwas zu thun zwingen, oder sonst dessen Freiheit zu handeln einschränken, dem nicht ein besonderes Recht dazu gebührt[24]).

§. 27. Niemand darf den Andern etwas zu unterlassen, bloß aus dem Grunde zwingen, weil der Handelnde dadurch sich selbst schaden würde.

§. 28. Nur alsdann findet eine Ausnahme statt, wenn Jemand einer durch Gesetze vorgeschriebenen Pflicht gegen sich selbst zuwider handelt, und die Zwischenkunft des Staates nicht schnell genug erfolgen kann.

§. 29. Wer durch Natur, Gesetz, oder durch einen Auftrag des Staates ein besonderes Recht hat, die Handlungen eines Andern zu leiten, der kann denselben auch mit Gewalt hindern, sich selbst zu schaden.

Wirkungen rechtlicher[25]) Handlungen.

§. 30. Durch freie Handlungen können Rechte erworben, an Andere übertragen, und aufgehoben werden.

§. 31. Vorzüglich geschieht dieses durch rechtsgültige Willenserklärungen. (Tit. 4.)

§. 32. Aus Handlungen, welche keine Willenserklärungen sind[26]), ingleichen

---

23) Hiermit wird auf die römische diligentia rebus suis consueta hingewiesen. Die Vorstellungen davon sind verworren, und auch die Revisoren haben, nach ihrer Aeußerung S. 9, 10 a. a. O., keine Klarheit. Die Sache ist diese. Auf die s. g. culpa in concreto, im Gegensatze zu dem Normalmaße, der s. g. culpa in abstracto (Anm. 21), wird in gewissen bestimmten Verhältnissen ausnahmsweise gesehen. Nicht alle, sondern nur die der einen Kategorie, haben das Gemeinsame, daß sie auf besonderem Vertrauen beruhen. Bei der culpa in concreto giebt es keine Grade, weil keinen allgemeinen Maßstab, indem verschiedene einzelne Handlungen, welche in derselben Zeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen stattgefunden haben, mit einander verglichen werden. Diese auf eigenthümlicher persönlicher Beschaffenheit oder Fähigkeit beruhende Diligenz gereicht dem Handelnden in den Vertrauensverhältnissen zum Schutze, wenn seine Diligenz, verglichen mit der Normaldiligenz (Anm. 21), eine Nachlässigkeit sein und ihn verantwortlich machen würde. Er soll sich darauf berufen dürfen, daß man ihn gekannt, und daß er die fremde Angelegenheit nicht schlechter besorgt habe als seine eigene Sache. Diese Ausrede muß er beweisen. Von dieser Seite ist das Institut hier in dem §. 25 aufgefaßt, und eine logisch richtige Anwendung findet sich bei der ehemännlichen Verwaltung des Eingebrachten einer Frau. II, 1, §§. 554, 555. Alle übrigen Anwendungen sind verworren. Die diligentia quam suis gereicht mithin zunächst unachtsamen und fahrlässigen Personen, mit welchen Andere sich, dieser Mängel ungeachtet, in ein Vertrauensverhältniß einlassen, zum Vortheile. Dagegen schlägt sie in solchen Verhältnissen für besonders aufmerksame und ungewöhnlich vorsichtige und besonnene Personen zum Nachtheile aus. Denn der Andere hat sich gerade dieser vorzüglichen Eigenschaften wegen in das Vertrauensverhältniß mit ihm eingelassen, und ist berechtigt zu erwarten, daß man sich selbst gleichbleiben werde. Zeigt sich nun in der Sorgfalt dieser Person ein Unterschied bei ihren eigenen Angelegenheiten und bei Sachen des Vertrauensverhältnisses zum Nachtheile des Letzteren, so wird ihm das als culpa lata angerechnet, wenngleich die thatsächlich angewendete Sorgfalt, verglichen mit dem Normalmesser (Anm. 21), noch für culpa levis (wofür er nicht haften würde) gelten könnte. L. 32 D. depositi (XVI, 3). Ungefähr den gleichen schließlichen Erfolg ergiebt die Anwendung in I, 14, §§. 11, 12. Ueberhaupt ist zu merken, daß von der diligentia quam suis, in allen Verhältnissen, immer nur da Rede sein kann, wo der Schuldner für culpa levis in abstracto würde haften müssen, wenn ihm die Ausrede der diligentia quam suis nicht zu Statten käme, und umgekehrt da, wo er nur für culpa lata verantwortlich, und ihm eine Zurücksetzung der fremden Sache hinter seine eigene nachzuweisen ist. Bisher ist von den vertragsmäßigen Vertrauensverhältnissen Rede gewesen. Das R. R. macht aber außer denselben auch noch Anwendung von der diligentia quam suis in dem Verhältnisse des Fiduciarerben. L. 22, §. 3 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). Diese Anwendung kennt das A. L.R. nicht.

24) Deshalb ist kein Handwerker oder Künstler verbunden, jede Bestellung anzunehmen. Ausnahmen sind aus Gründen des gemeinen Wohls bei manchen Gewerbsleuten, z. B. Apothekern, Gastwirthen, Schornsteinfegern, Notaren, Advokaten durch ausdrückliche Gesetzesvorschriften gemacht.

25) Nachdem im §. 7 von freien Handlungen und deren Folgen überhaupt gehandelt worden, ist nach dieser Ueberschrift in den darunter befindlichen Satzungen die Rede von Rechtshandlungen. (3. A.) Der Ausdruck „rechtliche" Handlungen bezeichnet den Gegensatz von unrechtlichen oder unerlaubten und ist daher nicht richtig bezeichnend. Die Gegensätze sind faktische Handlungen und Rechtshandlungen.

aus Unterlassungen[27]) entstehen bürgerliche Rechte und Pflichten nur in sofern, als ein Gesetz sie damit verbindet.

§. 33. Wer eine Handlung begeht, der übernimmt auch alle daraus folgende Pflichten.

§. 34. Er ist also verpflichtet, alles zu thun, durch dessen Unterlassung die Handlung selbst unerlaubt werden würde. (Tit. 13, Abschn. 2, 3)[28]).

§. 35. Aus unerlaubten[29]) Handlungen[30]) überkömmt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte[31]).

§. 36. Unter den Theilnehmern an einer gesetzwidrigen Handlung entstehen daraus[32]) weder Rechte, noch Pflichten.

---

26) Z. B. Besitzhandlungen bei Erwerbung und Ausübung des Besitzes und bei der Verjährung. Vergl. Einl. §. 85.

27) Z. B. Nichtgebrauch eines Rechts. Vergl. I, 22, §. 43. — (4. A.) Nach der Städteordnung v. 19. Novbr. 1808 besteht für denjenigen, welcher an sich zur Gewinnung des Bürgerrechts verpflichtet war, dieselbe aber unterlassen hat, keine Verpflichtung zur Bezahlung von Kommunalabgaben. Erk. des Obertr. v. 15 Mai 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. I, S. 396).

28) Bezieht sich ebenfalls auf Rechtshandlungen, nämlich auf Geschäftsführung und auf nützliche Verwendung, und zwar auf §. 249, Abschn. 2 u. §. 279, Abschn. 3. Vergl. Entw. des G.B. Th. II, §§. 137 — 143.

(4 A.) Außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses kann auf bloße Unterlassungen außer dem Falle, wo in Folge eines Verbotsgesetzes oder wodurch sonst eine besondere Pflicht zum Handeln (nicht zu unterlassen) existirt, nach Gemeinem Rechte kein Entschädigungs-Anspruch gegründet werden; ein solcher ist vielmehr durch positive Thätigkeit bedingt. Dies wird auch nach dem preuß. Rechte als Regel angenommen. Erk. des Obertr. v. 11. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 348).

29) Darunter werden gleichfalls nicht bloß eigentlich unerlaubte oder strafbare Handlungen (delicta vel quasi), sondern auch rechtswidrige oder verbotene Rechtshandlungen verstanden, z. B. der Vertrag, daß Einer den Anderen bei einer Licitation nicht überbieten soll (V. vom 14. Juli 1797; Entsch. Bd. VII, S. 125); Veräußerungsverträge in fraudem creditorum (Entsch. Bd. XIV, S. 192); Spielverträge bezüglich auf auswärtige Lotterien (V. v. 7. Dez. 1816; Pr. 1939 v. 19. Nov. 1849); Cession eines Schuldinstruments, von welchem man weiß, daß keine Valuta gezahlt worden — wobei auch der in Kenntniß gesetzte Cessionar als Theilnehmer an der unerlaubten Handlung erscheint (Entsch. Bd. XVII, S. 273); mißbräuchliche Ausdehnung einer Holzberechtigung auf andere verbotene Holzarten, wodurch keine Verjährung angefangen, also kein Recht erworben werden kann. (Entsch. Bd. XVII, S. 416.) — (4. A.) Der Betrieb der Geschäftsvermittelung ohne polizeiliche Konzession ist keine unerlaubte Handlung. Unten, Anm. 43, Abs. 2 zu §. 49 der Gewerbe-Ordn. (Th. II, Tit. 8).

30) Nach der Ueberschrift zu §. 30 (Anm. 24) ist hier eigentlich von Rechtshandlungen Rede, und daher mögen wohl die Verf. nur an kommissive Handlungen gedacht haben. Doch ist ein Streit darüber: ob auch omissive Handlungen, namentlich die Unterlassung der Erfüllung einer Obligation darunter mitbegriffen sei, gegenstandslos. Denn allerdings kann die Mora niemals der Entstehungsgrund (causa) eines Rechts zum Vortheile des Säumigen werden; es können nur Verpflichtungen daraus für ihn entstehen. §§. 38. u. 39. Die Säumniß ist freilich eine rechtswidrige (omissive) Handlung im rechtlichen Sinne.

31) Daher kann der Gläubiger auch die Verträge des zahlungsunfähigen Schuldners anfechten, durch welche der streitige Gegenstand an einen Descendenten und dessen Ehegatten als gemeinschaftliches Eigenthum veräußert worden, wenn diese Ehegatten auch nicht in Gütergemeinschaft leben. Denn der Ehegatte des Descendenten erscheint als Theilnehmer an einer fraudulösen Handlung. Pr. des Obertr. v. 21. März 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 190).

32) Daraus, nämlich aus der gemeinschaftlich unternommenen Handlung, in dem Verhältnisse der Handelnden unter sich.

Die gesetzwidrige Handlung muß der Gegenstand der Gemeinschaft sein, und diese Handlung, d. i. der gemeinschaftliche dolus, der Entstehungsgrund (causa obl.) sein sollen, um zu verneinen, daß Rechte zwischen den Gemeinschaftern entstanden sind. Deshalb findet das Gesetz z. B. keine Anwendung: 1. auf das zwischen mehreren Angeklagten durch den gemeinschaftlichen Prozeß entstehende Verhältniß wegen der Kosten. Wenn ein Mitschuldiger aus einer solidarischen Verhaftung für die Kosten mehr als seinen Antheil bezahlt hat, so ist derselbe wohl befugt, sich deshalb an denjenigen Mitschuldigen zu regressiren, für den er bezahlt hat. Pr. des Obertr. v. 31. Dez. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 238). Denn der Entstehungsgrund der Kosten ist nicht eine gesetzwidrige Handlung, sondern eine gemeinschaftliche Prozeßführung, d. i. ein Rechtsgeschäft. 2. Auf einen gemeinschaftlichen Erwerb durch

§. 37. Ausnahmen, wo ein Theilnehmer den Andern zu entschädigen verbunden ist, müssen in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt sein. (Th. II, Tit. 1, Abschn. 11)[33].

§. 38. Ein Jeder ist schuldig, seine im Gesetz vorgeschriebenen oder einmal freiwillig übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen.

§. 39. Wer seiner Verbindlichkeit kein gehöriges Genüge leistet, wird dem Berechtigten in der Regel zum Ersatz alles daraus entstehenden Schadens verantwortlich. (Tit. 6, §. 9.)

Form der Handlungen.

§. 40. Aus Verabsäumung der gesetzlichen Form[34]) einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich[35]) erfordert.

---

Spiel in fremden Lotterien. „Das gesetzliche Verbot des Spiels in fremden Lotterien macht zwar den über ein solches gemeinschaftlich auszuführendes Spiel geschlossenen Gesellschaftsvertrag zu einem verbotenen, hindert jedoch nicht den Erwerb des auf das gemeinschaftliche Loos in der fremden Lotterie gefallenen Gewinnes; und es ist daher die Klage des Einen gegen den Anderen auf Theilung des Gewinnes statthaft." Pr. des Obertr. 1939, vom 19. Novbr. 1847. Denn nur das Spiel, nicht der Gewinn (Erwerb) ist verboten. (Das Verbot besteht noch fort.) Der Grund der Theilungsklage ist nicht die nichtige Societät, sondern die communio incidens. 3. Auf das Verhältniß des Einen von mehreren Beschädigern, welcher den Beschädigten entschädigt hat, zu den übrigen Genossen, bezüglich auf den Regreß. I, 6, §§. 33 und 35. Denn der Grund der Klage auf Erstattung ist nicht die unerlaubte Handlung (Beschädigung), sondern die Zahlung, wodurch der Zahlende in die Rechte des bezahlten Gläubigers gegen die übrigen Schuldner tritt, I, 16, §. 46 (actio cessa), und wodurch er zugleich das Geschäft der Anderen mit besorgt (actio negotiorum gestorum). Der §. 35 überträgt diese Klagrechte in odium gegen die Beschädiger auf die Armen.

33) Einige neuere Ausgaben des L.R. allegiren den Abschnitt 10, von den rechtlichen Folgen gesetzwidrig geschlossener Ehen. Das R. v. 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469) behauptet, das sei ein Druckfehler, es müsse Abschn. 11 heißen. Man nimmt das auch, ich glaube allgemein, für richtig an. Der Abschnitt 11 handelt von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs. Daraus entnimmt man den Beweis, daß das A. L.R. den außerehelichen Beischlaf und die Schwächung als eine unerlaubte Handlung im rechtlichen Sinne ansehe. Das scheint mir zweifelhaft. Die Verf. haben nach der Ueberschrift (Marginale zu §. 30) es hier mit rechtlichen, d. i. Rechtshandlungen zu thun. Dazu paßt der zehnte Abschnitt, von gesetzwidrigen Ehen, besser als der elfte. Der uneheliche Beischlaf ist keine Rechtshandlung, sondern meistens Folge einer Uebereinkunft und begründet auch für sich allein kein Recht und keine Pflicht des Einen gegen den Anderen, wegen der Unsittlichkeit. Aber wenn er Folgen hat, so wirkt die ihm zum Grunde liegende Uebereinkunft, welche — abgesehen von der gemeinen Hurerei — auf dauernde Geschlechtsvereinigung geht, Anspruch auf Erfüllung oder Entschädigung. Diese Auffassung entspricht dem inneren Zusammenhange der Rechtsinstitute besser, als die aus einem wirklichen oder vermeintlichen Druckfehler entnommene Theorie von unerlaubten Handlungen mit einer Ausnahme. — (2. A.) Das Obertr. äußert in demselben Sinne in der Entsch. v. 21. Juni 1852: „Die landrechtlichen Vorschriften über die rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs sind auch nicht aus dem Gesichtspunkte der Vergütung eines zugefügten Schadens abgefaßt" ꝛc. (Entsch. Bd. XXIII, S. 45). (3. A.) Das G.B. allegirt freilich auch den Abschn. XI. Die Variante kommt zuerst vor in der Ausg. von 1806.

34) Die Vorschrift betrifft lediglich die äußere Form der Rechtshandlungen im Allgemeinen. Man hat deshalb unzutreffend die Streitfrage: ob Verträge, welche ein Vormund für seinen Mündel ohne Zustimmung des Gerichts abgeschlossen hat, in den Fällen für gültig angesehen werden können, wo die Einholung jener Genehmigung zwar vorgeschrieben ist, die Folgen der Unterlassung aber *nicht* bestimmt sind, — zum Theile aus diesem §. 40 entscheiden wollen. Denn um die äußere Form handelt es sich hierbei nicht, sondern vielmehr um die Befugniß und Fähigkeit eines Vormundes, den Mündel durch Verträge verbindlich zu machen. Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 5.

35) Ausdrücklich. Zweifelhaft gewesene Anwendungen sind: 1. Zur Gültigkeit des durch einen Mäkler abgeschlossenen Geschäfts ist nicht die *gleichzeitige* Gegenwart beider schließender Theile bei der Aufzeichnung des geschlossenen Geschäfts in das Taschen- oder Handbuch des Mäklers, wohl aber die *successive* Gegenwart derselben erforderlich. War streitig. Pl.-Beschl. v. 5. Febr. 1844 (Entsch. Bd. IX, S. 83). 2. Ein Inventarium wird durch Verabsäumung des für Nachlaßinventarien vorgeschriebenen Formulars nicht ungültig. War streitig. Pl.-Beschl. vom 28. Februar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 276). 3. Wenn bei zweiseitigen Verträgen beide Kontrahenten schreibunfähig sind, so hat der Umstand allein, daß Beiden ein und derselbe Unterschriftszeuge zugeordnet worden ist, die Nichtigkeit des Vertrages nicht zur Folge. Pr. des Obertr. v. 8. Jan. 1848 (Entsch. XVI, S. 101 u. 107). 4. Desgleichen aus dem Grunde nicht, weil das Prot. keine Angabe darüber ent-

§. 41. Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß die Form einer Handlung nur zur mehrern Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden [36]).

§. 42. Die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit einer Handlung muß nach der Zeit, da sie vollzogen worden, beurtheilt werden [37]).

§. 43. Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfange an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden [38]).

§. 44. Wird die Handlung in der gesetzmäßigen Form wiederholt, so gilt sie nur von dem Zeitpunkte dieser Wiederholung an.

1. K.O. v. 2. September 1815 (G.S. S. 197). Aufgehoben durch das Gesetz vom 8. Juni 1860, §. 14 (Zus. 12 zu §. 177, Tit. 12) [39]) [40]).

2. K.O. vom 19. Juli 1834, s. u. Zus. 1 zu §. 111, Tit. 5.

§. 45. Bei gesetzlichen Zeitbestimmungen wird der Tag von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [41]). Zeitbestimmungen bei Handlungen.

---

hält, „daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat". War streitig. Pl.-Beschl. (Pr. 2065) vom 6. November 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 66).

36) Gilt auch bei Willenserklärungen, I, 4, §. 95, ja nach A. G.O. II, 1. §. 11 selbst bei Verträgen. In Beziehung auf diese aber giebt I, 5, §. 109 die entgegengesetzte Regel, und die Praxis richtet sich nach dieser, d. h. was die Anwendung der Form im Ganzen betrifft, ob nämlich ein Vertrag schriftlich, notariell oder gerichtlich abgefaßt werden soll. Wenn aber über die Bedeutung einzelner, das Verfahren bei Anwendung der gesetzlichen Form betreffender Umständlichkeiten und Förmlichkeiten, z. B. Vorlesung durch eine bestimmte Person, Bemerkung des Datums, Form oder Vollziehung der Unterzeichnung, Zuordnung von Unterschriftsbeiständen u. dgl. gestritten wird, so kommen die Grundsätze dieser §§. 40 u. 41 auch bei Verträgen zur Anwendung. Vgl. Entsch. des Obertr. Bd. I, S. 22; Bd. IV, S. 122; Bd. XVI, S. 107; Bd. XVII, S. 68 ff.; B. XIX, S. 63 ff. — Bei der Abfassung des L.R. sind die verschiedenen Bedeutungen der Formen, nämlich: Mittel zur Gründung oder Eingehung eines Rechtsverhältnisses (Bedingung der Gültigkeit), oder Sicherungsmittel gegen Unredlichkeit und Betrug (Beweismittel), oder Beides zugleich, nicht klar im Bewußtsein gewesen, daher man überall auf eine Vermischung der verschiedenen Wirkungen der Form und der Folgen des Mangels derselben nach beiden Bedeutungen trifft. Die Praxis hat das meistens überwunden.

37) Wegen der Form nach Verschiedenheit der örtlichen Gesetze s. o. Einleit. §. 33 und die Anm. dazu.

38) Vergl. Einl. §. 17 und Publ.-Pat. §. VII, Anm. 23. Der §. 43 wiederholt die Regel 29 D. de regul. jur. (L, 17). Dergleichen nichtige Handlungen brauchen nicht durch ein richterliches Urtel für nichtig erklärt zu werden; sie werden ohne Weiteres als nicht vorhanden behandelt. Das Gleiche gilt selbst von solchen Rechtsgeschäften, welche in der gesetzlichen Form errichtet, aber wegen Mangels wesentlicher Erfordernisse nichtig sind. Dieser Fall ist widersprechend beurtheilt worden. Das Obertr. hat in seiner Entsch. v. 15. Mai 1840 den Grundsatz ausgesprochen: „Rechtsgeschäfte, welche kraft des Gesetzes nichtig sind, bedürfen, um dieselben unwirksam zu machen, ohne Rücksicht auf ihre Form, keiner Nichtigkeitserklärung, sondern der Richter ist, wenn er das Rechtsgeschäft für nichtig erkennt, eben so berechtigt als verpflichtet, dasselbe auch bei dem von ihm zu entscheidenden Rechtsstreite als nichtig zu betrachten und als solches bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen." Schles. Archiv Bd. IV, S. 508. Somit kennt das A. L.R. allerdings eine Nichtigkeit von Rechtswegen (ipso jure).

39) u. 40) Fallen mit der K.O. v. 2. Sept. 1815 weg.

41) „More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur." L. 8 D. de feriis (II, 12). Wir haben diese römische Sitte beibehalten. Die Römer nennen diesen Zeitraum dies civilis, die erhellte Hälfte lux, dies naturalis und die verfinsterte nox. Die L. 8 de feriis fügt als Nutzanwendung des dies civilis bei: „itaque quicquid in his 24 horis (i. e. duabus dimidiatis noctibus, et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset." Das heißt, der Tag ist ein untheilbarer Zeitabschnitt; nach dem Augenblicke, in welchem während des Laufes des Tages etwas geschehen ist, wird nicht gefragt. Der Grund liegt in der Unmöglichkeit, den Anfangs- und den Endpunkt mit Gewißheit auszumitteln, nicht allein wegen Mangelhaftigkeit und Ungleichheit der Werkzeuge, sondern auch wegen der ungleichen Länge der Tage und Stunden, welche die vollkommenste Uhr nicht richtig angeben kann. Dies ist die civile Zeitrechnung der Neueren. Die Zeitrechnung, wobei auf den mathematischen (wirklichen) Endpunkt gesehen wird,

§. 46. Ist die Erwerbung eines Rechtes an einen gewissen Tag gebunden, so wird dasselbe, so bald der Tag angefangen ist, für erworben geachtet.

§. 47. Soll aber eine Pflicht an einem bestimmten Tage geleistet werden, so kommt dem Verpflichteten der ganze Tag zu Statten[42]).

---

nennt das R. R. a momento ad momentum. L. 6, 7 D. de usurpat. (XLI, 3); L. 3, §. 3 D. de minor. (IV, 4); L. 134 D. de verb. sign. (L, 16). Sie wird nur einmal, bei der Restitution ex capite minor., angewendet. L. 3, §. 3 de minor. Das A. L.R. hat den Grundsatz des R.R.; die civile Zeitrechnung kommt in der Regel bei Zeiträumen aller Art zur Anwendung. Die Regel findet auch noch bei Zeiträumen Anwendung, welche nach dem Maße von 24 Stunden bestimmt sind, doch hier mit Ausnahmen. Das Pr. des Obertr. v. 21. Aug. 1841 spricht in Uebereinstimmung damit aus: „Die in den Gesetzen zur Abgabe einer Erklärung oder zur Leistung einer Handlung bestimmte Frist: „„binnen 24 Stunden"", ist für innegehalten anzusehen, wenn die Erklärung oder Handlung im Laufe des nächsten Tages erfolgt." (Entsch. Bd. VII, S. 53.) Eine Ausnahme gilt bei der Zeitrechnung nach Stunden, wenn der Ablauf eines Zeitraumes nicht als Bedingung einer Rechtsänderung in Betracht kommt, sondern wenn an die Erscheinung einer Begebenheit innerhalb einer gewissen Frist nach einer Handlung eine Vermuthung über das Alter der Entstehung geknüpft ist, wie z. B. bei dem Ausbruche von Viehkrankheiten. Hier wird von Moment zu Moment gerechnet. Anerkannt durch das Pr. des Obertr. 2100, vom 18. Dez. 1848: „Die Frist von 24 Stunden nach der Uebergabe, binnen welcher die Vermuthung gilt, daß ein erkranktes Stück Vieh schon vor der Uebergabe krank gewesen sei, endet mit dem Momente, in welchem sie am vorhergehenden Tage zu laufen angefangen hat." (Entsch. Bd. XVII, S. 152.) (Die Rechtfertigung ist leicht; ein ausdrücklicher Gesetzesausspruch fehlt; der Beweis muß anders als negativ dadurch geführt werden, daß ein Fall, wie die §§. 46 u. 47 d. T. voraussetzen, nicht vorliege. Denn diese handeln gar nicht von der Statthaftigkeit der civilen oder natürlichen [mathematischen] Zeitrechnung, sondern von den verschiedenen Anwendungen der civilen Zeitrechnung; wovon bei der natürlichen Zeitrechnung selbstverständlich nicht Rede sein kann.) Unter 24 Stunden kann immer nur ad momenta gerechnet werden, denn für Stunden giebt es keine civile Rechnung, weil kein Bedürfniß derselben. Das R.R. kennt die Stunde als Zeitabschnitt in Rechtsregeln nicht. Alle übrigen in Rechtsregeln vorkommenden Zeitabschnitte führen immer nur auf den Tag, diesen zu 24 Stunden gerechnet (St.G.B. §. 15), zurück. Dieselben sind: die Woche, der Monat, das Jahr.

Die Woche ist ein wiederkehrender Cyklus von aufeinander folgenden Tagen, welcher ganz selbstständig, ohne ein Theil des Monates oder Jahres zu sein, die Reihe dieser Zeitabschnitte durchzieht. Sie gründet sich auf die Mondbeobachtung und soll dem Mondviertel entsprechen. Da dieses aber in die Mitte zwischen 7 und 8 Tagen fällt, so kann man die Woche zu 8 oder zu 7 Tagen annehmen. Die Römer hatten 8tägige Wochen, mit dem Grenztage der Nundinä; die Juden hatten 7tägige, und von diesen ist die 7tägige Woche auf die christlichen Völker gekommen. In röm. Rechtsregeln kommt die Woche nicht vor. Im deutschen Rechte wie im Pr. R. erscheint sie aber häufig, sowohl im Civilrechte, als im Prozesse und im Strafrechte. Man versteht darunter einen Zeitraum von 7 Tagen. Str.G.B. §. 15. Die einzelnen Wochentage werden bekanntlich nicht wie die Monatstage durch Zahlen und Heiligennamen, sondern durch Eigennamen bezeichnet.

Der Monat hat, wegen der drei verschiedenen Längen der Kalendermonate jedes Jahres, eine zweifelhafte Bedeutung. Die Zeitmessung nach einer Zahl von Monaten kann auf zweierlei Weise geschehen: entweder durch eine Normalzahl von Monatstagen — das ist die Weise des R. R., welches unter Monat 30 Tage versteht; oder so, daß das Ende des Zeitraumes an dem Monatstage angenommen wird, welcher dem Monatstage des Anfangs entspricht, so daß eine am 31. Dez. angefangene zweimonatliche Frist am 28. (29.) Febr. abläuft. Diese Rechnungsweise hat in der deutschen Gerichtspraxis, namentlich bei den Prozeßfristen, stattgefunden, aber man hat auch beide Weisen angewendet. (Strube, Bed., I, 47.) Das geschieht auch im Pr. R. Bei Verjährungen (I, 9, §. 550) und bei Strafen (St.G.B. §. 15) wird der Monat zu 30 Tagen gerechnet, bei Verträgen aber, namentlich bei auf Monate lautenden Wechseln, wird die Zeit nach den wirklichen Monatstagen bestimmt, so daß sie an dem, dem Anfangstage (z. B. v. 2. Jan. nach 2 Monaten) durch seine Zahl entsprechenden Monatstage (2. März), wenn aber diese Zahl im letzten Monate fehlt, am letzten Tage desselben abläuft. II, 8, §§. 855, 856; A. D. W.O. Art. 32. Dieses Verfahren ist unanwendbar, wenn die Frist durch „halben Monat" bestimmt ist. Dann kehrt man wieder zur röm. Rechnungsweise zurück und rechnet für einen „halben Monat" 15 Tage. A. D. W.O. Art. 32 a. E. Eine allgemeine Regel ist nicht vorgeschrieben; es ist jedoch, nach diesen Anwendungen, die röm. Rechnungsweise als Regel anzunehmen, weil sie in allen Fällen anwendbar ist, die andere, auf Bruchtheile unanwendbare, Weise aber nur als Ausnahme in Fällen, wo sie vorgeschrieben ist, zu betrachten.

Das Jahr bedarf zu seiner Anwendung keiner weiteren Bestimmung; auf den Schalttag wird nicht Rücksicht genommen. I, 9, §§. 547—549.

42) Wenngleich dem Berechtigten daraus; daß die Leistung zu einer späteren Tageszeit erfolgt, Nachtheil entsteht. Vergl. den Rechtsfall über Leistung von Bierfuhren im Schl. Arch. Bd. VI, S. 372.

§. 48. Trifft die Erfüllung einer Pflicht auf einen Tag, an welchem nach allgemeinen Polizeiverordnungen[43]), oder nach den Religionsgrundsätzen des Verpflichteten dergleichen Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen[44]), so ist der Verpflichtete in der Regel an dem nächstfolgenden Tage zur Leistung verbunden. (Th. II, Tit. 8, Abschn. 8)[45]).

§. 49. Ist die Zeit durch den Ausdruck: Jahr und Tag, bezeichnet, so werden darunter Ein Jahr und Dreißig Tage verstanden.

---

Die beiden §§. 46, 47 gehören zusammen. Die civile Zeitrechnung hat, wenn der Anfangspunkt der Handlung nicht mit Punkt Mitternacht zusammenfällt, immer die Folge, daß der nach ihr abgemessene Zeitraum einen größeren oder kleineren Bruchtheil eines Tages mehr oder weniger enthält, als der mathematisch berechnete, je nachdem man den Tag des Anfangs mitzählt, oder nicht. Da der Tag als ein untheilbarer Zeittheil bei der civilen Rechnung behandelt wird (Anmerk. 41 am Anf.), so ist um Mitternacht, welche nach der Stunde der Handlung (des Anfangs) folgt, schon der erste Tag ganz vollendet. Hätte also die Besitzergreifung um 10 Uhr Abends stattgefunden, so ist 2 Stunden später ein ganzer Tag verflossen. Eine zweitägige Frist wäre mithin um die zweite Mitternacht nach dem Anfange abgelaufen. Dabei kann der eine Theil fast um einen ganzen Tag zu kurz kommen, während der andere so viel gewinnt. Das umgekehrte Verhältniß tritt ein, wenn man den Endpunkt in die nächst folgende Mitternacht nach dem mathematischen Endpunkte verlegt, d. h. wenn man den Anfangstag nicht mitzählt. Man mag also zählen, wie man will, immer verliert Einer zum Vortheile des Anderen. Eine oder die andere Zählart muß aber, zur Lösung der Aufgabe, den Zeitraum zu bestimmen, gewählt werden. Das R. R. wendet beide Zählarten, nach Verschiedenheit der Fälle an, nicht willkürlich, sondern nach einem bestimmten Prinzipe, welches zwei Regeln giebt: Soll durch den Ablauf des Zeitraumes ein Recht erworben werden, wie bei der Ersitzung, so wird der Anfangstag mitgezählt; soll dadurch ein Recht verloren gehen, wie bei der Klagverjährung und Einlegung eines Rechtsmittels, oder der Rechtszustand verschlimmert werden, wie bei der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit durch Mora, so wird dieser Tag nicht mitgezählt. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 350 ff. Diese Grundsätze hat das A. L.R. angenommen und in den §§. 46 u. 47 ausgesprochen. Die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, bei welcher das R. R. die mathematische Rechnung anwendet (L. 3, §. 3 D. de minor.), wird als Erwerbung eines Rechtes behandelt. (I, 5, §. 18.)

43) Dazu gehören namentlich die von den Regierungen erlassenen polizeilichen Bestimmungen zur Bewahrung der äußeren Heilighaltung der Sonn- und Festtage. K.O. v. 7. Febr. 1837 (G.S. S. 19).

44) Dergleichen Tage sind die Sonntage und die allgemeinen, d. h. die durch die Gesetzgebung angeordneten Feiertage. II, 11, §§. 34, 35. Vergl. A. G.O. I, 7, §. 23; I, 8, §. 5; II, 2. §. 11; Anh. §. 420. Diese Tage sind der öffentlichen Ruhe (Feier) von allen bürgerlichen Geschäften und den gottesdienstlichen Verrichtungen gewidmet; Niemand kann an denselben von dem Anderen eine Leistung oder die Annahme einer angebotenen Leistung mit rechtlicher Wirkung fordern. Dieser Grundsatz gilt selbst im strengen Wechselverkehre; denn auch dieser soll an diesen Tagen ruhen. II, 8, §. 870 u. A. D. W.O. Art. 92. Die allgemeinen Feiertage in preuß. Landen sind zur Zeit: Weihnachten, Ostern, Pfingsten, jedesmal 2 Tage; Neujahr; ein Bußtag (Mittwoch nach Jubilate); Charfreitag und Himmelfahrt. Ed. v. 12. März 1754; B. v. 28. Jan. 1773; B. v. 4. März 1789; K.O. v. 22. Juli 1839 (G.S. S. 249).

45) Die bloß kirchlichen Festtage werden in rechtlichen Beziehungen nicht berücksichtigt, wenn auch unter Umständen den Verhältnissen thatsächlich Rechnung getragen wird. Der §. 48 bezieht sich darauf in den Worten: „oder nach den Religionsgrundsätzen nicht vorgenommen werden dürfen". Dieser theoretische Satz aber findet keine unmittelbare Anwendung, da der Richter über religiöse Fragen zu entscheiden nicht kompetent ist; vielmehr erfordert er seine Anwendung durch den Gesetzgeber, wie sich solche denn in der That auch findet. Proz.-Ordn. Tit. 10 ff. u. A. L.R. II, 8, §§. 985—988. Das Allegat am E. dieses §. 48 bezieht sich eben auf eine solche Ausnahme zum Vortheile der Juden, nun aufgehoben durch die A. D. W.O. Art. 92. Ohne besondere Anordnung der Gesetzgebung kann der Richter auf bloße kirchliche Feste und Religionsfragen nicht Rücksicht nehmen.

Der §. 48 bezieht sich übrigens überhaupt nur auf einen für die Handlung bestimmten Tag, wie z. B. den Zahltag, nicht aber auf den Fall, wo eine Rechtsveränderung von dem Ablaufe eines Zeitraums abhängt und das Ende auf einen Sonn- oder Festtag fällt. Dadurch kann die Frist niemals verlängert werden. Vergl. Pr. des Obertr. vom 9. Juni 1848, betr. die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels. (Jur. Wochenschr. 1848, S. 312.)

# Vierter Titel.

## Von Willenserklärungen*).

Aus der gemeinrechtlichen Literatur gehört vorzugsweise hierher: v. Savigny, System Bd. III, §§. 130—134; Heimbach sen., von der Willenserklärung; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 204 u. flg., auch Sintenis, praktisches Civilrecht, Bd. I, §. 17. — Preußisches Recht: Bornemann, von Rechtsgeschäften. 2te Ausg. Berlin, 1833. — M. Privatrecht, 3te Ausg. Bd. I, §§. 103 u. flg. und Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. II, §§. 82 u. flg.

Erfordernisse rechtsgültiger Willenserklärungen.

§. 1. Die Willenserklärung ist eine Aeußerung[1]) dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen, oder nicht geschehen soll.

§. 2. Wenn eine Willenserklärung rechtliche Wirkung hervorbringen soll[1a]), so muß der Erklärende über den Gegenstand, nach dem Inhalte seiner Erklärung, zu verfügen berechtigt sein.

§. 3. Er muß das Vermögen besitzen, mit Vernunft und Ueberlegung zu handeln.

§. 4. Die Willensäußerung muß frei, ernstlich und gewiß oder zuverlässig sein[1b]).

Gegenstände.

§. 5. Alle Sachen und Handlungen, auf welchen ein Recht erworben, oder Andern übertragen werden kann[2]), können Gegenstände der Willenserklärung sein.

1. Gewerbeordnung v. 17. Jan. 1845 (G.S. S. 42).

§. 11. Ausschließliche Gewerbeberechtigungen, oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch dieses Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind, können fortan durch Verjährung nicht mehr erworben werden.

Durch Verträge oder andere Rechtstitel können dergleichen[3]) Rechte nicht auf einen längeren, als

---

*) Die Willenserklärung ist eine Spezies von Handlungen, dieser Titel ist daher gewissermaßen eine Fortsetzung des vorhergehenden. Die hier ausgesprochenen Grundsätze beziehen sich sowohl auf Rechtsgeschäfte unter Lebendigen, als auf die von Todeswegen. Man hat aber hierbei überhaupt nur an das Sachenrecht gedacht; denn der Titel bildete im Entwurfe die Einleitung zum Sachenrechte und hatte die Ueberschrift: von den Quellen der Sachenrechte überhaupt. Willenserklärungen, und zwar sehr wichtige, kommen jedoch auch im Personenrechte vor.

1) Sie ist der sinnlich wahrnehmbare Ausdruck der Willensmeinung, der nicht bloß durch Laute, sondern auch durch Zeichen für den Sinn des Gesichts verlautbart werden kann. Die Ausdrücklichkeit besteht nicht nothwendig in Worten einer bekannten Sprache.

1a) Nämlich die nach dem Inhalte der Erklärung beabsichtigte Wirkung, z. B. die Uebertragung des Eigenthums beim Verkaufe einer fremden Sache. (I, 11, §. 19.) Ob die Erklärung in anderer Hinsicht wirksam sei, d. h. verbindlich mache, oder als nichtig anzusehen, ist hier unentschieden gelassen, oder hängt von manchen anderen Umständen ab.

1b) (5. A.) Wenn ein Kontrahent bei dem Abschlusse des Vertrages über die Zuweisung eines Käufers für sein Grundstück von Seiten des anderen Kontrahenten die Bestimmung der Höhe der diesem zu zahlenden Belohnung seinem Ermessen vorbehalten hat, so läßt sich hierin nicht eine der Bestimmung des §. 4 widerstreitende Ungewißheit oder Unzuverlässigkeit der Willenserklärung des Promittenten antreffen und deshalb dieser Vertrag nicht für ungültig erklären. Erk. des Obertr. vom 13. Juni 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 347).

2) Vergl. unten §§. 14 ff., 29, 39—45; I, 5, §. 58.

3) Das ältere Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe v. 7. Sept. 1811, welches in §§. 51 und 54 bestimmte, daß in Rücksicht seiner eigenen Konsumtion Niemand mehr einem Mahl- und Getränkezwange unterworfen, und Verträge, wodurch sich Jemand unterwirft, den Bedarf zur eigenen Konsumtion aus einer bestimmten Stätte zu entnehmen, für nicht geschlossen zu achten, ist hierdurch dahin abgeändert, daß solche Verträge erlaubt und auf 10 Jahre gültig sind. Solche gehen aber nicht auf die Erben des Verpflichteten über, wenn dieser vor Ablauf der Zeit stirbt. Denn sie begründen kein wahres Zwangs- und Bannrecht, sondern eine vorübergehende Verbindlichkeit für die Person des Verpflichteten; eine Verbindlichkeit zur Entnahme des Bedarfs dieser Person. Auch sind die vor Publikation dieser neuen G.O. bereits errichteten Verträge dieser Art nicht etwa auf 10 Jahre ipso jure verbindlich geworden.

Ein Vertrag, wodurch der Inhaber eines zur Aufnahme von Gästen bestimmten öffentlichen Lo-

zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Verabredungen, wodurch für den Fall der Nichterneuerung des Vertrages eine Entschädigung festgesetzt wird, sind nichtig.

§. 64. Neue Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden.

2. K.O. v. 19. April 1813, betr. die Verträge, welche die gesetzliche Gewerbefreiheit beschränken (G.S. S. 69).

In sofern zwischen verschiedenen Kontrahenten Verträge bestehen, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken oder hindern, kommt es bei Beurtheilung ihrer Gültigkeit darauf an, ob sie vor der Publikation des Gewerbesteuer-Ed. vom 2. November 1810, oder erst nach derselben geschlossen worden sind. Im letzten [4]) Falle sind sie gegen Bestimmung eines allgemeinen Landesgesetzes errichtet, und also dergestalt nichtig [5]), daß daraus keine Klage desjenigen Kontrahenten, der dadurch Rechte erlangt zu haben glaubt, von einem Gerichtshof angenommen werden darf.

---

kals den Debit des Weines in demselben einem Dritten gegen Entgelt überträgt, kann aus dem Grunde, weil er eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit oder die Konstituirung eines Krugsverlagsrechts enthalte, nicht angefochten werden. Pr. des Obertr. v. 14. Juni 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 291).

4) Was im ersten Falle Rechtens sein soll, ist nicht ausgesprochen. Argumento a contrario ist die fortdauernde Gültigkeit der älteren Verträge anzunehmen. Darüber war zwischen den Gerichten Streit entstanden, welcher durch Plenarbeschluß (Pr. 1220) v. 5. Dez. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 112) dahin entschieden ist, daß jene Verträge nicht für aufgehoben zu erachten.

5) Bei der Frage: ob ein solcher Vertrag nichtig, sind die Fälle nach ihrer Verschiedenheit zu sondern.

a) Ein Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein freies Gewerbe in einem bestimmten Orte oder Bezirke nicht zu treiben, ist nichtig. Rechtsfall in der Jur. W. 1835, S. 425 ff. — (4. A.) Die Klausel eines Kaufvertrages, nach welcher der Verkäufer sich verpflichtet, während der Besitzzeit des Käufers am Orte kein offenes Kolonialwaarengeschäft zu errichten, verstößt gegen die Gewerbefreiheit und ist deshalb unerlaubt, folglich der Kontrakt von vorne herein ungültig. Erk. des Obertr. v. 31. März 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 282). Der ganze Kontrakt, nicht bloß die Klausel ist in dem Streitfalle für nichtig erklärt worden, weil angenommen wurde, daß der Verkäufer sich nicht nebenher dieser Verpflichtung unterworfen, sondern die Klausel vielmehr die Bedeutung habe, als Gegenstand des Kontrakts das gegen die Konkurrenz des Verkäufers gesicherte, in dem erkauften Grundstücke im Betriebe befindliche mitgekaufte Geschäft zu bestimmen. Vergl. unten, Anm. 2 zu §. 1, Tit. 5. — (5. A.) Hiermit übereinstimmend ist das Erk. dess. vom 5. Februar 1864, worin ausgeführt wird, daß ein Vertrag, in welchem der Vermiether eines städtischen Geschäftslokals, z. B. zum Betriebe einer Destillation, sich verpflichtet, in dieser Stadt dasselbe Geschäft nicht zu betreiben, auch mit Waaren dieses Geschäfts nicht zu handeln, gegen die gesetzliche Gewerbefreiheit verstoße und daher nichtig sei; und daß, wenn der Miethszins nicht bloß als Gegenleistung für die vermiethete Sache, sondern auch als Entschädigung für die Beschränkung der Gewerbefreiheit des Vermiethers vereinbart worden, dem Vermiether ein klagbares Recht auf Zahlung des Miethszinses nicht zustehe. (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 230.)

b) Ein Gewerbe, wozu sonst eine gewerbliche Berechtigung erforderlich war, und noch gegenwärtig eine Konzession gesucht und erlangt werden muß, z. B. die Apothekerei, ist kein freies, sondern hängt von der Erlaubniß des Staates ab, welche von dem Bedürfnisse bedingt ist. Wird die Konzession gegeben, so ist damit das Bedürfniß anerkannt und der Konzessionirte tritt in den Genuß der Gewerbefreiheit. Diese kann ihm durch keinen Privatvertrag verkümmert werden. (5. A.) Vergl. jedoch unten, Anm. 28 b zu Tit. 23.

c) Verträge, wodurch ausbedungen wird, daß in einem Hause ein bestimmtes Gewerbe nicht betrieben werden dürfe, sind unverboten, weil dadurch nicht die Gewerbefreiheit beschränkt oder gehindert, sondern die Benutzung des Grundstücks, nach Art der Grundgerechtigkeiten, beschränkt wird. R. vom 18. Jan. 1832 (Jahrb. Bd. XXXIX, S. 113) und Entsch. des Obertr. in Rechtsf. Bd. III, S. 174, Nr. 88.

d) (4. A.) Verträge, wodurch Jemand sich bei einer Konventionalstrafe verpflichtet hat, auf einer bestimmten Mühle nicht mahlen zu lassen, sind nichtig, weil zum Schutze der Gewerbefreiheit auch gehört, daß denjenigen, welche in der Lage sind, von den Diensten des Gewerbetreibenden Gebrauch zu machen, hierbei keine gesetzlich nicht besonders gerechtfertigten Hindernisse in den Weg gelegt werden, und weil Niemand mehr einem Mahlzwange auch nur indirekt, nach §. 51 des Ges. vom 7. Sept. 1811, unterworfen werden kann. Erk. des Obertr. v. 1. Okt. 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 24).

e) (4. A.) Verträge, durch welche Jemand sich gegen Andere verpflichtet, ihnen gewisse Gewerbshandlungen während eines längeren oder kürzeren Zeitraumes gegen einen für die einzelnen Leistungen im Voraus verabredeten Preis zu leisten, z. B. für die Mitglieder der Gemeinde zu einem bestimmten Preise zu backen, laufen der Gewerbefreiheit nicht zuwider; die Länge des Zeitraumes, für welchen dergleichen Verpflichtungen eingegangen worden sind, kann für sich allein den Vertrag nicht zu einem

3. V. v. 19. Januar 1836, betr. den Verkehr mit Spanischen, und sonstigen, auf jeden Inhaber lautenden Staats- oder Kommunalschuld-Papieren (G.S. S. 9). Aufgehoben durch das Gesetz vom 1. Juni 1860 (G.S. S. 220).

4. V. v. 13. Mai 1840, den Verkehr mit ausländischen Papieren betreffend (G.S. S. 123). Aufgehoben durch das Gesetz v. 1. Juni 1860 (G.S. S. 220).

5. V. v. 24. Mai 1844, betr. die Eröffnung von Aktienzeichnungen für Eisenbahnunternehmungen und den Verkehr mit den dafür ausgegebenen Papieren. (G.S. S. 117.) Aufgehoben durch das Gesetz v. 1. Juni 1860 (G.S. S. 220)[6]).

---

gegen die Grundsätze der Gewerbefreiheit verstoßenden machen. Erk. des Obertr. v. 17. Sept. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 60).

6) Hierdurch ist die Zulässigkeit der Zeitkäufe und Lieferungsgeschäfte über alle Arten von Papieren wiederhergestellt. Bei diesen Geschäften haben sich über zwei Punkte Zweifel gezeigt. Der eine bezieht sich auf die Abschließung mit der Klausel: „im Uebrigen laut hiesiger Börsen-Usance", oder: „im Uebrigen laut hiesiger Börsen-Usance und den Bedingungen, wie solche in den Schlußzetteln der Mäkler bestimmt sind". Der Zweifel bezieht sich auf die Wirksamkeit der Klausel. Verschiedene Entscheidungen des Obertr. widersprechen sich. Ein Urtel v. 25. Sept. 1835 spricht der Klausel jede Bedeutung ab. (Gräff, Archiv, Bd. I, H. 2, S. 75.) Ein jüngeres Urtel v. 16. April 1847 erklärt sie für eine gültige Kontraktsstipulation. (Rechtsfälle Bd. I, S. 87.) Der zweite Fall hätte an das Plenum gebracht werden mögen. Die zweite Entscheidung ist jener vorzuziehen; es giebt keinen Rechtsgrund, welcher einer Verabredung der fraglichen Art hinderlich wäre.

Der andere Punkt betrifft die Forderung des Berechtigten in dem Falle, wo nicht zur rechten Zeit die Erfüllung angeboten oder angenommen worden ist. Die Frage ist: ob später noch die Lieferung der Papiere, folglich im Nichtleistungsfalle die später höhere Kursdifferenz, oder ob nur das Interesse, wie es sich am verabredeten Erfüllungstage durch die Differenz zwischen dem Preise und dem Tageskurse darstellt, gefordert werden kann. Eine Entsch. des Obertr. v. 27. Okt. 1847 sagt: „Das Recht der Kontrahenten: die Erfüllung durch Uebergabe und Abnahme der Papiere gegen Zahlung des festgesetzten Preises, oder Erlegung der Differenzsumme zwischen dem Preise und dem Tageskurse der Papiere zu fordern, ist auf den verabredeten Erfüllungstag beschränkt. Wird an diesem Tage die Erfüllung nicht geleistet, so kann später nur Entschädigung und als solche auch nur die Differenzsumme zwischen dem festgesetzten Preise und dem Kurse der Papiere von dem verabredeten Erfüllungstage gefordert werden." (Entsch. Bd. XV, S. 460.) Die Entscheidung entspricht der Absicht der Kontrahenten, die bei solchen Differenzgeschäften nur auf den verabredeten Lieferungstag rechnen und nicht im Sinne haben, daß Jeder von ihnen noch hintendrein einseitig immerfort soll spekuliren dürfen. Mit dem für den ähnlichen Fall des uneigentlichen Darlehns geltenden Prinzipe, I, 11, §§. 859 und 860 steht sie nicht in Einklang, aber es ist ein Unterschied zwischen einem auf ernstlichen Erwerb der Sache abgesehenen Kaufe und einem Spiele in Form des Kaufes, wobei es nur auf Gewinn und Verlust ankommt. Zur Begründung der Klage auf Zahlung der Preisdifferenz wegen Nichterfüllung ist übrigens die Behauptung dieser Absicht der Kontrahenten, durch Fallen oder Steigen der Preise einen Gewinn zu erzielen, nicht erforderlich. Erk. des Obertr. v. 6. Juli 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 120). Vergl. Konk.-O. v. 8. Mai 1855, §. 17 a. E.

(4. A.) Die Grundsätze werden auf alle Geschäfte über Börsen- und marktgängige Quantitäten angewendet. Erk. dess. v. 29. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 243); vom 6. Juli 1854 (Bd. XIV, S. 120) und vom 5. Dez. 1854 (Bd. XVI, S. 58); vom 19. März 1857 (Bd. XXIV, S. 134). — Der Umstand, daß das auf Lieferung zu einer bestimmten Zeit verkaufte Getreide nach Probe verkauft worden ist, schließt den Begriff der Vertretbarkeit und Marktgängigkeit der Waare, und mithin die rechtliche Natur des Vertrages als eines Differenzgeschäftes nicht aus. Erk. des Obertr. v. 16. Okt. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 100).

(4. A.) Zur Begründung der Differenzklage des Verkäufers bedarf es der mit Beweismitteln zu unterstützenden Behauptung nicht, daß er im Besitze der bedungenen Waaren, resp. zur Erfüllung des Vertrages seinerseits im Stande gewesen und jene Waaren zu keinem höheren, als dem Marktpreise, anderweitig verkauft habe; es genügt vielmehr die erforderlichen Falles zu beweisende Behauptung des Verzuges des Käufers und der geforderten Differenz. Erk. des Obertr. v. 6. Dez. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. X, S. 348).

(4. A.) Hat der, welcher die Erfüllung des Vertrages verweigert, dies so spät erklärt, daß der Andere an diesem Tage keine Gelegenheit mehr hat, die Waare, deren Abnahme jener verweigert, anderweit zu verkaufen, so muß der Kurs des folgenden Tages, als desjenigen, an welchem sich vermuthlich Gelegenheit zum Verkaufe dargeboten haben würde, der Differenzberechnung zum Grunde gelegt werden. Erk. des Obertr. v. 15. Juli 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 358). Vergl. auch Erk. v. 19. März 1857 (Bd. XXIV, S. 134). Vergl. u. Anm. 37 zu §. 286, Tit. 5.

Die bisherige Jurisprudenz (Praxis) über Lieferungsgeschäfte ist antiquirt; die reinen Differenz-

6. Verf.-Urk. v. 31. Januar 1850.

Art. 42. Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes ist nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig; jedoch kann auch hier ein fester ablöslicher Zins vorbehalten werden.

Die weitere Ausführung dieser Bestimmungen bleibt besondern Gesetzen vorbehalten.

7. Gesetz v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse. (G.S. S. 77.)

§. 91. Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig.

Mit Ausnahme fester Geldrenten dürfen Lasten, welche nach dem gegenwärtigen Gesetze ablösbar sind, einem Grundstück von jetzt ab nicht auferlegt werden[15].

Neu auferlegte feste Geldrenten ist der Verpflichtete, nach vorgängiger sechsmonatlicher Kündigung mit dem zwanzigfachen Betrage abzulösen berechtigt, sofern nicht vertragsmäßig etwas Anderes bestimmt wird. Es kann jedoch auch vertragsmäßig die Kündigung nur während eines bestimmten Zeitraums, welcher 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen, und ein höherer Ablösungsbetrag als der fünf und zwanzigfache der Rente nicht stipulirt werden; ersteres gilt auch von den in den §§. 51—55 gedachten Renten.

Vertragsmäßige, den Vorschriften dieses Paragraphen zuwiderlaufende Bestimmungen sind wirkungslos, unbeschadet der Rechtsverbindlichkeit des sonstigen Inhalts eines solchen Vertrags.

§. 92. Die Kündigung von Kapitalien, welche einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit auferlegt werden, kann künftig nur während eines bestimmten Zeitraums, welcher 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen werden.

Kapitalien, welche auf einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit angelegt sind, und bisher Seitens des Schuldners unkündbar waren, können von jetzt ab, sobald 30 Jahre seit der Verkündigung dieses Gesetzes verflossen sind, mit einer sechsmonatlichen Frist Seitens des Schuldners gekündigt werden.

Diese Bestimmungen finden auf sämmtliche Kreditinstitute keine Anwendung.

§. 93. Wenn bei Zerstückelung von Grundstücken die darauf haftenden, den Bestimmungen des §. 64 unterliegenden Reallasten weder durch Kapital, noch nach den Vorschriften des Gesetzes vom heutigen Tage über Errichtung von Rentenbanken abgelöst werden, so bleiben für solche Reallasten das Hauptgrundstück und die Trennstücke in solidum verhaftet[15a].

Dagegen ist der Berechtigte hinsichtlich solcher Renten, welche den Bestimmungen des §. 64 nicht unterliegen (§§. 53 bis 55, 65, 66 und 91), verpflichtet, sich eine Vertheilung dieser Renten auf die Trennstücke nach Verhältniß des Werthes derselben gefallen zu lassen.

Er ist jedoch zu fordern berechtigt, daß diejenigen Rentenbeträge, welche nach der Vertheilung jährlich unter 4 Thlrn. betragen, durch Kapitalszahlung Seitens des Pflichtigen abgelöst werden.

Der §. 2 des Edikts v. 14. September 1811 wegen Beförderung der Landeskultur und der §. 2 des Gesetzes vom 18. Juni 1840 über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse im Herzogthum Westphalen (G.S. 1840, S. 153), soweit er diesen Bestimmungen entgegen ist, werden aufgehoben.

§. 97. Die Ablösbarkeit der Reallasten, sowie die Regulirungsfähigkeit der noch nicht zu Eigen-

---

geschäfte sind in dem H.G.B., wo die Materie in den Art. 338, 354—359 neu geregelt ist, nicht anerkannt.

15) Verträge zwischen Gutsbesitzern und Bauern, wodurch die Letzteren zum Vortheile der Ersteren in der Benutzung ihres freien Eigenthums, z. B. im Betriebe ihrer Kalksteinbrüche beschränkt werden sollten, wurden schon vorher nicht geschützt. Vergl. Entsch. des Obertr. vom 20. Nov. 1845 (Rechtsf. Bd. I, S. 189).

15a) Es müssen vor dem Vertragsabschlusse stets Bestimmungen über die Ablösung, Vertheilung oder Uebernahme der auf den Grundstücken haftenden Reallasten und Renten, desgleichen wegen etwaiger Hypothekenschulden getroffen werden. G. v. 24. Mai 1853, §. 7. (G.S. S. 241.) — (3. A.) Nach einer Bestimmung des Ministeriums für landwirthschaftliche Angelegenheiten im Einverständnisse mit dem Fin.-Min., vom 8. Juli 1854, muß die Vertheilung der auf dismembrirten Grundstücken für die Rentenbanken haftenden Renten stets in vollen Silbergroschen erfolgen.

thum besessenen Stellen, ist ohne Rücksicht auf früher darüber ergangene Judikate, lediglich nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes zu beurtheilen.

7a. Dekl. des §. 97 des Gesetzes, betr. die Ablösung der Reallasten, v. 2. März 1850. V. 24. Mai 1853. (G.S. S. 240.)

§. 2. Willenserklärungen und Judikate, durch welche vor Verkündigung des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. v. 2. März 1850, die Regulirungsfähigkeit einer Stelle ausgeschlossen worden ist, sind durch die Vorschrift des §. 97 des gedachten Gesetzes nur in soweit außer Wirksamkeit gesetzt, als sie ausdrücklich in Anerkennung des Mangels der gesetzlichen Erfordernisse zur Regulirungsfähigkeit abgegeben, beziehungsweise ergangen sind.

§. 3. Bei den vor Erlaß des gegenwärtigen Gesetzes getroffenen rechtsgültigen Festsetzungen, welche den Bestimmungen desselben zuwiderlaufen, behält es sein Bewenden. Dagegen findet dieses Gesetz auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedenen streitigen Fälle Anwendung.

§. 6. Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten[16]), kann durch Willenserklärungen Niemand verpflichtet oder berechtigt werden.

§. 7. Auch nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit[17]) beleidigen.

---

16) Die Regel der L. 5 C. de leg. (I, 14), wonach jedes Rechtsgeschäft, durch welches verbotene Handlungen übernommen werden, ungültig sein soll, gilt für uns nicht. Es kommt auf den Inhalt jedes einzelnen Verbotgesetzes an. Vergl. z. B. §. 91 a. E. des Ges. v. 2. März 1850 (Zus. 7) und die Eheverbote II, 1, §§. 968 ff., und die K.O. v. 19. April 1813 (Zus. 2).

Zu den verbotenen Handlungen gehört die Entsagung der ordentlichen Rechtsmittel und Unterwerfung unter den Ausspruch einer bestimmten richterlichen Person im Voraus nicht. Pr.-O. Tit. 2, §. 137 und Tit. 30, §§. 48 ff. Pr. des Obertr. v. 1. Febr. 1845. (Entsch. Bd. XII, S. 473.) (3. A.) Wohl aber sind Verträge zwischen Gemeindemitgliedern, durch welche die Grundsätze des Armenpflegegesetzes abgeändert werden, ungültig. Pr. des Obertr. v. 15. März 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 304).

(4. A.) Die Verabredung, daß ein Brennereibesitzer den Branntwein an einem gewissen Orte und in einem gewissen Umkreise nicht verkaufen dürfe, läuft gegen die Gewerbefreiheit und ist daher nichtig. Erk. des Obertr. v. 3. Juni 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 251).

(4. A.) Die testamentarische Bestimmung des Vaters: der bedachte Sohn solle während der mit seiner derzeitigen Ehefrau bestehenden Ehe nur die Nutzungen seiner Erbportion erhalten, die Substanz dagegen auf die Kinder desselben übergehen; für den Fall aber, daß dieser Sohn von seiner Ehefrau durch richterlichen Ausspruch geschieden würde oder seine Ehefrau überlebte, sollten die Wirkungen der Substitution gänzlich aufhören und die väterliche Erbportion sein freies Eigenthum werden, — enthält weder eine Bedingung für den Sohn, ehelos zu sein oder seinen Wittwenstand nicht zu ändern (§§. 10, 11), noch verlangt sie von ihm eine Handlung, welche die Gesetze verbieten (§. 6), oder welche die Ehrbarkeit beleidigt. Erk. des Obertr. vom 30. November 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 254).

17) Vergl. L. 26 D. de verb. obl. (XLV, 1); §. 24 J. de inutil. stip. (III, 20). Ob etwas unehrbar, unsittlich (turpe) sei, ob nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche in jedem einzelnen Falle besonders beurtheilt werden muß, und deren richterliche Entscheidung nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffen werden kann. Aeltere Fälle dienen dabei nicht zur Belehrung; es kommt auf die innere Ueberzeugung und das Sittlichkeitsgefühl des Richters an. — Hierher gehören auch Pakta, wodurch sich Jemand verbindlich macht, keine strafbaren Handlungen zu begehen, z. B. nicht zu stehlen, L. 7, §. 3 und L. 27, §. 4 D. de pact. (II, 14). Vergl. u. I, 16, §§. 210, 211; oder Zusicherung von Vortheilen für die Erfüllung obliegender Pflichten. L. 2 D. de cond. ob turp. (XII, 5); A. L.R. I, 16, §. 210. In allen diesen Fällen ist die cond. ob turp. c. begründet. Ebd. §§. 205 ff.; I, 11, §§. 581, 714, 1070, 1071. — Ein anderer Fall der Nichtigkeit wegen Unsitte ist I, 11, §. 446. (3. A.) Eben so ist ein Vergleich, die Ehe mit der Geschwächten unter der Bedingung zu vollziehen, daß sie gleich nachher ohne Weiteres wieder getrennt würde, wider die guten Sitten und deshalb nichtig. R. v. 13. März 1797 (Rabe, Bd. IV, S. 40). (4. A.) Ein Vertrag, wodurch Jemand seine Bemühungen für das Zustandebringen einer bestimmten Heirath gegen Belohnung verspricht, ist nicht als gegen die guten Sitten und deshalb als die Ehrbarkeit beleidigend angesehen worden. Erk. des Obertr. v. 22. Septbr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 92). Dagegen ist ein Vertrag, durch welchen während des Prozesses der unschuldige Theil auf die Ehescheidungsstrafe verzichtet, falls der Schuldige den Scheidungsgrund zugesteht und sich im Voraus verpflichtet, nicht zu appelliren, nichtig. Erk. des Obertr. vom 13. März 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 123). — Verabredungen in einem Ehevertrage, durch welche für den Fall einer künftigen Ehescheidung Bestimmungen über die Abfindung des unschuldigen Theils getroffen werden, beleidigen die Ehrbarkeit und sind deshalb un-

§. 8. Willenserklärungen, welche zur Verheimlichung [18]) einer durch die Gesetze gemißbilligten Handlung, oder auf Entschädigung oder Belohnung des Uebertreters abzielen, sind nichtig [19]).

§. 9. Gewissensfreiheit kann durch keine Willenserklärung eingeschränkt werden [20]).

§. 10. Zusagen, wodurch eine Mannsperson bis über das dreißigste, und eine Frauensperson bis über das fünf und zwanzigste Jahr hinaus [21]), zum ehelosen Stande verpflichtet werden soll, sind ungültig [22]).

---

verbindlich; es treten in einem solchen Falle die gesetzlichen Bestimmungen ein. Pr. des Obertr. v. 13. Dezbr. 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 373).

(4. A.) M. s. auch die Anm. 16, Alinea 4 zu §. 6.

18) Hiermit steht der I, 16, §. 416 nicht in Widerspruch, denn dort ist nur vom Vergleiche über die Folgen einer Handlung, deren Verfolgung in der Privatwillkür des Verletzten steht, Rede. Handlungen, welche von der Staatsbehörde ohne Antrag verfolgt werden dürfen und müssen, sind eben der Privatwillkür entzogen. (2. A.) Der §. 8 hier bezieht sich in seiner Allgemeinheit auch nur auf künftige unerlaubte Handlungen. Hinsichtlich schon begangener Handlungen treffen die §§. 415 u. 416 Bestimmung. Vergl. L. 27, §. 4 D. de pactis (II, 14).

19) — „ab initio non valet." L. 123 D. de verb. obl. (XLV, 1). Vergl. die Anm. 22. Ein Vertrag darüber, wer von den Kontrahenten die Staatsabgabe (Stempelsteuer) tragen soll, ist zwischen den Parteien völlig verbindlich und auch die zugesicherte Schadloshaltung für den Fall der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit ist nicht unerlaubt. Wird das Versprechen nicht erfüllt und der Berechtigte in die Kontraventionsstrafe genommen — denn für die Steuerbehörde ist der Vertrag nicht vorhanden, — so kann dieser von dem Anderen Schadloshaltung fordern.

20) Vergl. u. §§. 136—138; I, 5, §§. 227, 228; I, 12, §. 63; II, 11, §§. 1 u. 2. — Der Sinn des §. 9 ist dunkel. — Das Gewissen, der Glaube über Gott und in göttlichen Dingen, ist, als etwas Inneres, schon an sich keiner Bestimmung durch Willenserklärung empfänglich. Die Bestimmung geht daher vermuthlich auf die Religion und die Wahl der Religionspartei, zu welcher man sich bekennt. So verstanden ist der Sinn des Gesetzes der, daß Niemand sich verbindlich machen kann, einer bestimmten Religionspartei anzugehören, oder nicht; daß ein solcher Vertrag unkräftig ist. Was etwa gegen Uebernahme solcher Verbindlichkeit gegeben und geleistet worden, fällt unter die Grundsätze von der cond. ob turpem causam. Das aber ist es wohl nicht, was die Vorschrift sagen soll. Wenn jedoch darüber die Bestimmung gegeben sein soll: daß es unerlaubt, die Beibehaltung oder Veränderung der Religion zur Bedingung einer Verbindlichkeit oder eines Rechts oder Vortheils zu machen; so ist die Fassung der Absicht nicht entsprechend. Denn der bedingt Berechtigte oder Verpflichtete hat freie Wahl, die Bedingung zu erfüllen, oder unerfüllt zu lassen; er ist mithin durchaus nicht in seiner Freiheit eingeschränkt. Man legt jedoch die Bestimmung in Verbindung mit §. 136 so aus, daß die conditio de mutanda vel retinenda religione pro impossibili erklärt worden. Ber. des J. M. v. Goldbeck v. 6. Juni 1804; K.O. v. 12. Juni 1804 (Rabe VIII, 197). Das ist auch die Meinung Suarez' gewesen, die Fassung ist jedoch nicht entsprechend. Nach G. R. ist die Frage streitig. Vergl. Sell, über bedingte Traditionen (Zürich 1839) S. 142, wo die Unzulässigkeit, und Vangerow, Pandekten, I, S. 110, wo die Zulässigkeit behauptet wird. Ueber die vorlandrechtliche pr. Gerichtspraxis s. Hymmen, Beitr. Bd. V, S. 144 und Mathis, Bd. IV, S. 237 ff.; Bd. V, S. 137 ff. (4. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß die in einem Lehnbriefe enthaltene Bestimmung, daß die Lehnssuccessionsfähigkeit an das Bekenntniß zu einer bestimmten Konfession gebunden sein solle, nach dem Gemeinen Rechte zulässig und rechtsgültig sei. Erk. v. 5. Dezember 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 111).

21) Dieses Gesetz ist eine verbesserte Auflage der Bestimmung der Lex Julia et Papia Popp., daß die Bedingung: nicht zu heirathen, für nicht geschrieben zu erachten. Heineccius, Comm. ad Leg. J. et P. P. p. 289. Dieselbe ist nach zwei Richtungen verändert durch die Ausdehnung auf Verträge und durch Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Jahren. Durch die zweite Veränderung ist Ungewißheit veranlaßt: ob eine Erklärung oder Bedingung, welche diese Zahl von Jahren auch nur um ein Minimum überschreitet, ganz und von Anfang an nichtig sein, oder die Nichtigkeit erst mit Ablaufe der erlaubten Zeit eintreten soll. Die Meinungen darüber widersprechen sich. Für den zweiten Fall müßte die Bedingung als eine aufschiebende angesehen werden, welche so lange wirksam ist, bis die Zeit eintritt, wo sie unerlaubt wird und deshalb wegfällt. §. 109 d. T. Das ist aber nur bei letztwilligen Erklärungen möglich; bei Verträgen wirkt die Bedingung Nichtigkeit des Vertrages, und ein Vertrag kann nicht von Anfang rechtsgültig sein und nach einer Reihe von Jahren ipso jure nichtig werden. Hier müßte also die Bedingung resolutiv wirken. Wegen dieser Verwickelung ist es praktischer und auch ohnedies logischer, die gegen den Inhalt des §. 10 gefaßte Bedingung und Erklärung als eine unerlaubte von Anfang wirken zu lassen. Damit stimmt auch der Wortsinn

§. 11. Auch ist Niemand an eine Willenserklärung gebunden, wodurch er seinen Wittwenstand nicht zu ändern angelobt hat[22a]).

§. 12. Ist aber die Ehelosigkeit das nothwendige Erforderniß eines gewissen Standes, so dauert die Verpflichtung dazu so lange, als Jemand in diesem Stande sich befindet.

§. 13. Zur Sklaverei oder Privatgefangenschaft[23]) kann Niemand durch Willenserklärungen verpflichtet werden.

8. Ed. v. 9. Oktober 1807. (G.S. S. 171.)

§. X. Nach dem Datum dieser V. entsteht fernerhin kein Unterthänigkeitsverhältniß, weder durch Geburt, noch durch Heirath, noch durch Uebernehmung einer unterthänigen Stelle, noch durch Vertrag.

§. XII. Mit dem Martinitage 1810 hört alle Gutsunterthänigkeit in unsern sämmtlichen Staaten auf. Nach dem Martinitage 1810 gibt es nur freie Leute.

9. Ed. zur Beförderung der Landkultur vom 14. Sept. 1811. (G.S. S. 300.)

§. 7. Jedem Grundbesitzer steht zwar frei, so viel Arbeitsfamilien, wie er zu bedürfen glaubt, auf seinem Eigenthum anzusetzen, und solche ganz oder theilweise durch Landnutzung abzulohnen. Damit sich aber hierdurch nicht neue kulturschädliche Verhältnisse bilden, so sollen die Miethsverträge einen Zeitraum von längstens zwölf Jahren umfassen, erbliche Ueberlassung solcher Stellen aber niemals unter Verpflichtung zu fortwährenden Diensten geschehen, sondern nur im Wege des Verkaufs oder[24]) mit Auflegung einer bestimmten Abgabe an Geld und Körnern, zulässig sein[25]).

§. 14. Soweit eine Sache dem Privatverkehr entzogen ist, so weit[25a]) kann sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein[25b]).

---

des Gesetzes. Früher war ich anderer Meinung in sofern, als der Verpflichtete mit der Theilung einverstanden. Recht der Ford. II, (1. Ausg.) S. 309, Note 42. Vergl. übrigens unten §. 120 und die Anm. 123 dazu.

22) Die Ausdrücke „ungültig" und „nichtig" (§. 8) werden hier gleichbedeutend gebraucht. Ueberhaupt ist die Terminologie des A. L.R. in der Bezeichnung der nichtigen und der bloß anfechtbaren Rechtshandlungen, außer bei der Ehe, unbestimmt.

(4. A.) M. s. auch die Anm. 16, Alinea 4 zu §. 6 d. T.

22a) (4. A.) Oben, Anm. 16, Alinea 4 zu §. 6 d. T.

23) Oder zu Handlungen und Duldungen, welche die Ehre verletzen. I, 5, §§. 297, 298. — Die Verschreibung der persönlichen Freiheit zur Sicherstellung des Gläubigers in der Bedeutung, daß, außer der Wechselverbindlichkeit, die Exekution sofort durch Personalarrest vollstreckt werden solle, ist kraftlos. Der §. 10, Nr. 1, Tit. 29 Pr.-O. ist nicht entgegen. S. m. Anm. 7 dazu.

24) Diese Eventualität ist modifizirt durch §. 91 d. G. v. 2. März 1850 (Zus. 7).

25) (5. A.) Ist dieser Vorschrift zuwider ein Vertrag, die Gründung einer Dienstfamilie betreffend, geschlossen, so ist nicht der dienstberechtigte Gutsbesitzer von dem Vertrage zurückzutreten und dem Dienstverpflichteten ohne weitere Entschädigung das Grundstück abzunehmen berechtigt; vielmehr kann nur der Dienstverpflichtete für befugt erachtet werden, auf Hinwegräumung des der Kultur schädlichen Hindernisses durch Aufhebung der Dienstpflicht zu dringen. Erk. des Obertr. vom 14. Dezbr. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 225).

25a) Vergl. I, 5, §. 58. Mit der s. g. res extra commercium hat es nach dem L.R. eine ganz andere Bewandtniß als nach dem R. R. Das L.R. gestattet die Erwerbung von Eigenthum an solchen Sachen unter gewissen Voraussetzungen und vermehrt auch diese Art von Sachen dadurch, daß es der Privatwillkür gestattet ist, Sachen dem gemeinen Verkehre zu entziehen. S. die Anm. 26—28. Deshalb ist der röm. Rechtsgrundsatz, daß eine res extra commercium selbst unter der Voraussetzung, daß sie aufhören würde dies zu sein, nicht Gegenstand eines gültigen Rechtsgeschäfts sein kann (L. 83, §. 5; L. 137, §. 6 D. de verb. obl. XLV, 1; §. 2 J. de inutil. stip. III, 20), ganz passend nicht beibehalten, vielmehr ausdrücklich gestattet, darüber gültig zu kontrahiren, in so weit die Eigenschaft der Sache sich verändern läßt und wirklich ändert.

25b) (5. A.) Ein Vertrag, dessen Objekt eine Kaution dafür ist, daß sich eine bestimmte ausländische Person hier den diesseitigen Gesetzen gemäß führe, ist nicht ungültig; ein solches Vertragsobjekt gehört nicht dem jus publicum an, mithin findet auch der an sich richtige Satz: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, darauf keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 3. Oktober 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 186).

§. 15. Nicht nur durch Natur [26]) oder Gesetz [27]), sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen [28]) können Sachen dem Verkehre entzogen werden.

§. 16. Dergleichen Privatverfügung bindet einen Jeden, welchen der Verfügende zu verpflichten berechtigt war.

§. 17. Doch darf auch ein Dritter, welchem dergleichen Privatverfügung bekannt geworden ist [29]), derselben nicht entgegenhandeln.

§. 18. Die bloße öffentliche Bekanntmachung ist zum Beweise, daß der Dritte die Verfügung gewußt habe, noch nicht hinreichend.

§. 19. Dagegen kann sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen [30]).

---

26) Wie Luft, Licht, Meer, Wasser in öffentlichen Seen und Flüssen, die s. g. res communes omnium der Römer. L. 2, §. 1 D. de rerum div. (I, 8); §. 1 J. eod. (II, 1). — A. L.R. II, 15, §. 44; I, 8, §. 3.

27) Die Sachen, welche durch Gesetz dem Verkehre entzogen sind, befinden sich alle im Eigenthume einer juristischen Person. Die vorzüglichsten Arten solcher Sachen sind die s. g. öffentlichen, welche dem Staate oder einer Kommunität zustehen, als: Land- und Heerstraßen, woran gar keine Privatrechte erworben werden können (II, 15, §§. 7, 8, 2 und 3); öffentliche Plätze und Straßen in Städten; sowie Häfen und Meeresufer, die öffentlichen Flüsse. Ferner diejenigen Sachen, welche im besonderen Eigenthume der Religionsgesellschaften sich befinden und zu religiösen Zwecken bestimmt sind, namentlich: Kirchen, Gebethäuser, Synagogen, Kirchengeräthe, Begräbnißplätze. So lange diese Sachen ihrer Bestimmung dienen, sind sie dem Verkehre entzogen. Vergl. K.O. v. 14. April 1840 (J.M.Bl. S. 143); v. 26. Oktbr. 1840 (J.M.Bl. 340); II, 11, §§. 173, 179. Die Bestimmung derselben kann jedoch verändert werden, wodurch sie dann in den Verkehr kommen. §§. 173, 180 ff. a. a. O. — Litigiöse Sachen sind den durch Gesetz dem Privatverkehre entzogenen, nach A. L.R., nicht gleichzustellen. Vergl. Entsch. XIII, S. 157.

28) Dabei ist muthmaßlich an Familien-Fideikommisse gedacht. II, 4, §. 15. Das R. R. kennt diese Art von res extra commercium nicht. Um durch Privatbestimmung eine Sache dem Verkehre zu entziehen, muß nicht nur die Form, welche das Rechtsgeschäft nach seiner Natur erfordert, beobachtet, sondern es muß auch dafür gesorgt werden, daß diese einer solchen Sache beigelegte Eigenschaft keinem Dritten, bei Anwendung der schuldigen Vorsicht, unbekannt bleiben kann. §§. 17—19. — „Durch eine Privatverfügung, die den Eigenthümer resp. Besitzer einer Sache in seiner Befugniß, über die Sache zu disponiren, beschränkt oder ihm diese Dispositionsbefugniß ganz untersagt, wird die Sache, welche Gegenstand der Verfügung ist, noch nicht dem Privatverkehre entzogen." Pr. 694, v. 3. Juni 1839. Der Veräußerer kann durch Ueberschreitung des Verbots seine Verbindlichkeit verletzen, das macht jedoch das Veräußerungsgeschäft nicht unwirksam. Die Sache, welche willkürlich dem Privatverkehre entzogen werden soll, muß einem bestimmt ausgesprochenen Zwecke gewidmet werden.

29) Wenngleich nur durch formlose besondere Anzeige eines Betheiligten.

30) Von dem, was im Grundbuche gehörigen Orts eingetragen steht, wird fingirt, daß es Jedermann wisse; ob diese Fiktion mit der Wirklichkeit zusammentreffe, wird gar nicht gefragt, der Einwand, daß man den Inhalt des Hypothekenbuches nicht gekannt habe, ist unzulässig. Dieser Grundsatz gilt nicht bloß hier, sondern er gilt ganz allgemein in allen Beziehungen. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. VIII, S. 68; Bd. X, S. 16 u. 199; Bd. XIV, S. 236; Bd. XVII, S. 498; Bd. XXI, S. 52. Vergl. Publ.-Pat. v. 5. Febr. 1794, §. XV. Später ist dieser Grundsatz, unter Aufhebung des Pr. 1846 v. 16. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 232, 236), auf das Sachenrecht beschränkt, und vom Vertragsrechte ausgeschlossen. Dagegen s. m. unten, Anm. 27, Satz 2 zu §. 183, Tit. 11. Der Zeitpunkt der Eintragung wird nicht durch den Ingrossationsbefehl, sondern durch den Vermerk des Ingrossators: daß und wann die Eintragung geschehen, festgestellt. Dabei gilt der Tag nicht für einen untheilbaren Zeittheil, vielmehr kommt es auf die Stunde an. (4. A.) Bei dem Zusammentreffen mehrerer gleichzeitig vorliegender Eintragungsgesuche entscheidet das Präsentatum derselben, wenn der Besitztitel zur Zeit der Präsentation für den Aussteller des Gesuchs schon berichtigt war; sonst kommt der Grundsatz des §. 408, Tit. 20 zur Anwendung. Die Anwendung der im §. 19 hier gegründeten Rechtsfiktion in der Allgemeinheit, daß, weil die spätere Post dem Raume und der Zeit nach später eingetragen sei als die voranstehende, wenngleich dies auf Grund derselben Verfügung und an einem Tage geschehen ist, und das Hypothekenrecht zu einer Zeit gegründet war, wo die vorstehende Post noch nicht eingetragen stand, — angenommen werden müsse, der später Eingetragene habe sich bei Erwerb seines Rechts in bösem Glauben befunden, ist ungerechtfertigt. Erk. des Obertr. v. 11. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 26).

Vergl. Anm. 77, Abs. 2 zu §. 50, Tit. 1 der Hyp.-Ordn. und §. 2 des Ges. v. 24. Mai 1853 (Zus. 10 dazu).

Persönliche Fähigkeit.

§. 20. Alle Willensäußerungen der Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben[31]), sind nichtig.

§. 21. Willenserklärungen der Unmündigen, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben[32]), sind nur in sofern gültig, als sie sich dadurch einen Vortheil erwerben[32a]).

§. 22. Sind mit dem Vortheile, den ein solcher Unmündiger durch seine Willensäußerung erwerben soll, zugleich Pflichten und Lasten verbunden, so erlangt die Willenserklärung ohne Einwilligung[33]) seines Vorgesetzten[33a]) keine[34]) rechtliche Wirkung. (Tit. 5, §§. 11, 12, 13.)

§. 23. Rasende und Wahnsinnige sind den Kindern unter sieben Jahren gleich zu achten. (§. 20.)

§. 24. So lange den Personen, welche mit Anfällen einer solchen Krankheit behaftet sind[35]), noch kein Vormund bestellt ist, gilt die Vermuthung[36]), daß sie ih-

---

(5. A.) An dem Umfange und an den Grenzen einer Grundgerechtigkeit, wie sie in dem Titel konstituirt ist, wird durch den davon abweichenden Inhalt des Vermerkes im Hypothekenbuche nichts geändert. Unten, Anm. 18, Abs. 2 zu §. 27, Tit. 22.

31) Kinder sind nach der Definition Tit. 1, §. 25 immer Personen unter 7 Jahren.

32) Der Zusatz: „welche — haben", muß weggedacht werden. Er ist unnöthig, weil Unmündige, nach der Definition I, 1, §. 25, immer Personen unter 14 Jahren sind; und zugleich ungenau, weil er auch — indem die Grenze nach unten weggelassen ist — die Kinder mit begreift. — Uebrigens ist hier mit Vorbedacht nicht bloß der Minderjährigen gedacht, weil deren Erklärungen verschiedene Wirkungen allerdings hervorbringen, weshalb es vorbehalten ist, davon bei jeder Art besonders zu handeln. Anm. zum gedruckten Entw. des G.B. Th. II, Tit. 1, §. 24.

32a) (4. A.) Dies kann auch auf die Appellation eines Minderjährigen bezogen werden, welcher, ohne daß sein Status in erster Instanz zur Sprache gekommen, verurtheilt worden ist. Denn die Appellation gegen ein beschwerendes Urtel ist eine zur Abwendung eines Nachtheils abzielende Maßregel. Erk. v. 30. Januar 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 388).

33) Die Unmündigen sind, unter Hinzutritt der Einwilligung oder „Genehmigung" (§. 11, Tit. 5) des Vorgesetzten, selbst die Kontrahenten; sie werden nicht durch den „Vorgesetzten" vertreten, dieser kontrahirt nicht Namens des Unmündigen, sondern er heißt nur gut, was der Unmündige gethan und vereinbart hat. Deshalb kann der Vater, dessen unmündige Kinder ein Rechtsgeschäft unter sich abgeschlossen haben, durch seine Genehmigung allein dasselbe nach beiden Seiten rechtsverbindlich machen, und es bedarf keineswegs der Bestellung eines Kurators für den einen von beiden unmündigen Kontrahenten; denn er genehmigt nicht für den Einen oder für den Anderen, er gestattet Beiden, mit einander zu kontrahiren. Pr. des Obertr. 1662, v. 6. Dez. 1845 (Entsch. XII, 332).

33a) (4. A.) Unter dem Vorgesetzten eines unter väterlicher Gewalt stehenden Unmündigen ist der gesetzliche Vertreter desselben, nicht die Vormundschaftsbehörde zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 28. Jan. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 85).

34) Keine, weder nach der einen, noch nach der anderen Seite. Diese Verträge sind mithin keine eigentlichen pacta claudicantia, d. h. solche, woraus der Eine berechtigt ist, seinerseits unbedingt zu klagen, während der Andere davon ausgeschlossen ist, wie z. B. in den Fällen I, 5, §. 185; I, 16, §. 414; II, 1, §. 199. Der Unmündige kann, auch durch seinen juristischen Vertreter, gleichfalls nicht klagen. Das Geschäft ist nur bedingt gültig und diese Bedingung — die Genehmigung — muß hinzutreten, wenn es noch in seiner ursprünglichen Lage ist. Daher können „die mit einer, noch unter väterlicher Gewalt stehenden Person geschlossenen lästigen Verträge, so lange dem Vater noch kein Antrag zur Genehmigung gemacht worden, von denselben Kontrahenten, unter alleiniger Zustimmung des Unfähigen, auch wieder aufgehoben werden." Pr. 1862, v. 13. April 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 177). — (4. A.) Das Gleiche gilt bezüglich auf Personen, welche unter Vormundschaft stehen. Erk. des Obertr. v. 15. Dez. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 131 u. Entsch. Bd. XLIX, S. 36).

35) Dergleichen Personen alle, ohne Ausnahme, können für geisteskrank erklärt werden. „Auch gegen Ehefrauen, die sich in maritalischer, und Kinder, die sich in väterlicher Gewalt befinden, ist das Verfahren zulässig." Pr. des Obertr. 1780, v. 14. August 1846.

36) So lange eine Person unbevormundet ist, kann die Geisteskrankheit nur ein faktisches Hinderniß, den Willen wirksam zu äußern, sein, und dieses muß, wie jede Thatsache, bewiesen werden. Bei der Beweisführung veranlaßt die Natur der Sache mancherlei Zweifel. Dieser kann z. B. bei einer Person, welche bei der Untersuchung für ununterbrochen und völlig wahnsinnig erkannt wird, sich darauf beziehen: ob dieser Zustand schon in einem bestimmten früheren Zeitpunkte vorhanden war.

ren Willen bei völliger Verstandeskraft, und nicht während eines Anfalles ihrer Krankheit, geäußert haben.

§. 25. Sind aber dieselben unter Vormundschaft gesetzt, so kann, so lange diese dauert[37]), auf das Vorgeben, daß die Erklärung in einem lichten Zwischenraume erfolgt sei, keine Rücksicht genommen werden.

---

Der Wahnsinn kann aber unstreitig auch schon zu jener früheren Zeit vorhanden gewesen sein, doch mit lichten Zwischenräumen, sog. dilucidis intervallis, und der Zweifel kann sich darauf beziehen: ob die Person zu einem bestimmten Zeitpunkte, dem der Willensäußerung, einen lichten Zwischenraum gehabt habe. Wem in diesen Fällen die Beweislast obliege, war vor dem L.R. streitig. Dieser Streit wird durch den §. 24 beseitigt: Daß die Person, deren Willensäußerung wegen Geisteskrankheit angegriffen wird, zu derselben Zeit wahnsinnig gewesen, muß der Angreifer beweisen, und es hilft ihm dabei nichts, daß jene Person später geisteskrank befunden wird. — Der Beweis gegen diese Vermuthung hat in den meisten Fällen eine an die Unmöglichkeit grenzende Schwierigkeit darin, daß er nur indirekt durch ein Urtheil Kunstverständiger geführt werden kann und die gewöhnlichen Beweismittel nur zur Feststellung von Thatsachen, die dabei zur Grundlage dienen sollen, brauchbar sind. Die gerichtliche oder notarielle Form der angefochtenen Willenserklärung schließt an sich den Beweis nicht aus, denn es handelt sich dabei nicht um die Glaubwürdigkeit der Urkunde, sondern um die objektive Wahrheit der darin bezeugten Meinung des instrumentirenden Beamten über eine Sache, die er, nach der Gesetzgebung, eigentlich nicht gründlich versteht. (5. A.) Nach der Meinung des Obertr. sollen die Materialien zu den §§. 20, 21, I, 12 ergeben, daß man die Regel im §. 24 d. T. in Betreff der Vermuthung, daß Rasende und Wahnsinnige, so lange ihnen noch kein Vormund bestellt ist, ihren Willen bei völliger Verstandeskraft geäußert haben, auch bezüglich der Blödsinnigen gelten lassen wollte. Als Beweis dafür ist Bornemann, System, Bd. VI, S. 28 angegeben. Erk. v. 20. Sept. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 176). Dort steht davon nichts in Beziehung auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden und wenn darüber auch von einer Seite eine solche Aeußerung gefallen wäre, was eben nicht erhellet, so würde eine solche einseitige Aeußerung gewichtlos sein, da das angenommene Gesetz — der §. 24 — die Regel auf Blödsinnige nicht ausgedehnt hat. Aber das Obertr. rechtfertigt seine Meinung noch mit einem selbstständigen Grunde und sagt: „Diese Auffassung entspricht denn auch der Wissenschaft, wie den gewöhnlichen Lebenserfahrungen, da Geisteskrankheiten — gleich den Körperkrankheiten, aus denen sie sich in der Mehrheit der Fälle entwickeln — ihre Stufen haben, wo erst ihre Unheilbarkeit oder ihre Beständigkeit eintritt." Dieser Grund ergiebt, daß es mit „der Wissenschaft sowie der gewöhnlichen Lebenserfahrung" in diesem Punkte nichts auf sich hat: das Obertr. hält den Wahnsinn und den Blödsinn nach Entstehung und Verlauf seiner Geschichte für völlig einerlei. Wendet man sich aber an die Lehrer der gerichtlichen Medizin, so erfährt man etwas Anderes. „Der Entstehung dieses Krankheitszustandes (des Blödsinns) — sagt Mende, ausführliches Handbuch der gerichtlichen Medizin, Th. VI, S. 147, §. 171 — liegt häufig eine angeborene Anlage zum Grunde, seltener findet man ihn aber als überhaupt angeboren, wie beim Cretin, häufiger als angeerbt; in welchem Falle er gemeiniglich erst kurz vor dem Eintritte der Pubertät zum Ausbruche kommt." Und §. 173, S. 149: „Hinsichtlich der Heilbarkeit — ist der Blödsinn allerdings die Seelenkrankheit, in der die Vorhersage am ungünstigsten ist, doch darf man ihn nicht in allen Gestalten und unter allen Umständen für ganz unheilbar erklären. Er ist dies nur, wenn er angeboren ist, und die Gegenwart des Uebels in dem ganzen Aeußeren, besonders aber in der Kleinheit und Flachheit des Schädels, und in dem verhältnißmäßig großen Gesichte ausgeprägt ist. Auch beim nachentstandenen Blödsinn kömmt nach und nach eine ganz ähnliche Verbildung des Körpers zu Stande, und sie liefert dann jedesmal den Beweis der Unheilbarkeit." Mit dem Wahnsinne verhält es sich ganz anders, und es ist erfahrungsmäßig ganz richtig, was die Partei in jenem Rechtsstreite a. a. O. S. 176 gegen die Ansicht des Richters geltend macht, daß bei einem Blödsinnigen keine lucida intervalla eintreten. Wer heute blödsinnig ist, der war es wahrscheinlich auch gestern, vorgestern und noch früher. Hiernach ist es völlig ungerechtfertigt, die Vermuthung des §. 24, gegen den Wortlaut des Gesetzes, auch auf Blödsinnige, die der Gesetzgeber aus guten Gründen weggelassen hat, zu beziehen. Zu diesem Resultate sind auch die Gesetzrevisoren gekommen, welche zu dem §. 24 sagen: „Anders, als bei Wahnsinnigen, gestaltet sich das Rechtsverhältniß in Betreff der Blödsinnigen. Das Gesetz bezeichnet mit diesem Ausdrucke diejenigen, welche aus Geistesschwäche die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen nicht im Stande sind (§. 28. Tit. 1); von lichten Zwischenräumen kann daher nicht die Rede sein, der Zustand der Geistesschwäche muß als fortdauernd gedacht werden. Deswegen läßt sich hier eine solche Vermuthung, wie sie bei den Wahnsinnigen die Abstufung bildet, nicht aufstellen." Motive zu Tit. 4, Pensum XIV, S. 29. Dem tritt auch der §. 27 ausdrücklich entgegen, welcher mit seiner besonderen Vermuthung das Vorhandensein der „Geistesschwäche" voraussetzt.

37) Mit der Bevormundung tritt eine juristische Handlungsfähigkeit der betroffenen Person ein. Deshalb kommt bei der Beurtheilung der Gültigkeit einer Willensäußerung des Bevormundeten nichts darauf an: ob gleichzeitig auch physische Willensunfähigkeit vorhanden war. Ein wegen Geistes-

§. 26. Von Willenserklärungen der Blödsinnigen, die unter Vormundschaft genommen worden, gilt das, was von Unmündigen verordnet ist. (§§. 21, 22.)

§. 27. Wenn auch der Blödsinnige noch nicht unter Vormundschaft gesetzt ist, so gilt doch die Vermuthung[38]), daß derjenige betrügerisch gehandelt habe, welcher durch die Willenserklärung, mit dem Schaden desselben, sich zu bereichern sucht.

§. 28. Personen, welche durch den Trunk[39]) des Gebrauchs ihrer Vernunft be-

---

krankheit Interdicirter bleibt auch nach eingetretener Genesung bis zur Aufhebung des Interdikts handlungsunfähig.

In der Interdiktion also, welche nach A. L.R. in Form der Bevormundung geschieht, liegt die juristische Handlungsunfähigkeit. Daraus folgt, daß dieselbe nicht schon mit der Bestellung des Kurators ad lites über die Gemüthskrankheit, welche Kuratel auch nicht von der Vormundschaftsbehörde ausgeht, anfangen kann. Hiergegen ist gesagt worden, die Präsumtion des §. 24 könne nach Einführung dieser Kuratel nicht mehr gelten, denn sie werde durch die Veritât verdrängt, weil die Wahnsinnigkeitserklärung durch Urtel nur dann geschehe, wenn der Wahnsinn festgestellt worden sei. Das aber betrifft die faktische Handlungsunfähigkeit und deren Beweis. Wahrscheinlich wird der Richter den Beweis des Daseins der Krankheit zu einer gewissen Zeit nach Einleitung des Prozesses leichter für geführt annehmen, wenn derselbe mit der Wahnsinnigkeitserklärung endet. Aber juristisch unfähig wird der Provokat sicherlich nicht durch die Einbringung der Provokation und Einleitung der Untersuchung. Vergl. I, 12, §§. 21, 22.

38) Der Sinn ist dunkel. Nach einer Auslegung sollen hiermit nur solche Personen gemeint sein, welche bereits richterlich für blödsinnig erklärt, aber noch nicht bevormundet sind. Darnach würden solche Gemüthskranke, vor der Blödsinnigkeitserklärung, für handlungsfähig gelten, wenngleich der thatsächliche Blödsinn zur Zeit der Willensäußerung vollständig erwiesen würde. Das stände mit dem Prinzipe des §. 3 d. T. in geradem Widerspruche und kann unmöglich gemeint sein. Man muß hier, wie vorhin (Anm. 36 u. 37), zwischen dem Zustande der faktischen Willensunfähigkeit, welche aus dem Blödsinne als Thatsache wie aus Trunk u. s. w. entsteht, und dem Zustande der durch die Bevormundung (Interdiktion) entstehenden juristischen Handlungsunfähigkeit unterscheiden. Der §. 27 handelt von dem faktischen Zustande. Wird erwiesen, daß derjenige, dessen Willenserklärung angefochten wird, zur Zeit der Willensäußerung in der That an Blödsinne litt, so ist die scheinbar vorhandene Willenserklärung, zufolge des §. 3 d. T., wegen Mangels der Vernunft und Ueberlegung, nichtig, ohne daß es noch erst auf einen Betrug ankommt. Kann aber die Gemüthsbeschaffenheit zu jener, vielleicht schon zu lange vergangenen, Zeit nicht mehr festgestellt werden und ist die betroffene Person in der Folge für blödsinnig erklärt worden, so soll, in dem Falle der Bereicherung des Anderen durch die angefochtene Willenserklärung, eine betrügerische Veranlassung derselben vermuthet werden. So hat auch der III. S. des Obertr. am 23. März 1849, in der Sache Pape w. Troschke, 560|2280, III, 48, dieses Gesetz ausgelegt. Außer dem Falle der Bereicherung muß stets bewiesen werden, daß der Erklärende zur Zeit der Willensäußerung blödsinnig war. (4. A.) Das Obertr. sagt in einem Urtel vom 10. Mai 1859: die Anwendbarkeit des §. 27 sei dadurch bedingt, daß die Person, welche sich über dasjenige geäußert hat, was nach der ausgedrückten Absicht geschehen, oder nicht geschehen soll (§. 1), zu eben dieser Zeit erwiesenermaßen thatsächlich blödsinnig gewesen ist. (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 17.) Das ist ungenau. Der §. 27 setzt einen thatsächlich Blödsinnigen voraus, der noch nicht unter Vormundschaft gestellt, d. h. dem noch nicht die Handlungsfähigkeit (durch Interdiktion) genommen worden ist. Wenn ein solcher eine Rechtshandlung vollzogen hat, so ist die Frage: ob er thatsächlich dazu fähig war zu der Zeit der Vollziehung. Nun sagt der §. 27: Es wird vermuthet, der Andere habe betrügerisch gehandelt und dadurch sich mit dem Schaden des Erkläreuden zu bereichern gesucht. Der Andere muß deshalb beweisen, daß er nicht betrogen und auch sich nicht zu bereichern gesucht habe. Dann ist dieser Anfechtungsgrund beseitigt. Dann bleibt aber der selbstständige Ungültigkeitsgrund der thatsächlichen Willensunfähigkeit in jenem Zeitpunkte noch stehen, und dieser muß von dem Anfechter bewiesen werden, insofern nicht aus der Natur der Geisteskrankheit und deren Entstehung in dem konkreten Falle das Vorhandensein der Krankheit von Kindheit an erhellet. Vergl. Anm. 36 zu §. 24. Diese drei scharf zu scheidenden Ungültigkeitsgründe laufen in jenem Erk. und in dem jüngeren v. 19. Dez. 1859 (Arch. Bd. XXXVI, S. 105) durcheinander. In einem älteren Rechtsfalle sagt auch das Obertr. ganz richtig: gegen einen gerichtlichen Vertrag sei der Einwand der Ungültigkeit desselben wegen stattgehabten Blödsinnes eines nicht bevormundet gewesenen und von dem Gerichtsdeputirten für dispositionsfähig erachteten Kontrahenten zulässig. Erk. v. 7. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 280). Vergl. auch das Erk. dess. vom 20. Sept. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 173).

39) Oder durch Genuß von Opium und anderen berauschenden Mitteln.

(4. A.) Welche Gedanken des Gesetzgebers den §§. 28 u. 91 zum Grunde liegen, erhellet aus folgender Bemerkung Suarez'. Er sagt: „Trunkenheit und heftige Leidenschaften schließen entweder den Gebrauch der Vernunft ganz aus, oder sie hindern nur die richtige Anwendung derselben, und

raubt worden, sind, so lange diese Trunkenheit dauert, den Wahnsinnigen gleich zu achten. (§. 23.)

§. 29. Ein Gleiches gilt von denjenigen, welche durch Schrecken, Furcht, Zorn[40]), oder andere heftige Leidenschaft, in einen Zustand versetzt worden, worin sie ihrer Vernunft nicht mächtig waren[41]).

§. 30. Daß Trunkenheit oder Leidenschaft bis zu einem solchen Grade gestiegen sind, wird nicht vermuthet. (§. 91)[42]).

---

verleiten den trunkenen oder von heftigen Leidenschaften eingenommenen Menschen zu Irrthümern des Verstandes. Insoweit ein solcher Irrthum das Subjekt, Objekt oder essentialia negotii betrifft, vereitelt er den Effekt der Willenserklärung schon an und für sich, ohne Rücksicht auf die Quellen, woraus er entsprang. Betrifft aber der Irrthum bloß Nebenumstände, so kann man in foro externo eine Unwirksamkeit der Willenserklärungen im Allgemeinen daraus nicht herleiten, ohne zu einer allzugroßen Ungewißheit in den Geschäften und Verhandlungen des bürgerlichen Lebens Anlaß zu geben. Hat hingegen Jemand den Anderen in Umstände versetzt, die ihn zu einem solchen Irrthume verleiten, so ist es den Grundsätzen sowohl des Rechts, als der Billigkeit gemäß, daß er daraus nicht Vortheil ziehen kann." (Bornemann, System I, S. 332; Entsch. des Obertr. Bd. XXXVIII, S. 12.) Hiernach ist zu unterscheiden. a) Betrifft der Irrthum des Verstandes essentialia negotii, so ist nach allgemeinen Grundsätzen (§§. 75 ff.) die Willenserklärung ungültig. b) Bezieht sich der Irrthum auf Nebenumstände, so wird, abweichend von der sonstigen Regel (§. 83), die Willenserklärung doch vereitelt, wenn derjenige, welcher daraus ein Recht erlangen will, die Trunkenheit herbeigeführt hat (§. 91). Vergl. Erk. des Obertr. v. 29. März 1858 (Entsch. a. a. O. S. 13).

(5. A.) In dem ersten Wechselfalle, wenn „Trunkenheit ꝛc. den Gebrauch der Vernunft ganz ausschließen" (der Fall des §. 28), bedarf es zur Erhaltung des Klagrechts beziehungsweise Einwandes nicht der im §. 92 d. T. vorgeschriebenen vorgängigen Anzeige, es muß aber der Mangel der zur Eingehung des Vertrages erforderlichen Willensfähigkeit zur Zeit der Vertragsschließung bewiesen werden. M. s. unten, Anm. 96a, Abs. 2 zu §. 92 d. T.

40) Schwerlich wird der Fall vorkommen, daß Jemand in dem hier vorausgesetzten Grade des Zornes, in welchem er kein Bewußtsein hat, eine Rechtshandlung vollzieht. Veranlassung zu dieser Gleichstellung des Zornigen mit dem Wahnsinnigen hat die L. 48 D. de reg. jur. (L, 17) und L. 3 de divort. (XXIV, 2) gegeben, wo von der feierlichen Formel der Ehescheidung Rede ist, die schwerlich ein aus Zorn Bewußtloser wird aussprechen können.

41) Jeder mit dem Wahnsinne gleichartige Zustand, d. i. ein solcher, worin zwar eine äußerliche menschliche Thätigkeit vorhanden ist, aber dem Menschen der Vernunftgebrauch fehlt, ist der für den Fall des Wahnsinns gegebenen Regel unterworfen, ohne Unterschied der Entstehungsursache. Dergleichen Zustände sind noch das Fieberdelirium, das Nachtwandeln, der Somnambulismus.

42) Die Verweisung auf §. 91 ergiebt den Gegensatz: wenn auch Trunkenheit ꝛc. erwiesen wird, so ist damit doch ein bewußtloser Zustand noch nicht dargethan, folglich wird angenommen, daß die im trunkenen oder leidenschaftlichen Zustande gegebenen Willenserklärungen mit Bewußtsein, also an sich gültig geschehen sind. Der §. 30 bezieht sich auf den Zustand der Bewußtlosigkeit, verbunden mit dem äußeren Scheine einer menschlichen Thätigkeit. S. die vor. Anm. Was in diesem Zustande etwa ausgesprochen oder geschrieben wird, gilt für nichts. Die Meinungen sind darüber getheilt: ob zur Erhaltung des Anfechtungsrechtes hier gleichfalls die im §. 92 vorgeschriebene 8tägige Frist zur vorläufigen Anmeldung beobachtet werden müsse. Nein, weil Fristbestimmungen keine analoge Anwendung finden, und weil dort, im §. 92, von rechtsgültigen Willenserklärungen Rede ist, die aus einem besonderen Grunde, nämlich wegen mißbräuchlicher Benutzung einer aufgeregten Stimmung des Erklärenden zur Begründung eines Rechts für den Anderen, unwirksam gemacht werden sollen; wogegen hier gar keine Willenserklärung, sondern nur der äußere, der betroffenen Person unbewußte Schein einer solchen vorhanden ist. Der Fall hat übrigens ein sehr untergeordnetes Interesse. Denn bei der Vermuthung des §. 30 verb. mit §. 91 wird es kaum vorkommen, daß ein bewußtloser Zustand eines Menschen aus Trunkenheit erweislich zu machen wäre, in welchem derselbe eine rechtliche Willenserklärung ohne Mitwirkung eines Anderen ausgesprochen oder unterschrieben hätte. Vergl. Anm. 39. — (4. A.) Das Obertr. hat in einem Erk. v. 19. Sept. 1862 ausgesprochen: Es folge aus der im §. 30 ausgedrückten Ansicht (?) des Gesetzgebers, daß der Einwand der Trunkenheit nicht zu begünstigen sei, nicht, daß der Zustand der Trunkenheit, von welchem der §. 28 handelt, ein sinnloser gewesen sein müsse. Die Zeugen, welche bestätigt hatten, daß die betreffende Person sehr, nach dem Urtheile des Einen sogar vollständig betrunken war, hatten sich nämlich ein Urtheil darüber, ob sie sinnlos betrunken gewesen, auszusprechen nicht getraut. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 49.) Die Ausdrucksweise des Obertr. ist inkorrekt, wenn nicht gar unpassend. Der Gesetzgeber drückt im §. 30 nicht eine Ansicht, sondern er spricht einen Rechtssatz aus. Von einer Ansicht kann hier nicht Rede sein.

Freiheit des Willens.

§. 31. Aeußerungen des Willens, wozu Jemand durch phyſiſche Gewalt genöthigt worden, haben keine verbindliche Kraft[42a]).

§. 32. Ein Gleiches gilt von ſolchen Willenserklärungen, wozu Jemand durch Entziehung der Nahrungs- und Heilmittel, oder durch Zufügung körperlicher Schmerzen vermocht worden.

§. 33. Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Geſundheit, der Freiheit und Ehre[42b]) machen jede darauf folgende Willensäußerung unkräftig[43]).

§. 34. Drohungen ſind gefährlich, wenn die Ausführung derſelben entweder an ſich, oder auch nur nach der Meinung[44]) des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden ſteht.

§. 35. Die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen, mit oder ohne Grund, gerichtlich angeben zu wollen[44a]), vereitelt in der Regel[45]) jede darauf erfolgte[46]) Willenserklärung des Bedroheten.

§. 36. Bei Drohungen, welche nicht unmittelbar Leben, Geſundheit, Freiheit oder Ehre betreffen, muß, nach der Beſchaffenheit des angedrohten Uebels an ſich, und nach dem Verhältniſſe deſſelben zu dem Gegenſtande der Erklärung, von dem Richter vernünftig beurtheilt werden: ob dadurch die Willenserklärung wirklich erzwungen worden ſei.

§. 37. Auch iſt, bei Beſtimmung des Einfluſſes der Drohung in den Willen des Bedroheten, zugleich auf deſſen Leibes- und Gemüthsbeſchaffenheit Rückſicht zu nehmen[47]).

§. 38. Die Drohung, ſich ſeines Rechtes[48]) geſetzmäßig zu bedienen, kann niemals als Zwang angeſehen werden.

---

42a) (4. A.) Die §§. 31—42 enthalten die Beſtimmungen über die actio quod metus causa; die §§. 43, 44 gehören mit den §§. 28, 29 zuſammen. Es macht keinen Unterſchied, ob der Zwang von einer Privatperſon oder von einem innerhalb ſeines Amtes ſich bewegenden Beamten, z. B. Polizeibeamten, ausgegangen iſt. Erk. des Obertr. v. 11. Sept. 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 169).

42b) Ob metus infamiae zur Reſtitution genügt, war ſtreitig. Das A. L.R. entſcheidet hierdurch den Streit. Vergl. L. 7 D. quod metus causa (IV, 2)

43) In dem §. 31 vorausgeſetzten Falle iſt gar kein Wille vorhanden, die genöthigte Perſon wird als Sache oder Mittel zur Herſtellung des äußeren Scheins einer Willenserklärung gemißbraucht; die §§. 33 u. 34 umfaſſen die Fälle, wo der Erklärende wirklich will, d. h. wo er ſich ſelbſt entſchließt zu thun und demzufolge willkürlich thut, was geſchehen iſt, aber nur um ein Uebel von ſich abzuwenden. Beide Arten von Fällen ſtellt das L.R. ganz gleich, in Uebereinſtimmung mit der damals vorherrſchenden Meinung der Rechtslehrer, aber im Widerſpruche mit dem R. R.

44) — ex affectu metuentis intelligitur. L. 3 D. ex quibus c. major. (IV, 6). Vergl. Leyser, med., sp. 58, m. 3. — Aber wie ſoll der Richter dieſe wiſſen können? Die eigene Angabe des Bedrohten kann nichts beweiſen, denn — hujus rei disquisitio judicis est L. 3 cit. Woher der Richter ſeine Ueberzeugung gewinnen ſoll, das ſagen ihm die §§. 36 u. 37. Ganz mit Unrecht hat man in den §§. 34 u. 36 eine Disharmonie, einen logiſchen Fehlgriff ſehen wollen: auch in den §§. 36 u. 37 iſt die ſubjektive Meinung des Bedrohten über die Gefährlichkeit der Drohung das zu Beweiſende, wie im §. 34. Vergl. L. 6 D. quod metus (IV, 2) u. L. 8, §. 2 D. eod.

44a) (4. A.) Der Einwand, durch eine ſolche Drohung zu einer Willenserklärung beſtimmt worden zu ſein, gilt als Einrede des Zwanges und muß daher bei Verluſt des Rechts der Eideszuſchiebung und der Verſtattung zum Erfüllungseide innerhalb acht Tagen gerichtlich angemeldet werden. §§. 45, 49, 50. Erk. des Obertr. v. 16. Nov. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 141).

45) Die Ausnahme machen ſolche Verbrechen, welche für die Civilſache präjudiziell ſind, oder bei welchen nur in Verbindung mit der Strafſache der Civilpunkt verfolgt werden kann.

46) Nach dem Wortſinne genügt die bloße Drohung mit einer Denunziation, um die darauf erfolgte Willenserklärung als eine dadurch veranlaßte und erzwungene zu erachten. Vergl. Entſch. Bd. XVII. S. 100. Doch iſt der Beweis, daß die wahre Veranlaſſung eine andere geweſen, nicht ausgeſchloſſen, auch muß, um jene Vermuthung eintreten zu laſſen, der gedroheten Denunziation die darauf gefolgte Willenserklärung entſprechen. Vergl. die §§. 38 u. 30 und die Anm. dazu.

47) Vergl. oben die Anm. 44, und von den Schriftſtellern Voet, Comment., IV, 2, §. 11.

48) Welches Rechts? Ein Grundbeſitzer hat auf dem Grundſtücke des Nachbarn eine bedeutende

§. 39. Eine Willenserklärung also, wenn Jemand durch die Aeußerung des Andern, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, bewogen worden, ist keineswegs für erzwungen zu erachten [49]).

§. 40. Die gedrohete Entziehung eines Vortheils, welchen der Drohende dem Andern zwar zugedacht, aber noch nicht eingeräumt hatte, macht die Willenserklärung des Bedroheten niemals unkräftig.

§. 41. Der Vorwand, daß Scheu oder Ehrfurcht die Willenserklärung veranlaßt habe, verdient keine Rücksicht [50]).

§. 42. Erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem, zu dessen Vortheil die Erklärung gereichen soll, sondern von einem Dritten [51]) verübt worden.

---

Hypothek zur letzten Stelle zustehen. Er wünscht von dem Nachbarn ein an seinen Garten stoßendes Ackerstück billig zu erwerben, um seinen Garten auszudehnen. Der Nachbar ist zur Abtrennung dieses seines besten Ackerstücks nicht geneigt. Da sagt ihm Jener, wenn ihm das Ackerstück nicht für den und den Preis abgelassen würde, so werde er von seinem Rechte Gebrauch machen und die Hypothek einziehen. Der Schuldner kann die Anschaffungskosten des Geldes nicht erschwingen und hat auch wenig Realkredit mehr; er sieht sich also bei der Ausführung der Drohung aus seinem Besitzthume vertrieben. Er wählt das geringere Uebel und überläßt das Ackerstück für den gebotenen Spottpreis. Ist dieser Fall mit gemeint? Nach dem Zusammenhange, nein. Denn die Bestimmung betrifft das bestimmte Recht, auf welches sich die fragliche Willenserklärung bezieht. Dennoch aber wird auch in dem gesetzten Falle der Kauf wohl für einen erzwungenen gelten können.

49) Die Auslegung der §§. 38 u. 39 und die Vereinigung derselben mit §. 35 ist streitig. Die §§. 38 u. 39 sollen, nach einer Meinung, sich zum §. 35 wie Ausnahme zur Regel verhalten und den Fall betreffen, wo durch ein Verbrechen wirklich eine Beschädigung zugefügt worden ist. Dann soll die Abforderung der Entschädigung unter der Drohung, daß sonst das Verbrechen angezeigt werden würde, nur als Aeußerung, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, nicht als Zwang angesehen werden können; sonst würden die §§. 38 u. 39 dem §. 35 widersprechen. Diese Auslegung widerspricht schon dem klaren Wortsinne. Die §§. 38 u. 39 sprechen von der angekündigten gesetzmäßigen Verfolgung des Rechts, also von der Civilklage; der §. 35 aber von der Denunziation des Angesprochenen zur Bestrafung. Diese Anzeige führt nicht zur Verwirklichung des Rechts; deshalb ist sie keine solche Drohung, die nur eine Aeußerung, sich seines Rechts gesetzmäßig zu bedienen und sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, enthält. Pr. 2086, v. 30. Okt. 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 97.)

50) Metus reverentialis. nicht durch Drohungen veranlaßt, kommt nicht in Betracht, auch nach L. 6 C. de his, quae vi. Von einigen wurde es gleichwohl behauptet, auf Grund des c. 14 X. de sponsal. Aber die vorlandrechtliche Gerichtspraxis verwarf den Einwand dieser Art Furcht. Hymmen, Beiträge, VII, S. 84, Nr. 21.

51) Die Eigenschaft der röm. actio quod metus causa als actio in rem scripta (L. 9, §. 8; L. 14, §. 5 D quod metus causa IV, 2; L. 4, §. 33 D. de doli mali exc. XLIV, 4) ist hier ausdrücklich beibehalten. Ueber die Wirkung des Zwanges und der Furcht bei Willenserklärungen ist die Praxis nicht im Klaren, und die Erscheinung, daß auch gegen einen Dritten geklagt werden kann, ist aus einer Nichtigkeit ipso jure erklärt worden. Zwar ist der hiergegen behauptete Einwand: das L.R. kenne den Unterschied zwischen der Nichtigkeit ipso jure und der ope exceptionis nicht, nicht gegründet. (S. Tit. 3, §. 43 u. Anm. 38 dazu.) Dennoch ist jener Erklärungsgrund hier nicht zutreffend; denn die erzwungenen Willenserklärungen sind an sich rechtsbeständig, aber von Seiten des Gezwungenen anfechtbar (§. 45). Der juristische Grund, warum die mit Erfolg unternommene Anfechtung auch gegen den Dritten, sei er in mala oder in bona fide — unbeschadet der besonderen Rechte des Redlichen — wirkt, ist der, daß die hier anwendbaren Rechtsmittel in rem restitutoria sind. Die Wirkung ist daher Wiederherstellung des früheren Zustandes. Dieses Ziel kann erreicht werden, nach Wahl, entweder durch die aus demjenigen Rechtsverhältnisse, welches durch die erzwungene Erklärung aufgehoben oder verändert werden soll, entspringende eigenthümliche Klage, indem die erzwungene Erklärung ignorirt, und wenn sie eingewendet wird, mit der Replik quod metus causa unwirksam gemacht wird, oder auch, indem hauptsächlich die Erklärung angegriffen und folgeweise, nach durchgesetzter Rescission, das alte Recht, kumulative oder besonders, geltend gemacht wird. Deshalb ist in diesem Falle die Klage bald in rem bald in personam, je nachdem die zuständige alte Klage, die jetzt utiliter gebraucht wird, die eine oder die andere war. L. 9, §§. 4, 6; L. 21, §. 6 D. quod metus causa (IV, 2); L. 3 C. eodem. Oder durch die prätorische actio quod metus causa, welche besonders in dem Falle praktische Dienste leistet, wo durch die erzwungene Erklärung ein persönliches Rechtsverhältniß ursprünglich begründet werden soll oder eine nicht schuldige Leistung abgenöthigt worden ist. L. 9, §. 3 D. eodem. Es versteht sich, daß diese Formeln nicht

§. 43. Dadurch aber, daß eine drohende Gefahr zu der Willenserklärung bloß Anlaß gegeben hat[52]), wird diese noch nicht entkräftet.

§. 44. Hat jedoch Furcht vor der Gefahr das Vermögen des Erklärenden, mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln, gänzlich ausgeschlossen, so findet die Vorschrift des §. 28 sqq. Anwendung.

§. 45. Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen erlittenen Zwanges anfechten will, muß dieses, sobald als er einen Richter hat antreten können, spätestens aber binnen acht Tagen nach diesem Zeitpunkte[53]), gerichtlich anzeigen.

§. 46. Dergleichen vorläufige Anzeige kann bei einem jeden[54]) Gerichte gültig geschehen; sie muß aber die zur Sache gehörigen Umstände unter Anführung der Beweismittel enthalten.

§. 47. Uebrigens[54a]) hängt es von dem Anzeigenden ab, die Ungültigkeit der Willenserklärung gegen den, welcher sich des Zwanges oder der Gewalt schuldig gemacht hat, gerichtlich auszuführen[55]); oder den Anspruch aus der Willenserklärung abzuwarten[56]); oder sich der in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Wege zur Erhaltung seiner Beweismittel zu bedienen[57]).

---

unmittelbar jetzt anzuwenden sind, und daß auch die Operationen der Restitution und der erst demnächst eintretenden Anwendung der alten Klage nicht äußerlich unterschieden werden, namentlich bei stattfindender Kumulation. Aber der organische Zusammenhang, die Innerlichkeit der Institute ist noch heute dieselbe. Vergl. §. 47.

52) Z. B. Mehrere befinden sich bei einer Ueberschwemmung in einem von den Wasserfluthen umgebenen Gebäude, und die drohende Gefahr des Bruchs veranlaßt Willenserklärungen. Diese sind unanfechtbar, wenn der Erklärende nicht etwa seiner Vernunft durch die Todesgefahr beraubt worden ist, auf welchen Fall der folg. §. 44 geht. Die §§. 43, 44 gehören nicht der Materie von der actio quod metus causa an, die Fälle dieser Bestimmungen sind nicht unter die Grundsätze dieses Klagerechts zu stellen; sie sind der L. 9. §. 1 D. quod metus causa (IV, 2) und L. 34, §. 1 D. de donationibus (XXXIX. 5) nachgebildet und stehen mit den §§. 28, 29 in Verbindung.

(3. A.) Die §§. 43 u. 44 setzen nämlich voraus, daß die drohenden Gefahren keiner fremden Einwirkung oder bösen Absicht beizumessen sind. Der durch eine ohne fremdes Zuthun drohende Gefahr erregte Zustand der Furcht ist schon im §. 29 berücksichtigt. Es hätte zwar ein nochmaliges Zurückgehen darauf nicht bedurft, doch ist hier die Erinnerung daran, daß die Fälle der §§. 43, 44 nicht den Grundsätzen der actio quod metus causa (§§. 31 bis 42), welche die schuldbare Einwirkung eines Menschen voraussetzen, sondern dem Prinzipe des §. 29 unterzuordnen, nützlich. Die §§. 43 u. 44 entscheiden dadurch zugleich den Meinungsstreit über die Frage: ob und in wieweit durch, ohne fremde Schuld, erregte Affekte die rechtliche Fähigkeit zur Willensbestimmung aufgehoben werden könne. Vergl. Erk. des Obertr. v. 29. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 8).

(4. A.) Ueberhaupt findet die Bestimmung des §. 43 nur da Anwendung, wo eine Kausalverbindung zwischen der Willenserklärung und den Handlungen des Promissars oder eines Dritten zu dessen Gunsten nicht ersichtlich ist. Haben dagegen Drohungen des Promissars oder eines Dritten die Willenserklärung des Promittenten veranlaßt, so kommen nur die §§. 33—45 zur Anwendung. Erk. des Obertr. v. 3. Dez. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 127).

53) Jedes, unmittelbar nach Wegfall des Zwanges eintretende Hinderniß, z. B. Krankheit, Abwesenheit zur See oder im Auslande, hindert den Anfang der achttägigen Frist, muß jedoch besonders bewiesen werden. Ein im Laufe der Frist eintretendes Hinderniß unterbricht jedoch den Lauf nicht; die Frist ist ein Fatale. (4. A.) S. d. Anm. 59[a] zu §. 49.

54) Inländischen. Denn im Auslande richtet man sich nicht nach dem A. L.R., wenn dieses dort nicht zufällig gilt.

54[a]) (4. A.) D. h. abgesehen hiervon (§§. 45, 46) kann er die Ungültigkeit der fraglichen Willenserklärung sowohl klagend oder wiederklagend, als auch einwandsweise ausführen. In dem Erk. des Obertr. v. 28. Febr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 328) wird die Erstattung der Anzeige als eine Bedingung des fakultativen Gebrauchs der Rechtsmittel hingestellt. Dies ist inkorrekt.

55) Durch die actio rescissoria utilis in rem vel in personam, d. i. das alte Klagrecht, oder durch die actio quod metus causa. S. o. Anm. 51.

56) Und die exceptio quod metus causa entgegen zu setzen; auch diese ist in rem scripta. L. 4, §. 33 D. de doli mali et met. exc. (XLIV, 4).

57) Durch Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse. Die provocatio ad agendum er-

§. 48. Ist jedoch die angezeigte Gewalt so beschaffen, daß dadurch eine peinliche Untersuchung begründet werden kann, so muß der Richter, bei welchem die Anzeige geschehen ist, demjenigen inländischen Richter[58]), vor welchen die Untersuchung gehört, davon sofort zur weitern Verfügung Nachricht geben.

§. 49. Ist die vorläufige Anzeige nach §. 45 nicht geschehen[59]), so verliert der angeblich Gezwungene dadurch das Recht, sich des Eidesantrages zum Beweise zu bedienen, und muß den Einwand auf andere Art vollständig darthun[59a]).

§. 50. Auch wird durch die Unterlassung der Anzeige die dem Einwande entgegenstehende rechtliche Vermuthung dergestalt verstärkt, daß zur Ergänzung eines gegen diese Vermuthung nicht vollständig geführten Beweises kein Erfüllungseid stattfinden kann[60]).

§. 51. Ist der Erklärende gestorben, ehe er nach §. 45 die vorläufige Anzeige hat machen können, so steht seinem Erben frei, noch innerhalb dreier Monate, nach erhaltener Kenntniß von dem Dasein der Willenserklärung[61]), den Zwang mit der vorgedachten Wirkung anzuzeigen.

§. 52. Eine Willenserklärung, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen, muß ernstlich sein[62]). Ernster Wille.

---

fordert eine besondere Begründung durch Berühmung seitens des Anderen oder durch Anerkennung der Forderung des Anderen unter Behauptung von Einwendungen dagegen seitens des Provokanten, und ist daher kein hier brauchbares Mittel.

58) Jetzt dem Staatsanwalte. V. v. 3. Januar 1849, §. 5.

59) Oder ist sie nicht nach Vorschrift des §. 46 substantiirt. Beide Bestimmungen sind nicht zu trennen, sonst, wenn die unsubstantiirte Anzeige nach §. 45 allein genügen könnte, würde die Vorschrift des §. 46 ganz und gar überflüssig sein. So ist es aber auch in der That. Die Verf. (Suarez und Klein) haben nur die Zeitbestimmung im Sinne gehabt. Jahrb. Bd. LII, S. 3, Nr. 3 und S. 66, Bd. XLI, S. 3.

59a) (4. A.) Das Appellationsgericht zu Posen hat die durch Gewaltthat erzwungene Flucht eines Grundbesitzers aus seinem Besitzthume für eine „sonst rechtsbeständige Willenserklärung" (§. 45) genommen, welche der Vertriebene zwar wegen Zwanges angreifen könnte, wobei ihm aber die Beweisführung durch Eidesdelation wegen unterlassener Anzeige nicht gestattet sei. Das Obertr. hat denn die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung der §§. 45 u. 49 für begründet erkannt. Erk. v. 23 September 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 25).

60) Die Unzulässigkeit eines nothwendigen Eides ist eben die nothwendige, sich von selbst verstehende Folge der Schlußbestimmung des vorhergehenden §. 49. Wer den Beweis vollständig führen muß, kann den unvollständig ausgefallenen Beweis nicht durch sein eigenes Zeugniß ergänzen. Die Verstärkung der widrigen Vermuthung, erst eingeschaltet auf ein Mon. von Klein (Jahrb. LII, S. 61), ist überflüssig.

61) Oder von dem Erbanfalle, wenn er den Zwang schon vorher erfahren hatte.

62) Deshalb ist bei einer schriftlichen Erklärung, abgesehen von der vorgeschriebenen Form, die Unterschrift des Erklärenden nothwendig, sonst fehlt es an der Gewißheit, daß der Verfasser die Erklärung ernstlich gemeint habe. Aus diesem Grunde ist eine nicht unterschriebene schriftliche Erklärung auch dann nicht gültig, wenn die mündliche Form genügen würde. Vergl. Entsch. des Obertr. B. I, S. 88. Doch mit Unterscheidung. Der Wille ist nämlich ein inneres, an sich unwahrnehmbares Ereigniß und muß deshalb offenbart werden. Dazu dienen hauptsächlich die Sprache und die gewöhnlichen Zeichen. Dem wirklichen Entschlusse geht aber meistens ein Zustand der Unentschiedenheit, der Erwägung voraus, und die Worte oder Zeichen, an sich geeignet, das vollendete Wollen erkennbar zu machen, können als Ausdruck des unentschiedenen Zustandes gebraucht sein. Wer seinen Willen durch Schrift auszudrücken beabsichtigt, kann den Inhalt zu Papiere bringen, bevor er noch mit sich selbst einig ist, er kann den beabsichtigten, doch noch nicht zur Vollendung gekommenen Entschluß entwerfen. Auf dieser Stufe kann dann der Gemüthszustand stehen bleiben; er geht nicht in einen entschiedenen Willen über. Die Schrift, ohne Namensunterschrift, kann in diesem Falle, für sich allein, den wahren Willen als vollendete Thatsache unmöglich beweisen. Nehme man aber hinzu, daß der Erklärende diese Schrift dem Anderen mit der Aeußerung, daß sie seinen Willen enthalte, aushändigte, so würde an der Gewißheit des Willens als Thatsache, auch ohne Unterschrift, kein Zweifel sein; denn kein Umstand macht erkennbar, daß der wahre Wille mit dem Ausdrucke nicht übereinstimme. Es gilt aber der Grundsatz, daß auf den in Gedanken behaltenen, innereu Widerspruch (Mentalreservation) zwischen dem Willen und der Erklärung im Verkehre nicht geachtet wird. Umgekehrt kann eine selbst unter-

§. 53. Wer über Angelegenheiten seines Berufes oder Gewerbes sich geäußert hat, dem steht die rechtliche Vermuthung, daß die Aeußerung nicht bloß zum Schein, oder nur aus Scherz, geschehen sei, entgegen.

§. 54. Eben das gilt, wenn die Erklärung in einer besondern durch die Gesetze bestimmten Form[63]) abgegeben worden.

§. 55. Ueberhaupt muß die Richtigkeit des Vorgebens, daß eine Erklärung nur zum Schein, oder nur scherzweise[64]) geschehen sei, aus den Umständen klar erhellen[65]).

§. 56. Hat Jemand einen Andern durch ungebührlichen Scherz zu Anstalten und Handlungen, die diesem lästig sind, wissentlich verleitet[66]), so muß er ihn deshalb schadlos halten.

Gewisser Wille.

§. 57. Willenserklärungen werden für zuverlässig oder gewiß angesehen, wenn die Absicht des Erklärenden, ein Recht erwerben, übertragen, oder aufheben zu wollen, durch Worte oder andere deutliche Zeichen ausgedrückt[67]) wird.

Stillschweigende Willensäußerung.

§. 58. Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann[68]), werden für stillschweigende Willensäußerungen angesehen.

---

schriebene Schrift die Gewißheit des Willens nicht beweisen, so lange sie der Schreiber nicht der Gegenpart aushändigt. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 71.

Die, aus anderen Umständen äußerlich erkennbar zu machende, Nichtübereinstimmung der Erklärung mit dem Willen kann im Bewußtsein des Erklärenden sein, und auch nicht. In dem letzteren Falle steht die Erklärung unter dem Einflusse eines Irrthums. Jene wissentliche Abweichung kommt in zwei Hauptanwendungen vor: 1. wenn man gar keine Rechtshandlung will (Scherz, Uebung); 2. wenn man ein anderes Rechtsgeschäft will, als der Ausdruck bekundet, oder wenn andere Personen als die genannten die Subjekte sein sollen (Simulation). In allen diesen Fällen gilt die Regel: der wahre Wille, die thatsächliche Meinung gilt, nicht das, was die Erklärung enthält. I, 11, §§. 70 — 74. „Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur." Tit. C. IV, 22. (5. A.) Auch gegen die exceptio rei judicatae ist der Einwand (die Replik) zulässig, daß die Erklärung, auf welcher das Judikat beruht, mit Genehmigung des Gegners nur zum Schein abgegeben sei. Vergl. Ges. v. 9. Mai 1855 §. 7, Nr. 2 u. §. 8. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 7).

63) Die Anwendung der positiv vorgeschriebenen Ausdrucksweise (Form) für gewisse Erklärungen ist das zuverlässigste Zeichen des zur Reife gekommenen Entschlusses und wahren Willens. Doch schließt die Form den Gegenbeweis nicht aus, dieser wird nur sehr überzeugend geführt werden müssen.

64) Oder zur Uebung im Sprechen, Schreiben, Deklamiren. Vergl. L. 3, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1).

65) Das ist die Thatsache, auf die es ankommt: es muß erhellen, d. h. es muß für den Anderen äußerlich erkennbar sein; auf die innere Thatsache, daß der Handelnde oder Erklärende sich heimlich etwas Anderes gedacht, also wirklich nicht den Willen, welchen die Erklärung ausdrückt, gehabt habe (Mentalreservation), kommt nichts an. Deshalb ist weder nothwendiger Eid, noch Eidesdelation über diese innere Thatsache zulässig; wohl aber über die Umstände, wenn darüber vor dem Richter gestritten wird. (4. A.) Vergl. Erk. des Obertr. v. 7. Nov. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 19), wo die Ergänzung des Beweises der Simulation durch einen nothwendigen, und insbesondere durch einen Erfüllungseid für zulässig erklärt wird.

66) Die Anwendung dieses Gesetzes müßte einen eigenthümlichen Fall haben, so, daß er weder unter das des §. 55 (s. die vor. Anm.) fiele, noch auch dem Anderen ein Versehen vorgeworfen werden könnte. Wenn klar erhellet (§. 55), daß Jemand zum Scherze oder zur Uebung Worte spricht, die fähig sind, einen Willen kund zu geben, und nur der, welcher die Worte auf sich bezieht, blind ist; so kann er schwerlich Schadloshaltung fordern.

67) Der Titel (in margine) „gewisser Wille" ist nicht passend: er sagt eigentlich nichts Anderes als „ernster Wille" (§. 52), d. h. wahrer Wille. Hier ist aber die Ausdrucksweise, die äußere Erscheinung des Willens gemeint. Dieser §. 57 spricht von ausdrücklichen Willenserklärungen, im Gegensatze von stillschweigenden §. 58). (5. A.) Eine ausdrückliche Willenserklärung ist nicht bloß dann vorhanden, wenn die Absicht des Erklärenden in allen ihren Wirkungen und Folgen mit bestimmten Worten ausgedrückt wird, sondern überhaupt dann, wenn aus dem Inhalte der Erklärung, aus den Worten in ihrem Zusammenhange oder aus anderen deutlichen Zeichen der ernste und gewisse Wille unzweideutig erhellet. Erk. des Obertr. vom 27. Februar 1868 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXX, S. 106). Vergl. auch das Erk. dess. vom 7. Juli 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 102).

68) Es muß ein sicherer Schluß von der Handlung auf den Willen möglich sein. Z. B. die An-

§. 59. Stillschweigende Willensäußerungen haben mit den ausdrücklichen gleiche Kraft[69]).

§. 60. Wo die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung zu der rechtsgültigen Form des Geschäftes erfordern, ist eine stillschweigende Willenserklärung unkräftig.

§. 61. Bloßes Stillschweigen wird nur alsdann für Einwilligung geachtet, wenn der Schweigende sich erklären konnte, und vermöge der Gesetze[70]) dazu verbunden war.

§. 62. Wer also durch einen auf die Gesetze gegründeten[71]) richterlichen Befehl zu einer Erklärung aufgefordert wird, und sie beharrlich verweigert, dessen Erklärung wird von dem Richter, der dem Befehl beigefügten Warnung gemäß, ergänzt.

Vermuthete Willenserklärungen.

§. 63. Soll die Absicht des Handelnden aus den Umständen bloß vermuthet werden, so ist keine rechtsgültige Willenserklärung vorhanden.

§. 64. Haben jedoch die Gesetze selbst bestimmt, was aus solchen Handlungen geschlossen werden soll, so ist die Absicht des Handelnden[72]) nach dieser gesetzlichen

---

nahme des Schuldscheines über ein Darlehn, ohne den darin ausgesprochenen Modalitäten zu widersprechen. (Entsch. des Obertr. Bd. XXIII, S. 19.) Alsdann ist sie ein Mittel zur Erkennung des Willens, wenn sie auch zunächst einen selbstständigen Zweck hat. „Die Annahme einer stillschweigenden Erklärung beruht also stets auf einer wirklichen Beurtheilung der einzelnen Handlung, mit Rücksicht auf alle Umstände, von welchen sie begleitet ist, und diese Beurtheilung nimmt hier dieselbe Stelle ein, wie bei der ausdrücklichen die gebrauchten Worte. Nicht selten wird die Handlung für sich allein gar nicht als Willenserklärung gelten können, sondern es wird dazu der positiven Mitwirkung äußerer Umstände bedürfen; aber auch wo aus ihr allein ein Schluß auf den Willen in der Regel wohl begründet sein mag, kann derselbe dennoch durch entgegenwirkende Umstände entkräftet werden." v. Savigny, System, III, 245. Völlig beseitigt wird die Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigender Erklärung durch Protestation und Reservation.

(4. A.) Beispiele sind: wenn die Regulirung der Beitragspflicht einer Gemeinde zur Anlegung einer Kunststraße oder anderer öffentlicher und gemeinnütziger Anlagen unter Leitung und ausdrücklicher Genehmigung der Regierung als Landespolizeibehörde erfolgt, so ist hierin auch deren Genehmigung in ihrer Eigenschaft als Gemeinde-Aufsichtsbehörde enthalten. Erk. des Obertr. v. 12. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 52). Oder: wenn eine Ehefrau den Wiederverkauf des von ihrem Ehemanne ohne ihre Vollmacht für sie angekauften Grundstücks ausdrücklich genehmigt, so enthält diese Genehmigung zugleich eine rechtsgültige stillschweigende Genehmigung des früheren Kaufkontrakts. Erk. des Obertr. v. 27. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 28). — (5. A.) Dagegen begründet der Umstand allein, daß der Käufer die ihm mit einer Faktura übersendete Waare ohne Vorbehalt angenommen hat, obwohl in der Faktura nicht derjenige, mit welchem er kontrahirte, sondern ein Dritter als Verkäufer bezeichnet ist, nicht die Verpflichtung des Käufers, diesen Dritten als seinen Verkäufer anzusehen. Erk. dess. vom 17. September 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 96).

69) In den Fällen nämlich, wo eine formlose Willenserklärung genügt. Die Eintheilung der Willenserklärungen in ausdrückliche und stillschweigende bezieht sich eben nur auf formlose im Gegensatze zu förmlichen.

70) Eine Ausnahme von der Regel, daß das Stillschweigen zu Handlungen oder auf Fragen eines Anderen nicht als Zustimmung angesehen werden darf (L. 142 D. de reg. jur. L. 17; C. 44 de reg. jur. in 6. — das C. 43 ib. bezieht sich auf die Ausnahmen), kann nur durch die Pflicht, sich zu erklären, begründet werden. Solche Pflicht kann nicht etwa ein Anderer durch die Ankündigung: wie er das Stillschweigen auslegen werde, auflegen; denn er hat kein Recht, den Schweigenden zu einer Handlung zu nöthigen; nur eine Rechtsregel kann sie in gewissen Fällen auflegen, deren Ausdehnung auf andere ähnliche Fälle unzulässig ist, eben weil es sich um Ausnahmen handelt. Dergleichen Fälle der Ausnahmen sind §. 62 d. T.; I, 6, §. 59; I, 22, §. 43; I, 13, §§. 126, 127; I, 11, §. 336; II, 2, §. 216. Vergl. Entsch. Bd. II, S. 326. Der §. 349, I, 21 wird nicht für anwendbar auf den Fall gehalten, daß ohne rechtmäßigen Grund gekündigt wird. Pl.-Beschl. (Pr. 1988) v. 6. Mai 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 43).

71) Befehle und Warnungen, welche für den vorliegenden Fall nicht vorgeschrieben sind, bleiben wirkungslos. V. v. 14. Dezbr. 1833, §. 5, Nr. 2.

72) Der Gegensatz, auf welchen die beiden §§. 63 u. 64 sich beziehen, ist nicht richtig ausgedrückt. Die vorhergehenden §§. 57 bis 62 gehen auf Fälle, in welchen der Wille als thatsächlich wirklich vorhanden angenommen wird. Außerdem giebt es jedoch Fälle, wo kraft einer positiven Vorschrift eine Willenserklärung angenommen wird, ohne daß der Wille als Thatsache vorhanden ist, ja ohne daß eine Handlung, aus welcher auf den Willen geschlossen werden könnte, behauptet werden kann. Diese Willenserklärungen sind eigentlich fingirte, gewöhnlich präsumtive genannt. Auf

Vermuthung so lange zu beurtheilen, bis eine andere[73]) Willensmeinung desselben klar ausgemittelt worden.

Auslegung der Willenserklärungen.

§. 65. Der Sinn jener ausdrücklichen Willenserklärung muß nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden[73a]).

§. 66. Die gewöhnliche Bedeutung ist nach der Zeit, wann[74]) die Erklärung abgegeben worden, zu beurtheilen.

§. 67. Ist der Sprachgebrauch nach Beschaffenheit der Person[75]) verschieden, so muß auf die Person des Erklärenden gesehen werden.

§. 68. Hat Jemand seinen Willen durch einen Andern erklärt, so kommt es auf den Sprachgebrauch des Letztern an[76]), in sofern derselbe nicht solcher Ausdrücke, die von dem Machtgeber bestimmt vorgeschrieben worden, sich bedient hat.

§. 69. Sind, nach Beschaffenheit des Gegenstandes, besondere Ausdrücke oder Redensarten im Gebrauch[76a]), so muß der Sinn der Willensäußerung diesem Gebrauche gemäß erklärt werden.

---

diese, im Gegensatze zu den wirklichen, beziehen sich diese §§. 63 u. 64. Dergleichen vermuthete Willenserklärungen beruhen nicht auf einer einzelnen Handlung, sondern auf einem dauernden persönlichen Verhältnisse. Der Hauptfall ist das sog. mandatum praesumtum. Dieses wird, unter Voraussetzung des bestimmten Verhältnisses, angenommen, wenn es auch ganz gewiß ist, daß der vermuthliche Machtgeber von der Sache gar nichts wissen kann, mithin weder eine Absicht, noch eine Handlung von ihm zu behaupten ist. I, 13, §§. 119 ff. In sofern daher die §§ 63 u. 64 die vermutheten Willenserklärungen an Handlungen knüpfen, ist die Bestimmung nicht zutreffend.

73) Der Grundsatz, daß nur die entgegengesetzte Erklärung die Fiktion endet, hängt mit derselben organisch zusammen. S. L. 40, §. 4 D. de proc. (III, 3); L. 4, §. 1 D. quibus mod. pign. (XX, 6). Vergl. I, 13, §§. 126, 127. Diese Protestation muß folglich am gehörigen Orte angebracht oder ausgesprochen (klar ausgemittelt, wie der §. 64 sagt) sein.

73a) (4. A.) Wenn ein als Bürge Auftretender die Bürgschaftsurkunde mit dem Zusatze „als Zeuge" unterschreibt, so ist keine Bürgschaft vorhanden; denn er hat durch die der Unterschrift beigefügte, mit dem Inhalte der Urkunde im Widerspruche stehende Einschränkung noch im letzten entscheidenden Augenblicke erklärt, daß er nicht Bürge sein wolle, sondern nur als Zeuge unterschreibe. Vergl. Erk. des Obertr. v. 8. Juni 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IV, S. 301).

(5. A.) Die Verletzung einer Interpretations-Regel enthält einen Nichtigkeitsgrund des Urtheils. Erk. dess. vom 19. Juni 1857 u. 6. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 115). Dem widersprechend sagt dasselbe in dem Erk. vom 5. Mai 1868: Die §§. 65—74, 147 u. 151, I, 4 des Allg. Landrechts, betreffend Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen, enthalten keine Rechtsgrundsätze, sie sind vielmehr lediglich aus dem Gesichtspunkte bloßer Anweisungen und Instruktionen für den Richter anzusehen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 160.)

74) Und besonders nach dem Orte, wo die Erklärung abgegeben worden, oder vielmehr, wo der Erklärende einheimisch ist. Besonders gilt dies von brieflichen Erklärungen, bei welchen in der Regel auf den Sprachgebrauch des Ortes, an welchem der Schreiber zu Hause ist, zu sehen sein wird. Auch in dem Falle, wo Jemand eine Erklärung an einem ihm fremden Orte giebt, wird erwogen werden müssen: ob der Erklärende den Sprachgebrauch desselben kannte und wahrscheinlich sich dessen bediente, oder nicht. Was hierdurch von dem Orte angemerkt, erkennt der folgende §. 67 durch Bezugnahme auf die Verschiedenheit des Sprachgebrauchs nach der Person an.

(4. A.) Das Obertribunal sagt in einem Erk. v. 20. April 1855: Hinsichtlich der Auslegung von Urkunden dienen diejenigen allgemeinen Vorschriften zur Richtschnur, welche zur Zeit des zu fällenden Urtheils maßgebend sind. (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 124.) Daran ist nicht zu glauben; beweisen läßt es sich nicht. Die späte Zukunft ist nicht berechtigt, was für ein Sinn heute mit einer gewissen Redeform habe verbunden werden müssen. Dies maßt sich die Gesetzgebung, wie der §. 66 zeigt, auch nicht an. Die Frage fällt überhaupt nicht unter die Lehre von der Anwendung der Gesetze, sondern ist thatsächlicher Natur.

75) Hinsichtlich ihrer gesellschaftlichen Stellung oder Herkunft. S. die vor. Anm.

76) Diese Auslegungsregel findet auch auf den instrumentirenden Beamten, welcher die Erklärung abfaßt, Anwendung. Dies ist bestritten, weil der Richter oder Notar sich einer allgemeinen verständlichen Sprache bedienen solle. Allein hier handelt es sich nicht um Anwendung oder Befolgung einer gesetzlichen Vorschrift, sondern um die Ausmittelung einer Thatsache, nämlich um die thatsächliche Frage: welchen wahren Gedanken der Erklärende hat ausdrücken wollen. Diese Thatsache kann durch den Inhalt der Dienstinstruktion des Beamten nicht festgestellt werden, zumal deren gewissenhafteste Befolgung doch erst von der Auffassungsgabe des Beamten abhängt.

§. 70. Ist in der Erklärung die Absicht[77]) deutlich ausgedrückt, so sind zweifelhafte Stellen dieser Ansicht gemäß auszulegen.

§. 71. Hat der Erklärende seinen Willen bei anderer Gelegenheit deutlich geäußert, so muß das Dunkele einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeußerung gemäß verstanden werden[77a]).

§. 72. Ausgenommen ist der Fall, wo die Absicht, eine frühere Willenserklärung durch eine spätere zu ändern, deutlich erhellet.

§. 73. Unbestimmte Willensäußerungen sind nach den in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen zu erklären.

§. 74. Doch ist jede Willensäußerung im zweifelhaften Falle so zu deuten, daß sie nicht ohne alle Wirkung bleibe[78]).

§. 75. Irrthum[79]) im Wesentlichen des Geschäftes[80]), oder in dem Hauptge-

---

76a) (4. A.) Jeder, welcher an dem Orte des Sprachgebrauchs Geschäfte treibt, er sei ein Einheimischer, oder ein Fremder, hat sich mit demselben bekannt zu machen oder die Folgen seiner Unkunde sich selbst zuzuschreiben; dem Anderen liegt eine Verpflichtung, ihm von dem Sprachgebrauche noch ausdrücklich Kenntniß zu geben, nicht ob, und der Einwand, daß ihm der Sprachgebrauch nicht bekannt gewesen, ist unerheblich. Erk. d. Obertr. v. 20. April 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 267).

77) Darunter ist die Wirkung zu denken, welche die Erklärung in der Zukunft hervorbringen soll; der Zweck, die Absicht unterscheidet sich von dem Grunde dadurch, daß dieser in der Vergangenheit liegt. Er kann, wenn er bekannt ist, zur Erkenntniß des Willens gleichfalls beitragen. (5. A.) Verfügt z. B. ein Vater letztwillig, daß seine beiden Söhne und Erben sich gütlich einigen mögen, wer von ihnem das zu seinem Nachlasse gehörige Gut für den bestimmten Preis übernehmen und daß für den Fall, daß sie sich darüber nicht einigen wollen oder können, das Loos unter ihnen entscheiden solle; so ist darin die Absicht zu erkennen, daß er seinen Söhnen einen moralischen Anlaß zu einer brüderlichen Einigung bieten wollte. Eine Vormundschaft kann diesen väterlichen Zweck einer brüderlichen Einigung nicht erfüllen, woraus denn folgt, daß, um diesen Zweck des Testators zu erreichen, seiner Absicht gemäß der Akt der Einigung während der Bevormundung des Einen wegen Minderjährigkeit ruhen muß, wenn auch der Majorenne, um die Entscheidung durch das Loos herbeizuführen, erklärt, daß er sich nicht einigen wolle, weil die künftige Willensäußerung des noch nicht handlungsfähigen Bruders sich nicht voraussehen läßt. Erk. des Obertr. vom 10. Juli 1863 (Entsch. Bd. L, S. 20).

77a) (5. A.) S. hierzu die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65.

78) Wenn also von mehreren an sich zulässigen Auslegungen die eine ein Resultat giebt, die andere nicht, so ist jene vorzuziehen.

79) Irrthum überhaupt ist der Mangel des Bewußtseins von der wahren Beschaffenheit eines Gegenstandes. Er kann in gänzlicher Bewußtlosigkeit über denselben (Unwissenheit, ignorantia), oder in einem unrichtigen Bewußtsein (Irrthum, error) bestehen. Beide Zustände haben vor dem Rechte Gleichheit. Von den mancherlei Beziehungen, in welchen der Irrthum in Betracht kommt, ist derselbe hier in sofern, als er den Konsens bei wechselseitigen Willenserklärungen ausschließt, und als wesentlich bezeichnet wird, Gegenstand der Gesetzgebung. In sofern er sich auf den Beweggrund einer Willenserklärung bezieht, ist davon später Rede (§§. 149, 150). Unter wesentlichem Irrthume wird nicht der Irrthum gemeint, welcher sich auf den ganzen Willen bezieht, z. B. wenn aus Gedankenlosigkeit etwas ganz Anderes ausgesprochen oder unterschrieben als gemeint wird, denn dabei fehlt der Wille gänzlich; sondern es wird darunter derjenige Irrthum verstanden, welcher in einem einzelnen Theile des Willens vorfällt. Für wesentlich gilt der Irrthum, welcher sich auf die Natur des Rechtsgeschäfts, oder auf den Gegenstand desselben (§§. 75, 77), oder auf die Person des anderen Theiles (§. 76) bezieht.

(4. A.) Der Irrthum des Erklärenden vernichtet eine gerichtlich aufgenommene Willenserklärung auch dann, wenn die sie aufnehmenden Gerichtspersonen die Worte des Erklärenden richtig gefaßt und protokollirt haben. Der Nachweis, auf welche Weise der Irrthum entstanden sei, ist hierbei nicht unbedingt erforderlich. Erk. des Obertr. v. 10. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 261).

(4. A.) Hier, im §. 75, ist nur ein thatsächlicher Irrthum, nicht auch ein Rechtsirrthum gemeint. Erk. des Obertr. v. 5. Jan. 1853 (Archiv für Rechtsf. Bd. VIII, S. 153). (5. A.) In gleicher Art ist schon in einem früheren Urtel des I. Senats vom 10. Juni 1847 (Rechtsf. neueren Verf. Bd. I, S. 247) ausgeführt, daß nach §. 75 d. T. nur Irrthum in erheblichen Thatsachen unter Umständen eine Willenserklärung ungültig mache, nicht Irrthum, der aus Mangel der Kenntniß gesetzlicher Vorschrift entstehe. Allein der Grundsatz: error juris nocet, stützt

genstande[81]) der Willenserklärung macht dieselbe ungültig[81a]).

§. 76. Ein Gleiches gilt von einem Irrthume in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellet, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde[82]).

---

sich immer nur auf die allgemeine Vorschrift im §. 12 der Einleitung, und nur um solche Gesetze handelte es sich in jenen Urteln und Rechtsfällen. Dieser Grundsatz findet daher auf den Irrthum über ein Erbrecht nach einem Gewohnheitsrechte und über eine darüber abgegebene irrthümliche Willenserklärung keine Anwendung, ein solcher Irrthum ist ein faktischer. Erk. des Obertr. v. 19. Febr. 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 41).

80) Der Gedanke, welcher mit dem „Wesentlichen des Geschäfts" ausgedrückt werden soll, ist nicht klar. Man versteht unter dem wesentlichen Irrthume im Geschäfte den Irrthum, welcher sich auf die Natur des Rechtsgeschäfts bezieht. Dieser Irrthum kann auf zweierlei Weise vorfallen. Einmal so, daß der Eine ein in Wahrheit gemeintes Geschäft anbietet, und der Andere, in Folge eines zweideutigen oder mißverstandenen Ausdruckes, ein anderes anzunehmen glaubt, z. B. wenn Einer eine Sache zum Kauf anbietet, der Andere aber Miethe versteht und annimmt. Hier irrt Keiner im Wesentlichen des Geschäfts, aber Jeder irrt in Beziehung auf die Erklärung des Anderen, und deshalb fehlt der Konsens, folglich entsteht keine Verbindlichkeit. Dann kann der Irrthum auch so erscheinen, daß der Eine einen Kauf antragen will, aber dieses, aus Unbeholfenheit, in solchen Ausdrücken erklärt, unter welchen man eine Miethe abschließt. Dieser Fall steht jenem gleich. Ohne Zweifel werden diese Fälle unter dem „Wesentlichen des Geschäftes" verstanden.

81) Der einfachste Fall ist der, wo Jeder eine andere Sache meint. Der Eine verkauft in seinem Sinne seine schwarze Stute, und der Andere meint dessen schwarzen Hengst. (4. A. Ebenso der Irrthum der Parteien bei Abschluß eines Kaufvertrages, daß das dem Lehnsverhältnisse unterworfene Grundstück im freien Eigenthume des Verkäufers stehe: in beiden Fällen betrifft der Irrthum nicht einen bloßen Fehler in den Eigenschaften der Sache, sondern den Hauptgegenstand der Willenserklärung. Vergl. Erk. des Obertr. v. 9. Mai 1853 [Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 154]). (Error in corpore.) Daraus entsteht kein Rechtsverhältniß, Das gilt auch von einem Theile eines Begriffsganzen. Bei Sachen, die nach Gattung und Quantität bestimmt werden, gestalten sich die Fälle verwickelter und deshalb oft zweifelhaft. Wird über die Gattung geirrt, so ist der Fall dem vorigen ganz gleich; stimmt man jedoch in der Summe aus Mißverständniß nicht überein (was beim Briefwechsel in undeutlicher Schrift öfter vorkommt), so ist, je nach der Natur des Geschäftes, die Erklärung bald gültig, bald ungültig. Sie ist gültig auf den Betrag der Summe, über welche beide Erklärungen zusammentreffen (auf die geringste von beiden verschiedenen Summen), wenn die Quantität für sich allein, ohne Beziehung auf eine Gegenleistung, Gegenstand der Erklärung ist, da, wer 20 zum Geschenke anbietet, wovon der Andere aus Mißverständniß nur 10 angenommen, auch diese Zehn angeboten hat. L. 1, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1). In dem zweiten Falle gilt die Erklärung dann, wenn der, von welchem die Summe gefordert wird, mehr zusagt, auf den Betrag der geringeren Summe, denn diese wollen Beide (consensus); sie gilt gar nicht, wenn er weniger verspricht. L. 52 D. loc. (XIX, 1).

Die Behauptung, daß eine schriftliche Erklärung mit dem wahren Willen des Erklärenden im Widerspruche stehe, d. h. anders niedergeschrieben worden sei (was bei der Abfassung durch Andere, namentlich bei Aufnahme von Protokollen über die Erklärungen einfältiger Landleute gar oft vorkommt), enthält die Behauptung eines Irrthums, keineswegs die einer mündlichen Nebenabrede. Pr. des Obertr. ohne Dat. im Schles. Arch. Bd. III, S. 283 ff. Ist für sich klar.

81a) (4. A.) Dieser Grundsatz gilt von Willenserklärungen jeder Art, also auch von Vergleichen. Daher kann ein Erb- oder Schichtungsrezeß, wenn er als Privattheilung nach den Regeln von Vergleichen zu beurtheilen ist, gemäß §. 417, Tit. 16 wegen eines Irrthums in dem Wesentlichen des Geschäftes oder in dem Hauptgegenstande desselben, nicht aber nach §. 418 ebend. wegen eines vorgefallenen Irrthums über die Beschaffenheit des streitigen Rechts selbst, d. h. über die Beschaffenheit der der Schichtung unterworfenen gemeinschaftlichen Masse, z. B. ob gewisse streitige Grundstücke ihrer Substanz nach mit zur Schichtung zu ziehen waren, oder nicht, — angefochten werden. Erk. des Obertr. v. 11. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 263). Vergl. unten Anm. 11 zu §. 418, Tit. 16.

82) Also wenn nicht die Person des Anderen gleichgültig ist, wie z. B. bei Käufen auf Märkten. Soll aber gerade mit einer bestimmten Person, die man vielleicht nicht kennt, kontrahirt werden, und es tritt eine andere auf, so kommt keine gültige Willenserklärung zu Stande. So, wenn Jemand einen bestimmten geschickten Werkführer in seinen Dienst nehmen will und den Kontrakt mit einer anderen gleichnamigen Person abschließt. Freilich muß diese abweichende Richtung des Willens „aus den Umständen erhellen". Vergl. oben die Anm. 62, u. unten Anm. 9 zu §. 417, Tit. 16.

§. 77. Auch Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person [83]) oder Sache [84]) vereitelt die Willenserklärung.

§. 78. In allen diesen Fällen (§§. 75, 76, 77) bleibt [85]) die Willenserklärung ungültig, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können [86]).

---

83) Der hier vorausgesetzte Fall ist von dem vorhergehenden (Anm. 82) darin verschieden, daß die richtige Person vor uns steht, daß sie aber, nach der Verabredung, gewisse Eigenschaften haben soll, die ihr in der That fehlen.

84) Error in substantia (L. 9, §. 2 D. de contr. emt. XVIII, 1) oder in materia (L. 9, §. 2; L. 11 pr.; L. 14 D. eod.). Dieser Ausdruck ist nicht erschöpfend, denn der Stoff ist nicht der alleinige Gegenstand, auf welchen sich der Irrthum beziehen muß, um die Wirkung eines error in corpore zu haben. Der §. 77 verweiset durchaus sachgemäß auf die „ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften" der Sache und läßt nur den Irrthum, aber diesen auch ohne weitere Unterscheidung, für wesentlich gelten, welcher sich auf eine solche bezieht. Dadurch werden eine große Anzahl von Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten beseitigt, welche das G.R. über diesen Irrthum aufzuweisen hat. Es ist an sich willkürlich, welche Folgen man dem Irrthume in Eigenschaften beilegen will, aus juristischen Gründen folgt die Nichtigkeit an sich nicht. Deshalb ist dem A. L.R. Beifall zu geben. Es kommt nicht auf die Verschiedenheit des Stoffes an sich, auch nicht darauf: ob die Sache, nach den im gemeinen Verkehre herrschenden Begriffen, zu einer anderen Art gerechnet wird; sondern lediglich darauf an: ob eine Sache von einem bestimmten Stoffe oder von einer gewissen Eigenschaft gefordert worden ist. Z. B. man will ausdrücklich männliche Perlhühner kaufen und der Händler überliefert, selbst im Irrthume über das (für Nichtkenner unkennbare) Geschlecht, lauter weibliche. Dieses Geschäft ist, wie bei dem Irrthume in corpore, nichtig.

85) Bleibt ungültig, mithin muß sie von Anfang ungültig sein. Daraus könnte man entnehmen wollen, daß eine absolute Nichtigkeit gemeint werde. Dieser Punkt ist unklar, ebenso wie die Auffassung und Darstellung mancher Rechtslehrer vor dem A. L.R., welche die verschiedenen Gestalten und Beziehungen des Irrthums nicht scharf oder nicht richtig unterschieden. Der error in corpore hat entschieden Nullität zur Folge; der Irrthum in der Person auch. Hinsichtlich des letzteren trifft man schon auf widersprechende Meinungen, dadurch verursacht, daß dem Irrenden in vielen Fällen die Person gleichgültig ist, mithin gar nichts daran liegt, die Ungültigkeit zu rügen und in ihren Folgen durchzuführen. Der Irrthum in Eigenschaften (in substantia) hat nur aus einer positiven Gleichstellung mit dem error in corpore nach R.R. Nichtigkeit zur Folge; diese Folge verschwindet aber oft, weil hier, wie bei der Person des Anderen, der Irrende in manchen Fällen kein Interesse dabei hat. Deshalb gehen auch in Beziehung auf diesen Irrthum die Meinungen durcheinander. Die Fassung des L.R. hat darin nichts gebessert. Nach der Natur der Sache muß in den Fällen der §§. 75 u. 76 Nichtigkeit eintreten, wegen Mangels des Konsenses. Dessen waren sich die Verf. wohlbewußt: Suarez äußerte mit Bezug auf diesen §. 78, daß doch immer ein defectus in consensu da sei, der error möge vincibilis oder invincibilis sein, und daß deshalb der Kontrakt, wozu Jemand durch einen solchen Irrthum verleitet worden, nicht gültig sei. Bei der Verleitung durch Irrthum denkt er zwar an den Beweggrund, während bei dem error in corpore und in persona das Sachverhältniß ganz ein anderes ist; indeß sagt er doch den in diesen Fällen wirkenden richtigen Grund, der es unmöglich macht, einen Kontrakt als existent anzunehmen. Die Folge des unbestimmten Ausdruckes im Gesetze ist eine schwankende Praxis. Das Obertr. meint, nach einer Entscheidung gegen die Natur der Sache, daß ein Irrthum über die Natur des Geschäftes oder in dem Hauptgegenstande die Willenserklärung nur ungültig (angreifbar von Seiten des Irrenden durch eine Rescissionsklage), aber keineswegs absolut nichtig oder ipso jure nicht existent mache; der §. 75 solle nur die persönlichen Rechte des Irrenden wahren; ob aber der Irrende davon Gebrauch machen wolle, stehe nur bei ihm. (Central-Bl. 1843, Col. 359.) Das läßt sich sehr wohl von dem error in substantia (§. 77) sagen, denn hierbei ist die wirklich gemeinte Spezies der Gegenstand einer bewußten Willenserklärung, mithin ist der Konsens in der That vorhanden; in jenen Fällen (§§. 75 und 76) aber fehlt der Konsens thatsächlich ganz und gar.

86) Die Verf. glaubten, hierin etwas ganz Neues einzuführen. Suarez äußert über die §§. 78 bis 80: „Diese Sätze sind neu; ich halte sie aber für nothwendig. Die DD. sagen: error, qui evitari potuit et debuit, erranti nocet. Dieser Satz ist richtig; es folgt aber nicht daraus, daß der Kontrakt selbst, wozu Jemand durch einen solchen Irrthum verleitet worden, gültig sei. Dies kann niemals angenommen werden, weil immer ein defectus in consensu da ist, der error mag vincibilis oder invincibilis sein. Aber das folgt daraus, daß ein solcher Irrender den anderen Theil indemnisiren muß, der den Irrthum nicht gewußt, auf seine Willenserklärung sich verlassen und seine Maßregeln darnach genommen hat." (Bornemann, I, 347, Anm. *).) Jenes sagen nicht allein die DD., sondern eine große Anzahl von Stellen des R. R., z. B. L. 9, §. 2 D. de juris et facti ignorantia (XXII, 6): „sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur." Allein dieser Grundsatz bezieht sich gar nicht auf den sog. wesentlichen Irrthum: die Willenserklärungen, bei welchen ein solcher vorfällt, sind nicht aus dem Grunde des Irrthums, sondern weil der Wille

§. 79. Ist jedoch derselbe durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens[87]) verpflichtet.

§. 80. Ist von beiden Seiten ein vermeintlicher Irrthum vorgefallen, so findet von keiner Seite eine Entschädigung statt.

§. 81. Irrthum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet ebenfalls die Willenserklärung.

§. 82. Doch besteht dieselbe, wenn der Irrende[87a]) durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat[88]).

§. 83. Durch Irrthum in andern Eigenschaften oder Umständen wird die Willenserklärung niemals vereitelt[88a]).

Betrug. §. 84. In keinem Falle aber kann derjenige, welcher einen Irrthum wissentlich und vorsätzlich veranlaßt[89]) hat, daraus ein Recht erwerben.

---

fehlt, nichtig, mag der Irrthum vermeidlich gewesen sein, oder nicht. L. 9, §. 2; L. 11 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1); v. Savigny, System, Bd. III, §§. 135, 138. Nur auf den unwesentlichen Irrthum bezieht er sich. Zufällig stimmt daher das L.R. mit dem R. R. in den Hauptpunkten überein.

87) Dieser kann stets nur ein mittelbarer sein. Die Satzung ist neu. S. die vor. Anm.

87a) (4. A.) Sei er der Empfänger, oder der Geber. Vergl. das in der Anm. 81 angef. Erkenntniß.

88) Anwendungen: §. 19 d. T.; I, 5, §. 330; I, 16, §. 39; I, 21, §. 6.

88a) Dadurch ist der wichtige röm. Rechtssatz, daß kein Irrthum, außer dem wesentlichen (und den beigefügten Erweiterungen), die Gültigkeit der Erklärungen aufhebt, anerkannt. (4. A.) Eine Ausnahme macht der Irrthum aus Trunkenheit, wenn der Andere diesen Zustand veranlaßt hat. §. 91. Dieser Fall gehört jedoch in das Kapitel vom Betruge. Anm. 94a zu §. 91.

89) S. oben Anm. 15 zu I, 3, §. 15. Betrug ist, nach dieser Definition, wissentliche, d. h. dem Urheber bewußte, und vorsätzliche, d. h. beabsichtigte — zum Nachtheile des Anderen beabsichtigte — Veranlassung eines Irrthums. In dieser Gestalt ist der Betrug eine unsittliche Verletzung des, dem menschlichen Verkehre zu Grunde liegenden, allgemeinen Vertrauens. (Dolus malus, fraus.) Der Begriff setzt positive Thätigkeit des Betrügers voraus. Daraus folgt die Regel, daß nur ein auf solche Weise hervorgebrachter Irrthum berücksichtigt wird, aber auch dann berücksichtigt wird, wenn er an und für sich ganz unerheblich ist. [4. A. Hat z. B. der Verkäufer den Gründern einer Aktiengesellschaft die Sache zu einem niedrigeren, als dem in dem Prospekte bezeichneten und von den Aktionären zu zahlenden Preise verkauft und mit den Gründern verabredet, daß, unter Geheimhaltung des vereinbarten niedrigeren Kaufpreises, die Preisdifferenz unter denselben vertheilt werden solle; so ist dieser Kaufvertrag, der Aktiengesellschaft gegenüber, als durch Betrug veranlaßt, unverbindlich. Erk. des Obertr. vom 18. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 6). Oder haben die Käufer verschiedener Zechen und Muthungen einem Dritten, unter Angabe eines weit höheren, als des wirklichen Erwerbspreises derselben, das Anerbieten gemacht, bei dem Ankaufe sich mit einer bestimmten Summe zu betheiligen und mit ihnen und anderen Interessenten über diese Grundstücke in der Art zu disponiren, daß solche einer zu gründenden Aktiengesellschaft für einen höheren Preis für gemeinschaftliche Rechnung übertragen werden sollten; so kann der Dritte, wenn er dies Anerbieten angenommen und demgemäß mit einem bestimmten Kapitale bei dieser Erwerbsgesellschaft sich betheiligt hat, diesen Vertrag wegen betrüglicher Verleitung zu einem wesentlichen Irrthume widerrufen. Erk. des Obertr. v. 24. April 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 65)]. — Eine Ausnahme ist es, wenn das bloß leidende Verhalten, nämlich das wissentliche, stillschweigende Dulden und Benutzen eines nicht von dem Betrüger hervorgebrachten Irrthums Einfluß auf die irrthümliche Willenserklärung hat. Diese Ausnahme gilt aber in solchen Rechtsverhältnissen, wo Einer von dem Anderen besondere Treue, Redlichkeit und Aufrichtigkeit zu erwarten berechtigt ist. So bei gewagten Geschäften. I, 11, §§. 540, 541; II, 8, §§. 2024—2029. Vergl. L. 43, §. 2; L. 35, §. 8 D. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 11, §. 5 D. de act. emti (XIX, 1). (4. A. Das Obertr. hat in einer Entscheidung vom 17. Februar 1860 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 226] gesagt: „Der civilrechtliche Dolus kann auch durch wissentliche Verheimlichung von Thatsachen begangen werden, sofern sich ersichtlich der andere Kontrahent darüber im Irrthume befand, der erste Kontrahent aber wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß sie auf dessen Willensbestimmung von unzweifelhaftem Einflusse sein könnten." Das ist insofern richtig, als der Dolus im Allgemeinen in einer positiven, oder in einer omissiven Handlung bestehen kann. Vergl. oben Anm. 15 zu §. 15, Tit. 3. Aber die rechtlichen Folgen sind nicht in allen Fällen die gleichen. Wenn z. B. Jemand

§. 85. Vielmehr ist jede[90]) durch Betrug veranlaßte[91]) Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich.

§. 86. Nicht nur den Betrogenen, sondern auch Andere, die bei einem solchen Irrthume Schaden leiden, muß der Betrüger entschädigen.

§. 87. Ist die Willenserklärung zwar nicht durch Betrug veranlaßt, aber doch der Erklärende zu einem Irrthume bei derselben[92]) vorsätzlich verleitet worden, so hängt es von der Beschaffenheit dieses Irrthums, an und für sich betrachtet, ab, ob und wieweit die dadurch veranlaßte Erklärung nach obigen Grundsätzen bestehen könne, oder nicht. (§§. 75—83.)

§. 88. Wenn aber auch hiernach die Willenserklärung in Ansehung des Hauptgeschäftes besteht, so muß dennoch der Erklärende, wegen des aus dem Irrthume entstandenen Nachtheils, von dem Betrüger entschädigt werden.

§. 89. Hat ein Dritter den Erklärenden ohne Zuthun des Andern, zu dessen Gunsten die Erklärung geschieht, hintergangen, so entscheidet ebenfalls die Beschaffenheit des Irrthums, zu welchem der Erklärende verleitet worden, ob derselbe an seine Willenserklärung, in Ansehung des Hauptgeschäftes, gebunden sei, oder nicht. (§§. 75—83)[93]).

§. 90. Wegen der von dem Betrüger beiden Theilen zu leistenden Entschädigung hat es bei der Vorschrift der §§. 86, 88 sein Bewenden[94]).

---

ein rotziges Pferd auf den Markt bringt, was sich ein Jeder besehen kann, die Krankheit aber nicht anzeigt, so ist er sicher in Dolo. Aber dieser Dolus reicht hin, den Handel wegen Betruges anzufechten. Deshalb ist eben der Grundsatz des ädilitischen Edikts eingeführt und dem unvorsichtigen Käufer [denn der Rotz ist bei genauer Untersuchung erkennbar, wenn aber auch nicht] ist das ädilitische Rechtsmittel gegeben. Dies gilt, wenn das kranke Individuum als einzelnes Stück oder mit anderen einzelnen Stücken zusammen verkauft wird; es gilt aber nicht, wenn ein Inbegriff von Sachen verschiedener Art, z. B. ein Landgut mit seinem Inventar, wie es steht und liegt, in Pausch und Bogen feil geboten und verkauft wird. Das Obertr. macht aber von seinem Lehrsatze Anwendung auf einen solchen Landgutsverkauf in Pausch und Bogen. Es waren unter dem Zugvieh 4 rotzige Pferde gewesen. Diese Anwendung ist irrig. Die ädilitische Klage fand nicht statt, wie das Obertr. selbst ausführt. Eine selbstständige Betrugsklage [Anm. 15 zu §. 15, Tit. 3, Nr. 3] war auch nicht zu begründen, weil der Verkäufer den Betrug nicht veranlaßt hatte und ein Ausnahmefall [s. diese Anm. oben] nicht vorhanden war. Die ausgesprochene Vernichtung des Appellationserkenntnisses auf Grund jenes Satzes in diesem Falle war daher ungerechtfertigt). — Zum Beweise genügt die auf Verstellung oder Verfälschung der Wahrheit gerichtete Handlung. Entsteht daraus, nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, Nutzen für den Handelnden und Nachtheil für den Anderen, so ist, nach einem logischen Gesetze, anzunehmen, daß dieses beabsichtigt worden sei.

90) Jede, ohne Unterschied, ob der Irrthum wesentlich, oder unwesentlich, vermeidlich, oder unvermeidlich war.

91) Die Veranlassung der Willenserklärung ist, in dem hier vorausgesetzten Falle, nicht eigentlich der Betrug, sondern Irrthum des Erklärenden. §. 89. Der Irrthum muß — und das ist es, was das Gesetz hier fordert — durch die unsittliche Einwirkung des Anderen entstanden sein. Diese thatsächliche, in die äußeren Sinne fallende Einwirkung ist der Gegenstand des Beweises für den, welcher seine Erklärung auf Grund des Betruges anfechten will. Die Verjährung hängt mit dem zuständigen Klagerechte zusammen. Gegen den anderen Theil kann die aus dem Rechtsgeschäfte, das an sich gültig ist, entspringende Klage gebraucht werden; gegen den Dritten (§. 86) nur die actio doli, welche nach I, 6, §. 54 in 3 Jahren erlischt.

92) Bei derselben. Die Willenserklärung selbst, im Ganzen, beruht nicht auf Irrthum, aber nebenher, in Beziehung auf gewisse Einzelnheiten oder Theile des Willens, ist ein Irrthum vorgefallen, der seine Entstehung in der böswilligen Einwirkung des Anderen hat. Dann kommt es darauf an, welchen Einfluß dieser Irrthum an und für sich hat; der Betrug ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Willenserklärung. S. §. 88.

93) Im Falle der Irrthum ein wesentlicher ist, treten die Folgen und Wirkungen desselben, ohne Rücksicht auf den Betrug, ein, auch in Ansehung Dritter: es ist alsdann eine Willenserklärung in Wahrheit nicht vorhanden. S. oben die Anmerk. 79—85. Der gute oder böse Glaube des Dritten hat auf die Zulässigkeit der Vindikationsklage niemals Einfluß; nur in Beziehung auf die Gegenforderungen des Vindikationsbeklagten ist er maßgebend.

94) Ist der durch einen Dritten ohne Wissen des anderen Kontrahenten hervorgebrachte Irrthum

§. 91. Wer, auch ohne die Absicht, den Andern zu hintergehen, ihn durch Trunk, oder Erregung heftiger Leidenschaften, in einen solchen Zustand versetzt[94a]), wo er seine Handlungen und deren Folgen nicht mehr richtig zu beurtheilen vermag[95]), der kann aus den in solchem Zustande abgegebenen Erklärungen desselben kein Recht erlangen.

§. 92. Doch muß der, welcher aus diesem Grunde (§. 91) seine sonst rechtsbeständige[96]) Willenserklärung anfechten will, solches binnen acht[96a]) Tagen nach Abgebung derselben[97]), der Vorschrift des §. 46 gemäß, gerichtlich anzeigen.

§. 93. Ist diese Anzeige unterblieben, so kann in der Folge auf den Einwand keine Rücksicht genommen werden[98]).

Form der Willenserklärungen.

§. 94. In sofern die Gesetze einer Art von Willenserklärung keine bestimmte Form vorgeschrieben haben, ist jede[99]) Aeußerung derselben, bei welcher die Erfordernisse §§. 2, 3, 4 anzutreffen sind, gültig.

§. 95. Ist aber dergleichen Form in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt, so gilt davon alles das, was wegen der Form der rechtlichen Handlungen überhaupt festgesetzt ist. (Tit. 3, §. 40 sqq.)

---

unwesentlich, so ist das Rechtsgeschäft unanfechtbar und der Betrogene kann sich, wegen des erlittenen Nachtheiles, nur mit der actio doli an dem Betrüger erholen. Von dem Anderen hat er gar nichts zu fordern. Auch das läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen: ob ihm gegen den Anderen die Bereicherungsklage (actio in factum) zustehe. Der Umstand, daß der Betrüger zur Entschädigung unfähig ist, genügt für sich nicht zur Begründung derselben.

94a) (4. A.) Ueber die Dogmengeschichte der in den §§. 91—93 enthaltenen Bestimmung s. m. meine Anleitung zur preuß. Prozeßpraxis Th. I, §. 34, Nr. 3, und die dort angeführten Schriftsteller.

95) S. o. Anm. 42 zu §. 30 u. Anm. 39 zu §. 28.

(4. A.) Auch wenn der Erklärende in den Zustand der Trunkenheit in dem hier vorausgesetzten Grade doloser Weise versetzt worden ist, muß die vorgeschriebene Anzeige rechtzeitig gemacht werden, wenn die Erklärung aus dem Grunde der Trunkenheit angefochten werden soll. Ist der Erklärende zugleich auch durch Betrug im Sinne des §. 85 veranlaßt worden, so steht ihm die Anfechtung aus diesem selbstständigen Grunde frei, er kann dabei aber auf den anderen Einwand, daß er in dem, im §. 91 erwähnten Grade betrunken gewesen sei, überhaupt nicht weiter zurückkommen. Erk. des Obertr. vom 27. Mai 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 52).

96) Die Willenserklärung, welche mit Bewußtsein gegeben worden, ist rechtsbeständig, wenn auch der Erklärende die Folgen nicht übersieht, mag dieses in einer Gedankenlosigkeit, oder in einem Rausche seinen Grund haben. Aber wenn der Andere der (physische oder intellektuelle) Urheber, mit oder ohne betrügerische Absicht, ist; so soll dem Erklärenden Schutz gegen die Wirkungen seiner Willenserklärung, auf Verlangen, gewährt werden, doch nur unter der beigefügten Bedingung. Hat er ohne fremde Mitwirkung sich in den fraglichen Zustand versetzt, so kann er seine Erklärung gar nicht angreifen, gleichwie Niemand mit dem Vorwande gehört werden darf, daß er sich die Sache nicht überlegt habe. Anders bei bewußtlosem Zustande. S. o. §§. 29 und 30.

96a) (3. A.) „Darunter ist nur eine einwöchentliche, aus sieben Tagen bestehende, nicht eine Frist von vollen acht Tagen zu verstehen." Pl.-Beschl. (Pr. 2632) des Obertr. v. 2. Juli 1855 (J.M.Bl. S. 327; Entsch. Bd. XXXI, S. 189). Vergl. §. 1635, Th. II, Tit. 8 und das Pr. 2560 in der Anmerk. 80a dazu, in der 2. Ausg. (5. A.) Die hier vorgeschriebene Anzeige darf auch dann nicht unterbleiben, wenn die Trunkenheit von dem Gegner in betrüglicher Absicht hervorgebracht worden ist. Erk. des Obertr. vom 27. Mai 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 52) u. vom 11. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 183).

(4. A.) Die Vorschrift des §. 92 gilt auch nicht im Falle der gänzlichen, den Gebrauch der Vernunft aufhebenden Trunkenheit. Denn dann ist die Willenserklärung von Anfang nichtig und wird nicht durch die Unterlassung jener Anzeige geheilt. Erk. des Obertr. v. 14. Juli 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 150).

97) Wenn nicht natürliche Hindernisse dazwischen treten, wodurch der Anfang des Fristenlaufs ausgeschlossen wird. Hat der Lauf einmal begonnen, so tritt keine Unterbrechung ein, gleichwie bei einem Fatale. Tritt Tod vor dem Ablaufe dazwischen, so kommt den Erben die Ueberlegungsfrist zu gut.

98) Der Einwand oder vielmehr das Schutzmittel geht verloren, nicht etwa nur die Beweislast wird verändert, wie im Falle des Zwanges §§. 49, 50. Vergl. Leyser, Med., sp. 59, m. 3 und sp. 348, m. 1.

99) Also auch die stillschweigende. Vergl. §§. 59 und 60.

§. 96. Bloße auch an sich gültige Willenserklärungen sind, für sich allein, die Erwerbung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechts zu bewirken, in der Regel [100]) noch nicht hinreichend. Wirkung derselben.

§. 97. Was hinzukommen müsse, um einer Willenserklärung die volle rechtliche Wirkung zu verschaffen, ist nach den verschiedenen Arten derselben in den Gesetzen besonders bestimmt.

§. 98. Willenserklärungen, zu welchen Jemand in den Gesetzen selbst, oder von dem Richter, vermöge gesetzlicher Vorschriften, aufgefordert worden, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit keines weitern Zusatzes [101]).

§. 99. So weit Jemand über eine Sache verfügen kann, so weit kann er auch seiner Willenserklärung darüber Bedingungen beifügen. Bedingung.

§. 100. Eine Willenserklärung ist bedingt, wenn das daraus entstehende Recht von einem Ereigniß [102]), welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht worden.

§. 101. Ist die Bedingung in der Art beigefügt, daß durch den Eintritt derselben die Erwerbung des Rechts [103]) erst vollendet werden soll, so heißt sie eine aufschiebende [104]) Bedingung. a) Aufschiebende.

---

100) Ausnahmen macht z. B. die Einräumung eines Untersagungsrechts. I, 7, §. 87.

101) Die Erklärung wird in diesen Fällen fingirt.

102) Das Ereigniß muß das wesentliche Erforderniß der Ungewißheit haben, wenn es eine Bedingung sein soll. Deshalb kann nur ein künftiges Ereigniß eine wahre Bedingung sein, wie es auch durch das „eintreffen soll" angedeutet wird. Vergangene Ereignisse machen die Erklärung nicht zur bedingten, aber die Wirksamkeit derselben ist wegen der im Bewußtsein der Parteien liegenden Ungewißheit gehindert, weshalb die Erklärungen mit einem dergleichen Zusatze, Aehnlichkeit mit den bedingten haben. S. u. §§. 140 ff. Der Zusatz: „wenn der Berechtigte es verlangt", ist gar keine Bedingung (Pr. des Obertr. v. 6. Nov. 1849, Entsch. Bd. XVIII, S. 151), weil kein Ereigniß. So wenig durch den Zusatz: „wenn der Verpflichtete will", ein bedingtes Rechtsverhältniß begründet werden kann, da vielmehr gar keins zu Stande kommt (§. 108 d. T. u. Anm. 9 dazu), ebenso wenig wird das verabredete Rechtsverhältniß durch den Zusatz: „wenn der Berechtigte die Leistung verlangt", ein bedingtes, da es vielmehr die Auflage enthält, daß der Verpflichtete sich jeden Augenblick nach dem Winke des Berechtigten zur Leistung bereit halten muß: die Verabredung vertritt den Zahlungstermin und die Kündigung. — Zweifelhaft ist die Bestimmung in einem Assekuranzvertrage: daß jeder nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Unfalle festgestellte oder nicht vor den Richter gebrachte Entschädigungsanspruch erloschen sei. Man hat darüber gestritten: ob darin eine Bedingung, oder die Verabredung einer kürzeren Verjährung enthalten sei. Das Obertr. hat, im Einverständnisse mit den vorinstanzlichen Richtern, eine Bedingung gefunden. Pr. vom 25. Jan. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 361). (4. A. Auch Erk. v. 13. Mai 1851, Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 130.) Doch wird es unklar gelassen: ob eine aufschiebende, oder eine auflösende. „Der Entschädigungsanspruch" — heißt es — „beruht nicht darauf, daß ein Brand eingetreten ist, sondern darauf, daß dieser Brand die versicherten Gegenstände betroffen hat. Dieses Ereigniß mit der hinzutretenden Maßgabe, daß die Existenz und der Betrag des Schadens binnen 6 M. festgestellt oder binnen dieser Frist die richterliche Feststellung nachgesucht worden, ist es, welches den Anspruch begründen soll." — „Das konkurrirende Ereigniß, von dessen Eintritte das Recht abhängig gemacht worden, ist die erfolgte Feststellung, oder in deren Ermangelung die Anstellung der Klage binnen der verabredeten Frist." Damit ist offenbar eine aufschiebende Bedingung gemeint. Als entsprechende Stellen aber, welche hiernach von dem Apellrichter nicht verletzt sein sollen, werden die §§. 114, 115 bezeichnet, welche von der auflösenden Bedingung handeln. Die Begründung ist auch nicht allein unjuristisch, sondern selbst dem Wortlaute der Verabredung widersprechend, indem hiernach die Entschädigungsforderung mit Ablauf der Frist erloschen sein soll, so daß die Absicht der Betheiligten nicht auf eine suspensive, vielmehr auf eine resolutive, wenn überhaupt auf eine Bedingung gerichtet gewesen ist. Ein Recht, welches noch gar nicht existent geworden, kann nicht erlöschen. Die Feststellung des Schadens ist keine wahre Bedingung, sondern gehört zur Bestimmung des Quantums der Forderung, die durch den Feuerschaden aus dem Versicherungskontrakte entstanden ist; die Fristbestimmung ist gleichfalls keine Bedingung, folglich enthält die Verabredung gar keine Bedingung. — Vergl. unten die Anm. 3 zu §. 565, Tit. 9.

103) D. i. die Entstehung des Rechtsverhältnisses.

104) Nach der Art der Einwirkung der Bedingungen auf das Rechtsverhältniß theilt man dieselben in aufschiebende (suspensive), wenn dadurch der Anfang, und in auflösende (resolutive), wenn

§. 102. Der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte muß, ehe er das Recht ausüben kann, die Wirklichkeit des Ereignisses abwarten[105]).

---

das Ende des Rechtsverhältnisses dadurch bestimmt werden soll (§. 114). Diese Eintheilung ist die wichtigste. Das L.R. hat auch die Kunstausdrücke der heutigen Juristen beibehalten; das R.R. hat dafür keine.

Eine praktische Frage begegnet hier. Gewöhnlich wird sie ganz allgemein so gefaßt: ob, bei zweifelhaftem Ausdrucke, nur eine aufschiebende, oder eine auflösende Bedingung anzunehmen sei; oder mit anderen Worten: woran der Richter die Absicht der Parteien erkennen solle. Diese thatsächliche Frage hat jedoch ein beschränktes Gebiet. Man kann nämlich den Endzweck der Resolutivbedingung, d. i. Beendigung des Rechtsverhältnisses, auch dadurch erreichen, daß das Ereigniß umgekehrt und als Suspensivbedingung ausgedrückt wird. Dann ist die Frage: welche Art von Bedingung gemeint worden ist, eine thatsächliche, die durch Auslegung gelöst werden muß.

Eine verwandte Rechtsform, welche den Zweck der Resolutivbedingung hat, ist ein angehängter Nebenvertrag unter Suspensivbedingung, wodurch die Herstellung des früheren Zustandes verabredet wird. Man nennt dergleichen Nebenabreden „Geschäftsklauseln" und eine Klausel, welche den Zweck der Resolutivbedingung hat, Kassationsklausel, clausula cassatoria. (Vergl. unten, Anm. 115, Abs. 2 zu §. 114 d. T., und Anm. 94, Abs. 2 zu §. 761, Tit. 11.) Ein solcher Nebenvertrag unterscheidet sich von der Bedingung wesentlich dadurch, daß er nur eine Obligation begründet, während vermöge der Bedingung der frühere Zustand von selbst eintritt. Ob die Parteien eine Resolutivbedingung oder einen derartigen Nebenvertrag gewollt haben, ist gleichfalls eine faktische Frage. Das R. R. kennt in dieser Beziehung keine allgemeine Präsumtion; nur bei der addictio in diem und der lex commissoria vermuthet es für eine Bedingung und bei der retrovenditio für einen Nebenvertrag. Neuere Juristen wollen eine allgemeine Präsumtion für den Nebenvertrag aufstellen (Sell, von bedingten Traditionen, Zürich 1839, S. 220 ff.); Andere geben die Auslegungsregel, daß verba directa auf eine Bedingung und verba obliqua auf ein pactum adjectum deuten. Das L.R. folgt keiner dieser Meinungen. Der wahre Wille der Parteien muß durch Auslegung gefunden werden.

105) Während des Zustandes der Unentschiedenheit (ubi conditio pendet) ist noch gar kein Recht vorhanden; es ist nur eine solche Vorbereitung getroffen, daß die künftige Entstehung desselben lediglich von der Willkür der Betheiligten nicht mehr abhängig ist. Dieser unbestimmte Satz des R. R. (§. 4 J. de verb. obl. III, 16) ist unverändert hier aufgenommen. Vergl. I, 11, §. 258 u. I, 12, §. 491. Darin unterscheidet sich wesentlich die Suspensivbedingung von der Zeitbestimmung. §. 165 d. T. — Der bedingt Berechtigte ist aber, während dieses Zustandes, schon berechtigt, in Fällen, wo Umstände eintreten, welche Gefährdung des künftigen Rechts besorgen lassen, Sicherstellung zu fordern. I, 14, §. 5. — (5. A.) Er hat schon vor Eintritt der Bedingung einen Titel zu dem ihm zugedachten Rechte, mithin, sofern eine Sache Gegenstand dieses Rechtes ist, ein Recht zur Sache. Erk. des Obertr. vom 15. Januar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 35).

Der ungewisse Zustand kann sich in Gewißheit verwandeln, entweder so, daß das Ereigniß eintritt (conditio existit, conditio impleta oder expleta, erfüllte Bedingung), oder so, daß das Nichteintreten des Ereignisses gewiß wird (deficit conditio, vereitelte Bedingung). Diese Gewißheit tritt z. B. ein mit Ablauf der bestimmten Zeit, oder durch eintretende Unmöglichkeit des Ereignisses, etwa Tod dessen, welcher handeln soll.

Kommt das Recht durch Eintritt der Bedingung zum Dasein, so entsteht die Frage: ob die Wirkung auf den Tag des eingegangenen Rechtsgeschäfts zurückzubeziehen ist. Das L.R. entscheidet die Frage nicht, und nach dem R. R. ist man darüber nicht einig. Das Richtige ist, daß man als Regel die Rückwirkung annimmt und nur Ausnahmen macht. 1. Ist eine Sache auf einen bedingten Vertrag voraus tradirt, so ist der Empfänger unterdeß Verwalter (I, 11, §. 259), doch wird, wenn das Ereigniß eintritt, dieses Verhältniß ganz wegfallen und sein Eigenthum zurückbezogen werden müssen, wie nach L. 8 pr. D. de peric. (XVIII, 6), L. 9, §. 1; L. 11, §. 1 D. qui pot. (XX, 4). Sell, von bedingten Traditionen, S. 157 ff. Wenn aber die Sache zufällig untergeht und darauf das Ereigniß eintritt, so ist nach den Grundsätzen des L.R. das ganze Geschäft vernichtet, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung. 2. Nach denselben Grundsätzen entscheidet sich die Frage über Herausgabe der Früchte. Nach G.R. ist sie streitig. 3. Bei der bedingten Erbeseinsetzung, sowie bei dem bedingten Legate findet keine Rückwirkung statt; für die Zwischenzeit (pendente conditione) tritt der Intestaterbe und beziehlich der Erbe als Eigenthümer und Nutznießer ein. I, 12, §§. 480—483. Nach R. R. ist es anders. Bei der Erbeseinsetzung tritt Rückwirkung ein, bei Legaten gleichfalls hinsichtlich des Eigenthums, L. 11, §. 1 D. quemadmodum servit. (VIII, 4), L. 150 D. de cond. (XXXV, 1), L. 3, §. 3 C. comm. de leg. (VI, 43), nicht aber hinsichtlich der Nutznießung, in Beziehung auf welche die Bedingung zugleich als Fristbestimmung angesehen wird. L. 22 pr. D. quando dies (XXXVI, 2).

Ist von den Betheiligten keine Zeit festgesetzt, innerhalb welcher die Entscheidung eintreffen soll, so kann keineswegs eine richterliche Ergänzung, durch analoge Anwendung der für die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit gegebenen Vorschrift der §§. 61 u. 230, I, 5, stattfinden, da die wesentliche Voraussetzung der Analogie, die Aehnlichkeit zwischen beiden Verhältnissen gänzlich fehlt. Dort ist von

§. 103. Inzwischen darf der bedingungsweise Verpflichtete zum Nachtheil des dem Andern zugedachten Rechtes nichts vornehmen.

§. 104. Hängt die Bedingung [105a]) von einem bloßen Zufalle ab, so dürfen weder der Berechtigte, noch der Verpflichtete, ein Jeder bei Verlust seines Rechts [106]), etwas vornehmen, wodurch das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder verhindert wird.

§. 105. Hängt die Bedingung von einer freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten [106a]) ab, und hindert der Verpflichtete vorsätzlich [107]), daß die Bedingung nicht zur Wirklichkeit gelangt, so ist dieselbe in Ansehung seiner für erfüllt zu achten.

§. 106. Ein Gleiches findet statt, wenn der Verpflichtete durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß bewirkt, nach welchem die Bedingung fehlschlägt.

§. 107. Wenn aber der Verpflichtete sich erlaubter Mittel zur Bewirkung dieses Entschlusses bedient hat, so ist er dem Berechtigten dafür nicht verantwortlich [108]).

---

Erfüllung einer Verbindlichkeit Rede, hier handelt es sich um die der freien Bestimmung der Betheiligten anheimgegebene Entstehung eines Rechts. Auch der Fall des bedingten Legats, dessen Bedingung auf die Willkür des Beschwerten gestellt ist, ist unähnlich. I, 12, §. 495.

105a) (5. A.) Vergl. unten Anm. 1 zu §. 869, Tit. 11.

106) D. h. die Bedingung gilt für erfüllt oder für vereitelt, je nachdem es dem dolose Einwirkenden nachtheilig ist. S. auch §. 119 d. T. Es ist der röm. Rechtssatz: jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. L. 161 D. de reg. jur. (L, 17); L. 24 D. de cond. (XXXV, 1) und viele andere Stellen.

106a) (4. A.) Ist z. B. die Rechtsverbindlichkeit einer Verabredung von dem Ausfalle des gutachtlichen Ermessens eines Dritten abhängig gemacht, so ist darin eine Bedingung, kein Kompromiß enthalten. Erk. des Obertr. vom 24. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 61). Vergl. §. 72. Tit. 5 u. §§. 13 ff., 48, Tit. 11.

107) Der Dolus ist der Grund der Fiktion; die Absicht muß auf Herbeiführung der Entscheidung aus Eigennutz, nämlich um den Vortheil zu behalten, gerichtet sein. L. 38 D. de statulib. (XL, 7). (4. A.) Das hat auch das Obertr. angenommen und deshalb eine solche Absicht darin allein nicht gefunden, daß die Kontrahenten denjenigen Vertrag aufheben, von welchem das bedingte Recht eines Dritten abhängig ist. Erk. vom 28. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 256). (5. A.) Das Obertr. ist jedoch bei dieser Auffassung nicht geblieben, es hat später angenommen und darnach erkannt, daß unter dem vorsätzlichen Hindern nur ein Vornehmen zu verstehen sei, welches an sich den hindernden Erfolg hat, und daß dabei eine auf die Hinderung des Eintretens der Bedingung gerichtete Absicht nicht erforderlich sei. Erk. v. 11. September 1863 (Entsch. Bd. L, S. 24 und Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 78). Quod non verum. Wohl zu unterscheiden ist der unrichtige Rechtssatz von der Feststellung der Thatsache, daß die fragliche Absicht bei dem Vornehmen vorhanden gewesen sei. Die Absicht ist sinnlich nicht wahrnehmbar und muß aus dem „Vornehmen" und sonstigen Umständen gefolgert werden.

108) Diese Beschränkung der Rechtsregel ist neu. Sie entspricht auch dem Rechtsgrunde derselben, daß der Betheiligte, welcher die Zufälligkeiten der Bedingung willkürlich aufhebt, dadurch keinen Vortheil haben soll, nicht. Ohne die Erläuterung, welche Suarez in der Revision der Mon. ꝛc. giebt, ist es auch dunkel, was eigentlich gemeint sei. Er sagt: „z. E. dem Kandidat Titio sind 100 Thlr. vermacht, wenn er die Pfarre zu A. erhalten sollte. Cajus, der Erbe, gleichfalls ein Kandidat, bewirbt sich um eben diese Pfarre, und erhält dieselbe durch erlaubte Mittel. Soll er dann doch noch Titio das Legat bezahlen? Ich würde sagen: Verhindert er durch Mittel oder Anstalten, welche die Gesetze mißbilligen, daß die Bedingung ꝛc." Das Monitum war gegen die Folgen der vorsätzlichen Verhinderung (§. 105) gerichtet. Das Beispiel zeigt, daß der Fall, für welchen die Bestimmung gegeben ist, nicht unter die dolose Verhinderung gehört. S. die vor. Anm. 107. Klein trat dem Monito im Wesentlichen bei und meinte: Das zur Bedingung gemachte Ereigniß solle entweder in einem bloßen Zufalle, oder in einer willkürlichen Handlung bestehen. Im ersteren Falle dürfen weder der Verpflichtete noch der Berechtigte einwirken. Sei die Willkür des Verpflichteten zur Bedingung gemacht, so trete §. 108 ein. Beruhe die Bedingung auf der Handlung des Berechtigten selbst oder eines Dritten, so sei die eigentliche Verhinderung jederzeit unerlaubt; mixta qualitas conditionum mache hier keinen Unterschied. Es blieben also nur die Fälle zu entscheiden übrig, wo der Andere nicht gehindert worden sei zu handeln, sondern nur Bewegungsgründe erhalten habe, sich so und nicht anders zu entschließen. Alsdann komme die von S. angegebene Regel zur Sprache; denn

§. 108. Ist die aufschiebende Bedingung so beschaffen, daß sie von einer ganz unbestimmten[109]) Willkür des Erklärenden oder dessen, welcher durch die Erklärung verpflichtet werden soll, abhängt, so hat die Erklärung selbst gar keine rechtliche Wirkung.

§. 109. Ist zwar ein bestimmtes Ereigniß, aber nur ein solches, dessen Eintreffen oder Nichteintreffen an sich von dem freien Willen des Erklärenden oder Verpflichteten abhängt, zur Bedingung gesetzt, so kann der Begünstigte den Verpflichteten nicht hindern[110]), über den Gegenstand der Erklärung, so lange dies Ereigniß noch nicht eingetragen ist, nach Gutbefinden zu verfügen.

§. 110. Setzt durch dergleichen Verfügung der bedingungsweise Verpflichtete sich selbst außer Stand, bei künftig eintretendem Ereigniß der Erklärung zu genügen, so kann der Berechtigte, welcher in Rücksicht dessen bereits etwas gegeben oder geleistet hat[111]), vollständige Schadloshaltung dafür fordern.

§. 111. Kann zur Zeit des wirklich eintretenden Ereignisses der Erklärung noch genügt werden, so hat der Berechtigte ein unbedingtes Recht darauf erworben[112]).

---

in dem angeführten Falle werde der Kollator nicht verhindert, dem Berechtigten die Stelle zu geben, sondern nur durch Gründe bestimmt, es nicht zu thun. Es ständen also folgende Sätze fest:

Wenn der Verpflichtete die Erfüllung oder den Eintritt der Bedingung vorsätzlich hindert, so ist dieselbe in Ansehung seiner für erfüllt zu achten.

Ein Gleiches findet statt, wenn er durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß bewirkt, auf welchem die Bedingung beruht.

Wenn der Verpflichtete durch erlaubte Mittel den Entschluß befördert, welcher das Ausbleiben der Bedingung zur Folge hat, so wird er dadurch dem Berechtigten nicht verantwortlich. Jahrb. Bd. LII, S. 66.

Diese drei Sätze finden sich im Wesentlichen in den §§. 105—107 wieder.

109) Durch diesen Ausdruck soll ohne Zweifel der klare röm. Rechtssatz bestätigt werden, wonach die Bedingung „si velit" das Dasein eines Rechtsverhältnisses ganz verhinderte, nicht allein bei einseitigen Verpflichtungen (L. 17, 45, §. 3; L. 108, §. 1 D. de verb. obl. XLV, 1; L. 7 pr. D. de contr. emt. XVIII, 1), sondern auch bei wechselseitigen Verträgen (L. 7 pr. cit.; L. 13 C. de contr. emt. IV, 38), mit alleiniger Ausnahme des Kaufs ad gustum (L. 34, §. 5 D. eod; §. 4 J. de emt. III, 23). Dagegen war die Bedingung, welche auf eine bestimmte freie äußere Handlung des Verpflichteten gestellt war, allerdings rechtserzeugend. Darauf gründet sich die Gültigkeit der Konventionalstrafen und des legati poenae nomine relicti. L. un. C. de his quae poenae (VI, 41); §§. 35, 36 J. de legatis (II, 20). Nichts deutet darauf hin, daß die Verf. des L.R. etwas Abweichendes hiervon haben einführen wollen; im Gegentheile: die Wirksamkeit der Konventionalstrafen ist allgemein anerkannt und namentlich ist die Bedingung derselben, wenn der Verpflichtete eine gewisse bestimmte Handlung nicht unterlassen würde, für gültig erklärt. I, 5, §. 303. Hiernach ist anzunehmen, daß unter der „ganz unbestimmten Willkür" die allgemeine Bedingung: „wenn er will", verstanden wird, daß hingegen eine in die Willkür des Verpflichteten gestellte ganz bestimmte Handlung oder Unterlassung eine wirksame Bedingung ist. Dies erhellet auch aus dem Gegensatze des folgenden §. 109.

Diese Art von Bedingungen heißen in unseren Rechtsquellen c. potestativae (Potestativbedingungen) L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 51), und man theilt hiernach alle Bedingungen in casuales, potestativae und mixtae. Das L.R. hat diese Terminologie nicht.

110) Ist bloße Anwendung des Grundsatzes §. 102. Dieser erleidet dadurch, daß die Bedingung auf eine willkürliche Handlung des Verpflichteten gestellt ist, keine Aenderung.

111) S. d. folg. Anm. a. E.

112) Die beiden §§. 110 u. 111 regeln das Klagrecht, welches dem Berechtigten zusteht, wenn das Recht durch das Eintreffen der Potestativbedingung zum Dasein kommt. Drei verschiedene Fälle können eintreten. Der Verpflichtete hat den Gegenstand noch in seiner Gewahrsam: dann ist das Verhältniß ganz einfach; es wird die aus dem Rechtsgeschäfte entspringende Klage auf Einräumung des Gegenstandes angewendet. Oder der Verpflichtete hat den Gegenstand nicht mehr; dieser ist im Besitze eines Dritten. Oder der Gegenstand ist vernichtet, oder unerreichbar. In dem zweiten Hauptfalle hat der Dritte das Rechtsverhältniß gekannt, oder nicht gekannt. Hat er es gekannt, so muß er die analoge Klage aus dem Rechtsverhältnisse gegen sich gelten lassen und die Sache unentgeltlich herausgeben. I, 10, §. 25, verb. mit §. 103 d. T. Hat er es nicht gewußt, so tritt der dritte Hauptfall ein. In diesem fordert der Berechtigte, mit der dem Rechtsverhältnisse eigenthümlichen Klage, Entschädigung, und zwar, zufolge §. 110, vollständige. Doch ist diese Forderung des Interesses aus-

§. 112. Ist ein Vortheil, der einem Dritten verschafft werden soll, zur Bedingung gemacht worden, so muß auch diese schlechterdings erfüllt werden[113]).

§. 113. Es kommt also dem bedingungsweise Berechtigten nicht zu Statten, wenngleich der Dritte den Vortheil ausschlägt, oder sich selbst an dessen Erlangung hindert[114]).

b) Auflösende.

§. 114. Ist eine Bedingung in der Art beigefügt, daß durch den Eintritt derselben die Wirkung der Willenserklärung wieder aufhören soll, so heißt solches eine auflösende Bedingung[115]).

---

drücklich an den Fall gebunden, wo der Berechtigte auf das bedingte Geschäft bereits etwas gegeben oder geleistet hat. Wo nicht, fällt das Klagrecht ganz weg, das folgt aus dem argumento a contrario. Darin liegt denn eine Beschränkung der aufgenommenen röm. Rechtsregel (Anm. 109): das Rechtsverhältniß wird in diesem Falle durch die Willkür des Verpflichteten ganz vereitelt, es kommt gar nicht zur Entstehung.

113) Das zu diesem §. eingetragene Pr. 1571 des Obertr. gehört nicht hierher, sondern zu I, 5, §. 74. S. die Anm. dazu.

114) Nach R. R. gilt die Bedingung für erfüllt (die Erfüllung wird fingirt), wenn der Dritte, zu dessen Vortheile die Bedingung gemacht ist, den Vortheil ausschlägt oder sonst die Erfüllung hindert. Ulpian II, §. 6; L. 5, §. 5 D. quando dies (XXXVI, 2); L. 78 pr., 14, 31 D. de cond. (XXXV, 1); L. 3, 11, 23 D. de cond. instit. (XXVIII, 7). Die beiden §§. 112 u. 113 bestimmen das gerade Gegentheil von dieser Regel. Dadurch ist eine gleiche Wirkung dieser Bedingung für alle Fälle eingeführt, während nach R. R. in dem Falle, wo die Zuwendung des Vortheils zufällig unmöglich geworden, etwa weil der Dritte verstorben war, die Bedingung für vereitelt galt (L. 31, 94 pr.; 72, §. 7 D. de cond.; L. 23, §. 2 D. ad L. Aquil. IX, 2; L. 4 C. de cond. VI, 46); wogegen in jenem Falle, wo der Wille des Dritten hinderte, die Erfüllung fingirt wurde.

115) S. o. die Anm. 104 zu §. 101, und Anm. 102 zu §. 100. Mit einer solchen Bedingung kann auch zugleich eine Konventionalstrafe verbunden werden, doch sind dann die Folgen von beiden wohl zu unterscheiden. M. s. den praktischen Fall in Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 264.

(5. A.) Die Definition, welche der §. 114 von der „auflösenden Bedingung" giebt, ist korrekt, schützt jedoch nicht vor Verwechselung mit verwandten Willenserklärungen. In einem Kolonatkontrakte war bestimmt: der Kolon dürfe bei Vermeidung der Entsetzung aus dem Kolonate kein Eichenholz aus dem dazu gehörigen Busche fällen. Er that dies aber doch. Der Gutsherr machte nun sein Recht, den Kolonen abzumeiern, geltend. Der Kolon widersprach, weil jene Verabredung als Bestimmung einer Konventionalstrafe anzusehen sei, die jedoch ungültig, da solche den doppelten Betrag des Interesses des Verpächters übersteige. Das Obertr. erklärt die Bestimmung für eine auflösende Bedingung und sagt: „Eine Bedingung, durch deren Eintritt die Wirkung der Willenserklärung wieder aufhört, die also das Rechtsverhältniß ganz auflöst, ist, wenn sie sich auch als Strafe herausstellt wie hier, doch wesentlich verschieden von einer Konventionalstrafe, welche im Voraus das Interesse bestimmt, das ein Kontrahent dem andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat. Die Konventionalstrafe ist eine Nebenabrede, bei welcher das Hauptgeschäft in Kraft bleibt, während die Resolutiv-Bedingung das Hauptgeschäft in der Wurzel trifft." Erk. vom 28. März 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII. S. 278). Der angegebene Unterschied zwischen Resolutiv-Bedingung und Konventionalstrafe mag richtig sein, berührt aber die vorliegende Verabredung nicht, denn diese enthält weder die Beifügung einer Resolutivbedingung, „durch deren Eintritt (also ipso jure) die Wirkung der Willenserklärung wieder aufhören soll", noch eine Konventionalstrafbestimmung, sondern eine jener Nebenabreden, welche man „Geschäftsklauseln" nennt, und zwar hier diejenige, welche dem Gutsherrn, unter der bestimmten Voraussetzung, das Recht giebt, von dem Vertrage vor der Zeit wieder abzugehen (clausula cassatoria): die bezeichnete That oder Unterlassung soll für ihn ein vertragsmäßiger Aufhebungsgrund sein, durch den Eintritt des Falles hört die Wirksamkeit des Vertrags noch nicht auf, dies geschieht erst mit dem Augenblicke, wo der Berechtigte dem Anderen gegenüber erklärt, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle und daher die Räumung verlange; es steht lediglich bei ihm, die Kontravention zu übersehen, in welchem Falle das Verhältniß unverändert fortdauert. Anders bei der Resolutivbedingung. Deren Eintritt wirkt so, wie ein vertragsmäßig festgesetzter bestimmter Endtermin. Mit dessen Eintritt erlischt das Rechtsverhältniß ipso jure, in Beziehung auf beide Theile, es bedarf dazu von keiner Seite einer Willenserklärung, die faktische Fortsetzung des Verhältnisses wird nicht mehr durch die Bestimmungen des erloschenen Vertrages beherrscht; um dieses zu bewirken, bedarf es einer neuen Vereinbarung, sei sie eine ausdrückliche, oder, wo sie rechtlich stattfindet, eine stillschweigende (Prolongation). — Vergl. oben Anm. 104, Abs. 3, und unten, Anm. 94, Abs. 2 zu §. 761, Tit. 11.

§. 115. Der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblick[116]), wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt.

§. 116. Erhellet aber aus den Umständen[117]), daß das Recht, beim Eintritt der Bedingung, als ungültig, von der Zeit der Einräumung[117a]) an, habe angesehen werden sollen, so müssen auch die bisher gezogenen Nutzungen wieder herausgegeben werden[118]).

§. 117. Soll die auflösende Bedingung von einem bloßen Zufall abhängen, so findet die Vorschrift §. 104 Anwendung.

§. 118. Ist die Bedingung von dem freien Willen desjenigen, dem bei ihrem Eintritt der Vortheil zufallen soll[119]), abhängig gemacht, so verliert der Andere das unter einer auflösenden Bedingung erhaltene Recht von der Zeit an, da sich Jener seiner[120]) Befugniß bedient[121]).

§. 119. Beruht die Bedingung auf einer freien Handlung dessen, der bei ihrem Eintritt das Recht verlieren soll, oder eines Dritten; und hat der, welchem alsdann das Recht zufallen soll, durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß,

---

116) Von Anfang steht das an eine Resolutivbedingung geknüpfte Rechtsgeschäft einem unbedingten gleich. Das Eintreffen der Bedingung aber wirkt von selbst eine völlige Vernichtung desselben; das Recht oder Eigenthum fällt an den Berechtigten (in Beziehung auf welchen die Bedingung als eine suspensive aufgefaßt werden kann, für die Erwerbung des Gegenstandes) ohne neue Rechtshandlung zurück, und alle inzwischen von dem bisher berechtigt Gewesenen vollzogenen, an sich gültigen Veräußerungen und Belastungen erlöschen gleichfalls von selbst. I, 19, §. 33; L. 41 pr. D. de rei vind. (VI, 6); L. 4, §. 3 D. de in diem addict. (XVIII, 2); L. 3 D. quib. mod. pignus (XX, 6). Die Vindikationsklage gegen den Dritten ist keineswegs bedingt durch dessen guten Glauben, sondern nur die Frage: welche Gegenforderungen der Besitzer hat, ist davon abhängig. Aber jura in re erlöschen nicht, wenn sie redlich erworben sind. Unten, Anm. 27 zu §. 33, Tit. 19.

117) Aus den Umständen des Rechtsgeschäfts muß dies erhellen, d. h. die Absicht der Betheiligten muß durch Auslegung ermittelt werden; eine Beweisführung über die angebliche, außerhalb der Willenserklärung zu suchende, Absicht ist unzulässig. S. die folg. Anm.

117a) (4. A.) Oder von einem späteren Zeitpunkte. Erk. des Obertr. v. 9. März 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 17).

118) Der gedruckte Entwurf §. 95, II, 1 wollte in allen Fällen der Auflösung durch Eintritt der Resolutivbedingung die Herausgabe der Nutzungen. Das wurde im Widerspruche gefunden mit dem Grundsatze: daß das Recht in dem Augenblicke des Eintritts verloren geht. §. 115. Höchstens — meinte man — könnte man jenes nur dann gelten lassen, wenn die auflösende Bedingung dergestalt conditio sine qua non war, daß man sieht, derjenige, welcher das jus conditionatum eingeräumt hat, würde solches gar nicht gethan haben, wenn er an den Fall gedacht hätte, daß die conditio resolutiva jemals zur Wirklichkeit gelangen möchte. Darauf ist konkludirt: approbatum. Suarez, Revis. der Monita ꝛc. in Jahrb. Bd. LII, S. 5.

119) Ist dieser der ursprüngliche Andere, so treten alle Wirkungen einer eingetroffenen Resolutivbedingung ein, sobald der Andere seinen Willen, dem Verpflichteten gegenüber, erklärt, oder die Handlung vollzieht, z. B. heirathet. Ist derselbe aber ein Dritter, welcher dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte nicht mit Zustimmung beider Theile beigetreten ist; so kann, wenngleich ihm ein Recht, etwa durch Cession des Berechtigten, übertragen worden ist, der Eintritt der Bedingung doch nicht dergestalt wirken, daß z. B. das Eigenthum ipso jure auf ihn überginge. Denn unmittelbar aus dem Rechtsgeschäfte hat er gar kein Recht, und der Berechtigte kann kein anderes Recht cediren, als er selbst hat, dieses aber besteht nicht darin, daß der Gegenstand an ihn zurückkehren soll, sondern nur darin, zu fordern, daß der Dritte solchen erhalte. Mittelst der Cession gelangt daher der Dritte nur zu dieser Forderung. Es muß daher zwischen ihm und dem Verpflichteten eine, zur Uebertragung des Gegenstandes geeignete, neue Rechtshandlung (Tradition oder Cession) vollzogen werden. Von da an erlöschen die in der Zwischenzeit vorgenommenen Veräußerungen und Belastungen von selbst.

120) „Seiner". In der Ausgabe von 1817 heißt es „einer", was augenscheinlich ein Druckfehler ist.

121) Oder durch unerlaubte Mittel seitens des Anderen verhindert wird, sich seiner Befugniß zu bedienen. S. o. Anm. 106 zu §. 104.

Suarez erläutert die Bestimmung so: „Z. E. der Testator hat gesagt: Titio vermache ich mein Haus; wenn aber mein Erbe Cajus heirathen sollte, so soll ihm Titius das Haus zurückgeben." Jahrb. Bd. LII, S. 68.

durch welchen die auflösende Bedingung wirklich wird, veranlaßt; so wird in Ansehung seiner angenommen, daß die Bedingung nicht eingetreten sei[122]).

§. 120. Ist Jemandem ein Recht oder Vortheil unter der Bedingung, daß er seinen verwittweten Stand nicht ändere, eingeräumt worden, so kann derselbe, wenn er sich wieder verheirathet, die gezogenen Nutzungen herauszugeben, niemals angehalten werden[123]).

§. 121. Es hängt von dem Erklärenden ab, für das unter einer auflösenden Bedingung einzuräumende Recht, gleich bei der Einräumung[124]) desselben, Kautionsleistung zu fordern.

---

122) S. o. Anm. 106 zu §. 104.

123) Dieses Gesetz hat eine eigene Geschichte. Die Ehelosigkeit ist so wenig unsittlich, daß sie sogar dem Stande, der die Pflege der Sittlichkeit ganz besonders zu seinem Lebensberufe hat, besondere Pflicht ist; deshalb kann auch die Bedingung der Ehelosigkeit unmöglich unsittlich sein. Sie ist von der Römischen Gesetzgebung aus publicistischen Gründen durch die lex Julia ausdrücklich verboten worden. L. 22, L. 63 §. 1, L. 72, §. 5, L. 77, §. 2, L. 100 D. de cond. (XXXV, 1); L. 65, §. 1 D. ad S. C. Treb. (XXXVI, 1). Unter welcher Veränderung das Verbot in das L.R. übergegangen, ergiebt der §. 10 d. T. — Anders ist es mit dem Wittwenstande gewesen; die Bedingung der Ehelosigkeit nach einer früheren, durch den Tod getrennten Ehe, ist im jüngsten R. R. zugelassen. Die Verf. des L.R. haben dies aufgenommen, doch wieder mit einer willkürlichen Beschränkung in Ansehung der Nutzungen. Im Uebrigen ist in der Wirksamkeit der Bedingungen nichts geändert. — (4. A.) Die Verabredung in einem Erbvertrage, daß der Ueberlebende für den Fall, daß er heirathe, einen ihm im Erbvertrage eingeräumten Vortheil wieder herauszugeben verpflichtet sei, ist keine unerlaubte. Pr. des Obertr. v. 2. Juni 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 13).

124) Das braucht freilich nicht erst durch ein Gesetz festgestellt zu werden, da die Betheiligten unter sich ausmachen können, was sie wollen. Deshalb kann die Sicherstellung auch bei einer aufschiebenden Bedingung ausbedungen werden. Allein der praktische Vortheil dieses Gesetzes liegt anderswo; er tritt hervor bei den unfreiwilligen Ueberlassungen (Expropriationen) auf Zeit, d. h. unter dem Bedinge der künftigen Rückgabe, wenn der Erwerber von der Sache nicht mehr sollte Gebrauch machen können. In solchem Falle muß er den Eigenthümer für den unverschlechterten Zustand der Sache bei der künftigen Rückgabe und für die ihm entgehenden Abnutzungen während der Zwischenzeit, bei der Uebernahme der Sache sicher stellen. Vergl. I, 14, §. 182. (4. A.) Das Obertr. ist dieser Ansicht nicht beigetreten. Durch das Rev.-Erk. v. 18. Mai 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 211) hat dasselbe die Kautionsforderung wegen des einer Gewerkschaft überlassenen Grundes und Bodens abgewiesen. Der §. 121 spreche nur von Willenserklärungen, nicht aber von denjenigen Befugnissen, welche dem Grundeigenthümer zustehen, der gezwungen ist, sich eine Einschränkung seines Eigenthums zum Vortheile des Staates oder anderer Bürger gefallen zu lassen, dessen Ansprüche auf Entschädigung theils nach den allgemeinen Vorschriften des §. 75 der Einl. u. der §§. 29 ff., I, 8, theils nach den speziellen gesetzlichen Bestimmungen, wodurch die Pflicht zur Abtretung oder Einschränkung festgesetzt wird, zu beurtheilen sind. (S. 213.) Hierdurch wird jedoch die Nichtberechtigung der Forderung auf Sicherstellung des zwangsweise auf Zeit entzogenen Eigenthums nicht dargelegt. Das Eigenthum kann, wenn sonst die Voraussetzungen dazu vorhanden sind, nur gegen vollständige Entschädigung entzogen werden. Die Entschädigung muß, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über wechselseitige Leistungen, in der Regel Zug um Zug — nach Art. 9 der Verf.-Urk. sogar vorgängig — geschehen. Bei eigenthümlichen Ueberlassungen vollzieht sich dies leicht durch Kapitalszahlung. Wenn aber die Ueberlassung auf Zeit und gegen eine jährliche Rente geschehen muß, so tritt die Ausnahme ein, daß der Eigenthümer vorleisten muß. Wird er gezwungen, dieses ohne Sicherstellung für die künftige Gegenleistung zu thun, so wird er in seinen geheiligten Rechten, in seinen Eigenthumsrechten, verletzt, der Rechtsschutz wird ihm verweigert. 1851 hat ein Grundeigenthümer in Blumenthal bei Neisse auf diese Weise einen Theil seines Grundeigenthums verloren. Eine Gewerkschaft hatte, nachdem sie durch Tagebauten die durch die Bergbehörde ohne Weiteres in Besitz genommenen Ackerflächen aufgedeckt und in Unland mit 10—12 F. tiefen und 30—40 □R. weiten Wasserlöchern verwandelt, sich aufgelöst, die Gewerken waren theils nach allen Richtungen der Windrose verschwunden und verschollen, theils verarmt; der Eigenthümer hatte das leere Nachsehen. Das zu verlangen hat kein Expropriationsberechtigter ein Recht, er muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen vollständig gegenleisten, entweder sofort oder, wenn künftig, insoweit als es sogleich möglich ist, indem er dafür Sicherheit bestellt. Das gehört mit zur vollständigen erst künftigen Entschädigung, sonst würde er solche eben schuldig bleiben. Daher bestimmt das Eisenbahngesetz v. 2. Nov. 1838 im §. 13 nicht etwa willkührlich und positiv, sondern nur folgeweise: Für vorübergehende Benutzung von Grundstücken ist die Entschädigung in gleicher Art wie bei der Expropriation zu bestimmen. Es kann aber für deren Gewährung die Bestellung einer angemessenen Kaution verlangt werden. Dazu sagt das Obertr.:

§. 122. Ist dieses nicht geschehen, so kann der Berechtigte nur in dem Falle zur Sicherheitsbestellung angehalten werden, wenn eine erhebliche [125]) Besorgniß entsteht, daß er sich selbst außer Stand setzen werde, bei eintretender auflösender Bedingung seiner Verbindlichkeit, wegen Zurückgabe der Sache oder des Rechtes, ein Genüge zu leisten [126]).

§. 123. Die Kaution dauert alsdann so lange, als die auflösende Bedingung noch eintreffen kann.

§. 124. Sind unschätzbare Rechte oder Vortheile unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden, so tritt in Fällen, wo selbst Kaution geleistet werden muß, die Verbindlichkeit zur Uebernehmung einer Konventionalstrafe an deren Stelle.

§. 125. Diese muß von dem Richter nach den Umständen bestimmt, und von

---

Der §. 13 bezieht sich nur auf Eisenbahnen und kann auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden. (S. 212.) Diese Abweisung ist nicht zutreffend. Zwar ist es richtig, daß der §. 13 sich unmittelbar nur auf Eisenbahnen bezieht, aber er legt klar, wie die Gesetzgebung das in Rede stehende Verhältniß aufgefaßt hat und daß sie nur einen aus der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses folgenden allgemeinen Rechtssatz größerer Sicherheit halber ausdrücklich ausspricht. Die Rechtsanwendung des Obertr. in dem vorliegenden Falle legt einen sehr traurigen Rechtszustand auf, der, bei richtiger Erkenntniß, als in der That vorhanden nicht anerkannt werden kann. Schon mit dem §. 121 kommt man zu dem Ergebnisse, daß der Bergbauende für seine erst künftig fällige Gegenleistung Kaution zu bestellen habe. Das Obertr. sagt hiergegen: „Die Bedeutung des §. 121 ist die, daß, wenn derjenige, welcher einem Anderen ein Recht unter einer auflösenden Bedingung einräumt, von demselben Kautionsstellung erlangen will, er dieses bei Einräumung dieses Rechtes thun muß." Aber welche Nutzanwendung davon auf die Expropriation zu machen sei, wird nicht gesagt. Augenscheinlich paßt der Rechtssatz nicht buchstäblich auf die Expropriation, denn der Eigenthümer der Sache oder des Rechtes thut gerade das Gegentheil von der Einräumung, er räumt das Recht nicht ein und will es auch nicht einräumen, vielmehr bemächtigt sich in Vollziehung der Exekution die Obrigkeit des Gegenstandes und räumt dem Bergbauenden das Recht ein. Wie ist das juristisch aufzufassen? Hängt das Vermögensrecht der Gezwungenen von dem guten Willen oder von der Vorsicht der Obrigkeit ab: ob und was sie sich von dem Empfänger als Gegenleistung für jenen ausbedingen will? Kann sie das Eigenthum des Gezwungenen verschenken? Oder muß sie als ein vorsichtiger Geschäftsführer alle möglichen Vortheile ausbedingen und diese dann dem Gezwungenen, dem sie sein Eigenthum genommen hat, dafür cediren? Nichts von alle Dem. Die Obrigkeit hat sich mit dem Expropriationsberechtigten in keine Unterhandlungen einzulassen; sie nimmt lediglich das Grundstück dem Eigenthümer weg und setzt den Expropriationsberechtigten in den Besitz. Damit ist ihre Sendung vollendet; was die Schadloshaltung des Gezwungenen betrifft, so überläßt sie diesem deshalb zu thun was er will. Von selbst versteht es sich, daß er Herr seines Eigenthums ist. So gut er, wenn er sich zur freiwilligen Einräumung herbeigelassen hätte, dafür gar nichts zu verlangen befugt gewesen wäre, kann er auch jetzt die ganze Sache fallen lassen; ebenso gut aber, wie er bei persönlicher Einräumung vollständige Entschädigung und Sicherstellung für erst künftig eintretende Gegenleistung hätte fordern können, warum soll er nun, wo er selbst seine Sache in die Hand nimmt, nicht Alles fordern dürfen, was er sogleich für sein Eigenthum zu fordern berechtigt gewesen wäre, wenn er sich zur Eingehung des Geschäftes verstanden hätte? Quod erit demonstrandum. Schlechter kann er jetzt nicht zu stehen kommen, als er gestanden haben würde, wenn er sich zur persönlichen Abschließung des Geschäftes bereit gefunden hätte. Thatsächlich liegt die Sache so, daß das Geschäft erst zur Hälfte fertig ist; jetzt soll dasselbe vollständig zum Abschlusse gebracht werden und nun kann er immer noch fordern, was er von Anfang zu fordern berechtigt war. — Die Muciana cautio ist eine Anwendung des Prinzips auf die aufschiebende negative Potestativbedingung für Erben und Legatare (L. 7, 73 D. de cond. [XXXV, 1]). Der unter einer anderen Bedingung eingesetzte Erbe erhielt die bonor. poss. gegen Kautionsleistung. L. 5 pr., L. 10 D. de bon. poss. sec. tab. (XXXVII, 11).

125) D. i. eine begründete, durch die Umstände gerechtfertigte Besorgniß.

126) Tritt der Fall der Unsicherheit, oder doch der gegründeten Besorgniß einer Gefährdung ein, so ist die Klage auf Sicherheitsleistung zulässig, wie in den Fällen I, 11, §§. 759, 760; I, 20, §. 442. Die Sicherheitsleistung geschieht nach den Grundsätzen I, 14, §§. 186 ff. Das Recht, Sicherstellung zu fordern, wird durch die Art der Resolutivbedingung, namentlich dadurch bestimmt, daß die Bedingung auf eine freie Handlung desjenigen, dem das Recht zufallen soll, gestellt ist. Denn die sofortige Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch willkürliche Vollziehung der Handlung ist ein Recht, aber keine Pflicht; durch Verschiebung der Ausübung dieses Rechts geht das andere Recht auf Sicherstellung nicht verloren; beide Rechte sind von einander unabhängig. Vergl. I, 11, §. 159; I, 20, §. 442.

dem Berechtigten auf so lange, als die auflösende Bedingung noch eintreten kann, sicher gestellt werden.

c) Mögliche und unmögliche.

§. 126. Durch Beziehung auf Ereignisse, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge nothwendig eintreffen müssen, wird eine Willenserklärung nicht bedingt.

§. 127. Wird das eingeräumte Recht daran gebunden, daß ein dergleichen Ereigniß eintreten soll, so ist dieses für eine Zeitbestimmung zu achten.

§. 128. Wird aber das Recht von dem Nichteintreffen eines solchen nothwendigen Ereignisses abhängig gemacht, so ist die Willenserklärung nichtig [127].

§. 129. Kann ein Ereigniß entweder nach dem natürlichen Laufe der Dinge überhaupt [128], oder nach den besonderen Beschaffenheiten und Verhältnissen desjenigen [129], dem die Bedingung gemacht worden, nicht eintreffen, so wird die Bedingung selbst unmöglich [130] genannt.

§. 130. Ist eine unmögliche Bedingung in der Art, daß solche nicht eintreffen solle, beigefügt, so wird die Erklärung für unbedingt geachtet [131].

---

127) Die drei §§. 126—128 gehören nicht unter den Marginaltitel von möglichen und unmöglichen Bedingungen; denn sie handeln von den nothwendigen Bedingungen, d. h. solchen Ereignissen, welche ganz gewiß stattfinden. Diese sind, wegen des fehlenden Merkmals der Ungewißheit, keine wahren Bedingungen. Das Marginale sollte daher heißen: nothwendige und unmögliche Bedingungen. Die Erklärungen, welchen eine nothwendige Bedingung beigefügt ist, gelten als unbedingte, wie der §. 126 ausspricht, gleich wie die L. 9, §. 1 D. de novat. (XLVI, 2); L. 7, 8 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 7); L. 50, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). Dergleichen Zusätze können, wie wahre Bedingungen, positiv und auch negativ ausgedrückt sein. Hierauf beziehen sich die beiden §§. 127 und 128. Erkläre ich: wenn jemals das Pferd, was ich Dir verkaufe, sterben sollte, so zahle ich Dir 100, dann ist der Fall des §. 127 da; erkläre ich: 100 zahle ich, wenn das Pferd nach Abschneidung des Kopfes nicht todt ist, so ist gar keine verbindlichmachende Erklärung vorhanden. §. 128. Derartige Bedingungen können auch juristisch nothwendig sein. So das Darlehn unter dem Bedinge der Wiederbezahlung: wenn Darlehen wiedergegeben werden müssen (§. 127); oder negativ: wenn die Rückzahlung nicht mehr zu geschehen braucht, so werde ich Dir leihen (§. 128). Die negativ gestellte nothwendige Bedingung ist eine unmögliche.

128) Nämlich absolut oder nach seiner dauernden Natur, nicht bloß nach vorübergehenden Zuständen oder dem Wechsel der Zeit. Ein Ereigniß also, welches zur Zeit der Erklärung unmöglich war, später aber vermöge seiner veränderlichen Natur möglich werden kann, z. B. wenn einem ledigen Wahnsinnigen für den Fall seiner Verheirathung eine Summe versprochen wird, so ist das eine an sich mögliche Bedingung, obgleich sie, so lange der Wahnsinn dauert, ganz unmöglich ist. Denn der Wahnsinnige kann wieder gesund werden und heirathen. Umgekehrt bleibt die Bedingung, welche zur Zeit der Erklärung möglich war, eine mögliche, wenn sie auch später unmöglich wird (I, 3, §. 42); sie ist dann vereitelt, und hat die Wirkung des Nichteintreffens zur Folge. Vergl. L. 94 pr. D. de cond. (XXXV, 1); L. 23, §. 2 D. ad L. Aquil. (IX, 2); L. 19, 20, §. 3 D. de statulib. (XL, 7).

129) Damit werden die relativ unmöglichen Ereignisse gemeint, die nur zufällig nicht in Erfüllung gehen können, während sie unter anderen Umständen sehr wohl eintreffen könnten. So z. B. Verheirathung mit einer bestimmten Person, welche nicht mehr lebt. L. 72, §. 7, L. 6, §. 1 D. de cond.; L. 45 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 26, §. 1 D. de statulib. (XL, 7). Der Ausdruck unseres Gesetzes geht aber weiter. Das R. R. rechnet zwar wohl auch solche Ereignisse zu den unmöglichen, welche nach der herrschenden Meinung sich nicht verwirklichen lassen; allein der Grund davon muß in allgemeinen Zuständen liegen, z. B. die Bedingung der Freilassung eines Sklaven: wenn der Erbe 5 Millionen gezahlt erhalte. L. 4, §. 1 D. de statulib. Dagegen wird auf die besonderen Verhältnisse desjenigen, welcher mit der Bedingung beschwert ist (subjektive Unmöglichkeit), nicht geachtet, z. B. wenn er eine mäßige Summe zahlen soll, welche aufzubringen er unvermögend ist. L. 137, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1). Damit ist es nach dem Wortlaute des §. 129 anders. Doch ist die bloße Schwierigkeit auch nach dieser Bestimmung nicht zu beachten; und es wird in jedem einzelnen Falle vom Richter zu befinden sein: ob die Bedingung, mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse oder Beschaffenheiten der Person, unmöglich, oder bloß schwierig sei.

130) Eine theilweise mögliche, theilweise unmögliche Bedingung ist für eine unmögliche zu erachten; denn jede Bedingung ist untheilbar und muß ganz erfüllt werden, wenn sie für eingetreten erachtet werden soll. I, 12, §§. 491, 492.

131) Eine unmögliche Bedingung ist eben so wenig wie die nothwendige eine wahre Bedingung; beide Arten von falschen Bedingungen stehen in einem umgekehrten Verhältnisse: die negativ

§. 131. Wird aber das Recht von dem Eintreffen der unmöglichen Bedingung abhängig gemacht, so wird dadurch die ganze Willenserklärung entkräftet[132]).

§. 132. Ein Gleiches geschieht, wenn Bedingungen beigefügt worden, deren Sinn, und wie sie erfüllt werden sollen, ganz unverständlich ist[133]).

d) Unnütze. §. 133. Bedingungen, von deren Erfüllung kein Nutzen abzusehen ist, müssen, so lange der Erklärende lebt, und darauf besteht, dennoch erfüllt werden.

§. 134. Ist aber der Erklärende, ohne sich über den bei der Bedingung gehabten Zweck näher zu äußern, verstorben, so kann der bedingt Berechtigte auf deren Erlassung bei dem Richter antragen[134]).

§. 135. Der Richter muß diejenigen, welche ein Interesse bei der Sache haben, rechtlich darüber hören, und darf nur nach befundener ganz offenbaren Unnützlichkeit der Bedingung die Erfüllung derselben erlassen[135]).

e) Unerlaubte. §. 136. Was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann (§§. 7—14)[136]), das kann auch Niemandem als eine Bedingung aufgelegt werden.

§. 137. Ob dergleichen Bedingungen die Erklärung entkräften, oder für nicht beigefügt zu achten sind, ist nach den verschiedenen Arten der Willenserklärungen in den Gesetzen besonders bestimmt. (Tit. 5, §. 227 sqq.; Tit. 13, §. 63)[137]).

---

ausgedrückte unmögliche Bedingung wirkt wie die positiv beigefügte nothwendige, und umgekehrt. §. 131. Das Gesetz unterscheidet übrigens nicht: ob der Erklärende über die Art der Bedingung als einer unmöglichen im Irrthume war, was bei der relativ unmöglichen leicht der Fall sein kann; oder ob er die Unmöglichkeit wußte. Deshalb gilt für beide Fälle das Gleiche. Nach G. R. ist es streitig.

132) S. die vor. Anm. Das gilt nicht bloß von Verträgen, sondern auch von letztwilligen Verordnungen I, 12, §§. 504—507. Das Justinianische R. unterscheidet bekanntlich beide Arten von Willenserklärungen und läßt Verträge, welchen eine unmögliche Bedingung beigefügt ist, nichtig sein, während es die gleiche Bedingung, einem Testamente zugesetzt, für nicht geschrieben erachtet. Vorher stritten die Juristen über die Frage. Die Prokulejaner waren für die Gleichstellung aller Willenserklärungen, nämlich für die Nichtigkeit derselben (Gajus III, §. 98). Die Sabinianer für die Unterscheidung. Deren Meinung hat Justinian den Vorzug gegeben. Ueber die Gründe dieser ungleichen Behandlung ist man nicht einverstanden. Gewöhnlich erklärt man solche durch eine Begünstigung der Testamente, doch unbefriedigend. M. s. die geistreiche Erklärung v. Savigny's im Systeme III, S. 196 ff.

133) Conditiones perplexae, d. h. solche, welche sich selbst widersprechen und deshalb nach dem logischen Gesetze unmöglich sind. Beispiele: L. 16 D. de condit. instit. (XXVIII, 7); L. 39 D. de manum. test. (XL, 4); L. 88 pr. D. ad L. Falc. (XXXV, 2).

134) Das geschieht in Form einer Klage gegen die Betheiligten, welche die Bedingung zu erlassen befugt sein würden und sich dazu nicht verstehen wollen (§. 135). Die Form der Exception ist dazu nicht geschickt, nicht bloß aus dem formellen Grunde, weil darauf der Richter nicht die Erlassung in der Urtelsformel positiv aussprechen kann, was nur auf eine Wiederklage thunlich ist; sondern auch aus dem sachlichen Grund, weil die Erlassung nicht excipirt werden kann, so lange sie nicht vorhanden ist. Die bedingte Erklärung soll noch erst in eine unbedingte verwandelt werden.

135) Remittit praetor conditionem. Dies geschah nach R. R. mit der conditio jurisjurandi bei Testamenten (nicht bei Verträgen), wenn es der damit Belastete verlangte. L. 14, §. 1 D. de leg. III (XXXII); L. 8 pr. §§. 1—5 D. de cond. instit. (XXVIII, 7); L. 29, §. 2 D. de test. mil. (XXIX, 1); L. 20 D. de cond. (XXXV, 1). Die Bedingung wurde dagegen in eine Auflage (Modus) verwandelt. L. 26 pr. D. eodem; L. 8, §§. 7, 8 D. de cond. instit. (XXVIII, 1). Mit dieser vereinzelten Einrichtung hat die hier getroffene Bestimmung keine Aehnlichkeit; sie ist ohne Vorbild neu erdacht. Im gedruckten Entwurfe wird zu dem §. 121, II, 1, d. i. der §. 135 d. T., angemerkt: „Von einer offenbar unnützen Bedingung ist zu vermuthen, daß solche nur zum Scherze beigefügt worden. So lange aber der Erklärende lebt, und auf die Erfüllung der Bedingung besteht, kann diese Vermuthung nicht Platz greifen."

136) Muß heißen: §§. 6—14. R. v. 29. Dezbr. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Vergl. I, 12, §. 63. — Es wird lediglich auf die Zeit der Erklärung gesehen; die Wirkung der Unerlaubtheit fällt durch die spätere Aufhebung des Verbots nicht weg. I, 3, §§. 42, 43.

137) Das R. R. stellt die unerlaubten Bedingungen, das sind solche, deren Inhalt eine verbotene oder unsittliche Handlung oder Unterlassung ist, den unmöglichen in der Wirkung gleich, in sofern durch die Bedingung, wenn sie gestattet wäre, das Schlechte befördert werden würde. v. Savigny III, 172. Das L.R. hat die Gleichstellung aufgegeben und erachtet die unsittliche Bedingung

§. 138. Was in Fällen, wo die Beibehaltung des verwittweten Standes zur Bedingung gemacht worden, Rechtens sei, ist oben verordnet (§. 120).

b) Von mehreren beigefügten Bedingungen.

§. 139. Sind mehrere erlaubte [138]) Bedingungen, von welchen eine oder die andere erfüllt werden soll, festgesetzt, so hat in der Regel derjenige, welcher damit belastet worden, die Wahl, welche derselben er erfüllen wolle.

c) Von Bedingungen, die auf vergangene Begebenheiten sich beziehen.

§. 140. Auch vergangene Begebenheiten können zur Bedingung gemacht werden [139]).

§. 141. In diesem Falle kann der Besitz des unter einer solchen Bedingung eingeräumten Rechtes nicht eher gefordert werden, als bis die zur Bedingung gemachte vergangene Begebenheit klar [140]) erwiesen ist.

§. 142. Doch erstreckt sich, wenn die Willenserklärung nicht ein Anderes besagt, die rechtliche Wirkung derselben auf diejenige Zeit zurück, in welcher sie sich geäußert haben würde, wenn die Willenserklärung unbedingt [141]) gewesen wäre.

§. 143. Ist eine vergangene Begebenheit zu einer auflösenden Bedingung gemacht worden, so wird, bei erwiesener Wirklichkeit derselben, das dagegen eingeräumte Recht als von Anfang an ungültig [142]) angesehen.

§. 144. Doch kann Derjenige, welcher den Erklärenden zu einem Irrthume über die Wirklichkeit oder Beschaffenheit des Ereignisses verleitet [143]) hat, aus der Erklärung keinen Vortheil ziehen [144]).

---

bei letztwilligen Erklärungen für nicht geschrieben. Dadurch bleibt es, hinsichtlich der Wirkung dieser Bedingungen, mit dem R. R. im Ganzen in Uebereinstimmung, während es davon bei den unmöglichen abgeht. Anm. 132.

138) Ist eine von zwei alternative gefaßten Bedingungen unmöglich oder unzulässig, so gelten, kraft des logischen Grundsatzes, daß die alternative Fassung die Möglichkeit einer Wahl voraussetzt, beide nicht, d. h. die Willenserklärung ist ungültig; bei letztwilligen Verordnungen aber fallen sie, wenn die eine unerlaubt (nicht unmöglich) ist, beide weg und die Disposition ist unbedingt. Vergl. auch L. 8, §. 5 D. de cond. inst. (XXVIII, 7). Sind mehrere Bedingungen aber kopulativ (konjunktiv) auferlegt, und ist eine davon unerlaubt, so gilt das Gegentheil bei Testamenten: dieses ist bedingt, die erlaubte Bedingung muß erfüllt werden und nur die unerlaubte gilt für nicht geschrieben. So auch nach L. 45 D. de hered. inst. (XXVIII, 5) und L. 6, §. 1 D. de cond. (XXXV, 1), bei welchen zu erinnern, daß unmögliche und unsittliche Bedingungen nach R. R. gleichbehandelt werden. Ist eine der mehreren Bedingungen unmöglich, so ist es so gut als wären alle unmöglich: die Erklärung ist ungültig, sei sie ein Testament, oder eine andere Willenserklärung. Vergl. Tit. 12, §. 492.

139) Nur ist solche Bedingung keine wahre und das Rechtsgeschäft entweder ein schon unbedingt gewordenes, oder bereits erloschenes, je nachdem das Ereigniß sich zugetragen hat, oder nicht. S. o. Anm. 102 zu §. 100. Vergl. L. 10, §. 1, L. 11 pr. D. de cond. (XXXV, 1). S. u. Anm. 141.

140) Was heißt hier „klar" erwiesen? Bewiesen werden muß jede Thatsache, für welche keine Vermuthung streitet; es muß also mehr verlangt werden als ein Beweis im Allgemeinen. Erwägt man, daß es sich hier um einen Bestandtheil eines Rechtsgeschäftes und folgeweise um die Existenz oder Nichtexistenz des Geschäfts handelt; so rechtfertigt sich das Verlangen. Ich verstehe darunter die Forderung eines vollständigen Beweises, also die Ausschließung eines nothwendigen Eides.

141) Denn das Geschäft wird als ein solches behandelt, dessen wahre Bedingung zur Zeit der Eingehung schon erfüllt war. Dies nämlich ist die röm. Rechtsauffassung unter der Voraussetzung, daß der Erklärende von der Erfüllung nichts wußte. Wußte er es und kann das Ereigniß sich nicht wiederholen — in welchem Falle auf den Wiedereintritt gewartet werden muß; so gilt die Erklärung von Anfang als eine unbedingte. L. 10, §. 1, L. 11 pr. D. de cond. Der praktische Unterschied hiervon bestand darin, daß in jenem Falle die Erklärung an sich eine bedingte und folglich ungültige war, wenn sie ein Geschäft betraf, welches durchaus unbedingt sein mußte, z. B. die Acceptilation oder die Einsetzung des suus. Außerdem ist keine erhebliche Verschiedenheit zwischen dieser Art Bedingung und der nothwendigen. S. o. Anm. 127. Diese Feinheiten fallen nach unserer Anschauung heutzutage weg, weshalb ein innerer Grund fehlt, die vergangenen Bedingungen nicht ganz ebenso wie die nothwendigen zu behandeln. §§. 126 — 128.

142) Ebenso wie bei einer negativ ausgedrückten nothwendigen Bedingung. §. 128.

143) Verleitung setzt Geflissenheit, also Vorsatz voraus, folglich ist hier Betrug gemeint.

144) Zweifellos ist, daß der Betrogene die gewöhnlichen Schutzmittel gegen den Betrug (actio und exc. doli) hat. §. 85. Aber was heißt das: der Betrüger kann aus der Erklärung keinen Vor-

Bewegungsgrund.

§. 145. Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Thatsache, als eine solche, die entweder schon geschehen ist, oder noch geschehen soll, bloß vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund [145]) anzusehen.

§. 146. Der angeführte Bewegungsgrund dient hauptsächlich nur zur Erklärung einer zweifelhaften Absicht.

§. 147. Ist also die Absicht klar, so wird durch die Unrichtigkeit des angeführten Bewegungsgrundes die Willenserklärung selbst noch nicht entkräftet [145a]).

§. 148. Hat der Erklärende den falschen Bewegungsgrund [145b]) aus Irrthum für richtig angenommen, so kann der, welcher diesen Irrthum vorsätzlich veranlaßt hat, daraus keinen Vortheil ziehen [146]).

---

theil ziehen? Die Wirkung des Betruges ist doch nur die: daß der Betrogene das Geschäft umstoßen kann, wenn er will. Will er nicht, so muß er auch seinerseits leisten. In diesem Falle gelangt der Betrüger, wenn er der andere Theil ist, allerdings zu seinem Vortheile aus der Erklärung des Betrogenen. Nach den hier, im §. 144, gebrauchten Ausdrücken könnte man denken, der Betrogene könne zwar von dem Betrüger dessen Leistung einfordern, aber sich selbst könne er durch die exc. doli von der Gegenleistung frei machen, denn der Betrüger kann „aus der Erklärung keinen Vortheil ziehen". Gewiß ist das nicht gemeint, die Fassung ist aus der Neigung zur Abwechselung in den Ausdrücken hervorgegangen, und es hat hier nichts anderes als die gewöhnliche Wirkung des Betruges gesichert werden sollen.

145) Der Bewegungsgrund (causa) ist zwar verschieden von der bloßen Voraussetzung, doch wird Beides hier gleich behandelt. Die Thatsache oder Begebenheit, welche vorausgesetzt wird oder den Erklärenden bewogen hat, sich so zu erklären, kann, wie die Bedingung, bereits eingetreten oder auch als zukünftig gedacht werden. Nicht diese Aehnlichkeit allein hat der Beweggrund mit der Bedingung, sondern er kann auch zugleich als Bedingung beigefügt werden, d. h. er kann Bedingung oder auch Beides zugleich sein, und als Beide oder als Bedingung allein wirken. Das hängt lediglich von der Willkür des Erklärenden ab. Aber im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, welche Bedeutung die Erklärung haben soll, welches festzustellen Sache der Auslegung ist. §. 31 J. de leg. (II, 20). So, wenn der Hypothekengläubiger in die Löschung der Post, „wegen welcher er vollständig befriedigt zu sein" erklärt, willigt, wird die Erklärung der Befriedigung in Beziehung auf die Entsagung des Pfandrechts nur als Bewegungsgrund anzusehen sein. Pr. des Obertr. v. 30. August 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 264). Die Erklärung in solcher Fassung ist wohl kaum zweifelhaft. Es kommt aber auch vor, daß die Partikel „wenn" gebraucht wird. Beispielsweise: „wenn ich nun wegen meiner Forderung befriedigt worden, so" u. s. w., wie in den alten Bestätigungsformeln: „wenn wir nun hierbei nichts zu erinnern gefunden haben, so konfirmiren" u. s. w., wo sie statt „weil" gelten soll. Dann kommt es auf die Auslegung an.

145a) (5. A.) S. oben die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65 d. T.

145b) (3. A.) Den angeführten Bewegungsgrund nämlich. Denn die Ersichtlichkeit des Beweggrundes einer Willenserklärung ist bei Abgebung derselben nothwendig, wenn diese wegen eines Irrthumes in dem Beweggrunde soll angefochten werden können. §§. 146, 147, 150. In welcher Form der Beweggrund bei Abgebung der Erklärung erkennbar gemacht werden müsse, kann zweifelhaft gefunden werden. Nahe liegt es, anzunehmen, daß das Gesetz unter dem „angeführten Beweggrunde" der Erklärung einen integrirenden Theil der Erklärung verstehe, also daß bei schriftlichen Erklärungen der Beweggrund in denselben selbst „angeführt" werden muß und nicht mit Erfolg nebenher bloß mündlich ausgesprochen werden kann. Indeß ist die Kundgebung des Beweggrundes keine verpflichtende oder befreiende Willenserklärung, zu deren Rechtsgültigkeit eine gewisse Form erforderlich sein würde, sondern sie ist die Mittheilung einer Thatsache; und da die Schriftlichkeit der „Anführung" des Beweggrundes nirgend vorgeschrieben ist, so läßt sich nicht behaupten, daß eine in deutlichen Worten bei Abgebung der Erklärung ausgesprochene Kundgebung wegen Formmangels nicht vernommen worden sei. Das Obertr. ist sogar der Meinung, daß in einzelnen gegebenen Fällen jene Ersichtlichkeit möglicherweise selbst dadurch hergestellt werden könne, daß nach der ganzen Sachlage das von dem Erklärenden später geltend gemachte irrige Motiv mit Evidenz als der allein denkbare Beweggrund seiner Erklärung hervortritt. Erk. v. 10. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 29). Dies ist weniger bedenklich als die wörtliche „Anführung" des Beweggrundes, da die Anführung vielleicht nicht den wahren Gedanken des Sprechenden ausdrückt. Allein entscheidend ist der Grundsatz, daß einseitige Willens- oder Meinungsäußerungen, welche nicht eine Verpflichtung oder Verzichtleistung des Erklärenden begründen sollen, nur in den Fällen der schriftlichen Form bedürfen, wo die Gesetze solche ausdrücklich vorschreiben. Pl. des Obertr. v. 1. März 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 33).

146) S. o. die Anm. 144. Was mit dem „daraus keinen Vortheil ziehen" gemeint ist, ergiebt sich hier noch bestimmter aus dem Schlusse des folg. §. 149.

§. 149. Außer diesem Falle gibt bei Willenserklärungen, woraus gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, ein Irrthum im Bewegungsgrunde dem Irrenden niemals das Recht, von seiner Erklärung wieder abzugehen[147]).

§. 150. Hingegen sind Willenserklärungen, woraus nur der, zu dessen Gunsten sie geschehen, allein den Vortheil ziehen würde, unkräftig, sobald erhellet[148]), daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen sei[149]).

§. 151. Was von falschen Bewegungsgründen verordnet ist, das gilt auch von falschen Beschreibungen[150]). Beschreibung.

147) Auch wenn der Beweggrund ausgesprochen und unrichtig ist (falsa causa), macht er das Rechtsgeschäft in der Regel nicht ungültig, denn der Erklärende kann noch andere Beweggründe gehabt haben, die er nicht ausgesprochen hat. Aber der Dolus des Anderen macht davon eine Ausnahme. Dies stimmt mit dem R. R. überein, und darin, daß der Betrug eines Dritten keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Erklärung hat (§. 148), wogegen der Betrüger mit der actio doli auf Entschädigung belangt werden kann. L. 18, §. 3 D. de dolo (IV, 3).

148) Es muß aus den Umständen sicher zu entnehmen sein; anderer Beweis ist unzulässig. Vergl. §. 55 und L. 1 C. de falsa causa (VI, 44).

149) Eine zweite allgemeine Ausnahme von der Regel (Anm. 147). Das R. R. hat den gleichen Grundsatz bei Legaten, wenn aus den Umständen erhellet, daß ohne den Irrthum im Beweggrunde das Vermächtniß unterblieben sein würde. L. 72, §. 6 D. de cond. (XXXV, 1); L. 1 i. f. C. de falsa causa (VI, 44). Eine einzelne Anwendung davon ist das Vermächtniß einer irrig für eine eigene gehaltenen fremden Sache. §. 4 J. de leg. (II, 20); L. 67, §. 8 de leg. II; A. L.R. I, 12, §. 384. Dieser Grundsatz ist absichtlich hier auf alle lukrativen Geschäfte ausgedehnt. Zwei besondere Ausnahmen machen noch die condictio indebiti (I, 16, §§. 166, 178, 181) und die Fälle der ädilitischen Klagen (I, 5, §§. 329 — 331), ebenfalls in Uebereinstimmung mit dem R. R.

(4. A.) Bei bereits durch Uebergabe vollzogenen Willenserklärungen dieser Art kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung. S. unten, Anm. 50, Abs. 3 zu §. 1090, Tit. 11.

150) Falsche Beschreibung (demonstratio) ist Angabe bezeichnender Eigenschaften oder Verhältnisse der Person oder Sache, welche nicht vorhanden sind. Diese Unrichtigkeit, wenn sie auch auf einem Irrthume beruhet, schadet nicht, vorausgesetzt, daß der Erklärende das falsch beschriebene Individuum wirklich gemeint hat. Vergl. I, 12, §. 518. — Das Gleiche gilt von unrichtiger Benennung (nomen), wenn sonst das richtige Individuum gewiß ist, z. B. ein Testator beruft sein einziges Bruderkind, Namens Johann, zum Erben, welches nicht Johann, sondern Maria heißt. §. 29 J. de leg. (II, 20); L. 16, §. 1 D. de leg. I; L. 4 C. de test. (IV, 23). So bei legirten Sachen, bei Verträgen, bei Traditionen, bei Beschlagnahmen ꝛc. Daher hat z. B. die unrichtige Bezeichnung der für den Exekutionssucher mit Arrest belegten und hiernächst demselben überwiesenen Hypothekenforderung seines Schuldners die Unwirksamkeit des Arrestes und der Ueberweisung nicht zur Folge, insofern nur gegen die Identität der nach der Absicht des Exekutionssuchers mit Arrest zu belegenden und zu überweisenden, sowie der mit Arrest belegten und überwiesenen mit der eingetragenen Post kein Zweifel obwaltet. Erk. des Obertr. v. 11. Dez. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 51). — Eben so gleichgültig ist die etwa aus Rechtsunkunde geschehene, unrichtige Benennung des Rechtsgeschäftes. — Anders verhält es sich, nach R. R., mit der unrichtigen appellativen Benennung einer Gattung. Wenn z. B. der Testator seine Betten, Wäsche und Mobilien vermachen will und in dem Glauben steht, daß unter dem vermachten „Hausrathe" diese Sachen begriffen seien, so wird nach dem Pandektenrechte (vorher war darüber Meinungsverschiedenheit) angenommen, das Vermächtniß gelte nicht, denn das Ausgesprochene sei nicht gemeint, und das Gemeinte nicht ausgedrückt. L. 4 pr. D. de leg. I; L. 7, §. 2 D. de suppell. (XXXIII, 10). Nach den Grundsätzen des L.R. ist das nicht anzunehmen. Wenn darüber kein Zweifel ist, was der Erklärende gemeint hat, so ist die irrige Benennung unerheblich. Damit verwandt ist der Fall, wo eine Gattung, der Meinung entsprechend, richtig benannt, aber mit solcher Eigenschaft irrig versehen, also auf diese besondere Art beschränkt wird, welche gar nicht vorkommt. Z. B. der Fall der L. 7, §. 1 D. de trit. (XXXIII, 6): es werden 100 Scheffl. Weizen von der Art vermacht, von welchem jeder Scheffl. 200 Pfund schwer ist. Die Röm. Juristen sagen: es sei nichts legirt. Auch das entspricht unseren heutigen Ansichten nicht; die Erklärung muß so ausgelegt werden, daß sie nicht ohne alle Wirkung ist (§. 74 d. T.), und deshalb ist anzunehmen, der Testator habe die beste Sorte zuwenden wollen. Vergl. I, 12, §. 518. (4. A.) Ein nach §. 151 zu beurtheilender Fall ist auch der, wenn zwei Grundstücke zusammen für einen Preis gekauft sind und in der Kaufsurkunde nur das eine Grundstück genannt wird in der Meinung, daß damit auch das andere bezeichnet sei. Hier fehlt es nicht an dem schriftlichen Vertrage über das andere mitgemeinte aber nicht spezifisch bezeichnete Grundstück. Vergl. Erk. des Obertr. vom 18. Febr. 1859 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXII, S. 273). Ebenso wenn bei dem Abschlusse eines Kaufkontrakts über

Zweck. §. 152. Wenn aus dem Inhalte der Willenserklärung, oder aus den Umständen erhellet, daß der Erklärende bei demjenigen, was er dem Andern zu thun oder zu unterlassen auferlegt[150a]), den eigenen Vortheil desselben zur Absicht gehabt habe, so ist eine solche Bestimmung eher für einen Endzweck[151]) als für eine Bedingung zu erachten.

---

ein Gut „mit allen Pertinenzien" die Absicht der Kontrahenten auch auf den Mitverkauf eines bis dahin selbstständigen, mit einem besonderen Hypothekenfolium versehenen Grundstücks gerichtet gewesen ist. Erk. des Obertr. v. 17. Dez. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 159).

(5. A.) Man vergl. zu §. 151 die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65 d. T.

150a) (4. A.) Der Empfänger muß also von dem Geber verpflichtet worden sein, den bestimmten Zweck zu erfüllen. Vergl. Erk. des Obertr. v. 8. März 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 86). Die Frage ist, was für ein Rechtsgeschäft gemacht worden sei, wenn Jemand einem Anderen Geld giebt, um damit eine gewisse Zahlung zu bestreiten. Jemand hatte seine Ackerwirthschaft verkauft und der Käufer hatte die Kosten übernommen. Wenige Stunden nachher fand sich der Käufer bei dem Verkäufer ein und empfing von ihm zur Berichtigung der Kosten 80 Thlr. Der Verkäufer klagte demnächst auf Rückzahlung der 80 Thlr. mit der Darlehnsklage, erreichte jedoch seinen Zweck nicht, weil der Beklagte den ihm zugeschobenen Eid dahin ableistete, daß er das Geld nicht unter dem Bedinge der Rückgabe empfangen habe. Nun klagte der Geber aus der nützlichen Verwendung unter der Behauptung, daß das Geld zur Zahlung der Kontraktskosten gegeben und angenommen sei. Der erste Richter verurtheilte den Beklagten auf Grund dieser Behauptung, wenn dieselbe durch einen Eid festgestellt worden sein würde. Der Beklagte hatte ausdrücklich eingeräumt, daß er das Geld nicht geschenkt erhalten habe. Der Appellationsrichter wies den Kläger ab, weil er ein Geben unter einem Zwecke erkannte. Dies ist in dem Erk. des Obertr. reprobirt, weil eine freigebige Absicht des Gebers und eine bestimmte Verpflichtung des Nehmers von Seiten des Gebers (§. 152) nicht festgestellt war. Deshalb vernichtete das Obertr. das zweite Erk. und bestätigte das erste. Die Vernichtung ist völlig gerechtfertigt, aber über die Bestätigung des ersten Erk. fehlen die Gründe, die gerade interessiren. Eine Klage de in rem verso ist nicht zu begründen, weil die Hingabe des Geldes eine versio in rem im rechtlichen Sinne nicht darstellt. Eine Schenkung hat auch nicht stattgefunden, wie der Beklagte eingeräumt hatte; das Geschäft war demnach ein lästiges. Aber wie ist dasselbe zu qualificiren, um über das geeignete Klagerecht ins Klare zu kommen? Es ist ein unbenannter Realkontrakt, ein Geben in der Absicht, daß das Gegebene zurückgegeben werden solle, die Klage mithin eine der Darlehnsklage nachgebildete actio in factum.

151) Unter „Zweck" und „Endzweck" wird das Rechtsinstitut gemeint, welches im R. R. technisch Modus heißt. Er ist eine besondere Form der Belastung einer Erwerbung. Im R. R. kommt er nur bei Schenkungen und bei testamentarischen Zuwendungen vor, weil er bei anderen Rechtsgeschäften unnöthig war. Das L.R. spricht hier in ganz allgemeiner Beziehung auf alle möglichen Rechtsgeschäfte davon, obgleich bei lästigen und zweiseitigen Verträgen doch auch nach L.R. keine praktische Anwendung vom Modus vorkommt, weil eben die Rechtsmittel aus solchen Rechtsgeschäften kräftiger und sicherer als der Modus den Erfolg sichern. Denn das Rechtsinstitut dient als zwingendes Mittel in Fällen, wo weder die Form der Bedingung zweckmäßig, noch der direkte Zwang durch Klage zulässig oder möglich ist. — Der Modus grenzt auf der einen Seite an den bloßen Rath, auf der anderen an die Bedingung. Die Unterscheidung dieser verschiedenen Formen ist praktisch wichtig; welche davon gemeint sei, muß aus den Umständen entnommen werden. Ist die Absicht zweifelhaft, so wird die mindere Beschränkung angenommen. Dieser Satz ist unstreitig und hier ausdrücklich angewendet. Man entscheidet darnach, wenn es zweifelhaft ist: ob die Nebenbestimmung eine Bedingung oder einen Modus enthalte, für den Modus, besonders wenn das, was geschehen oder unterbleiben soll, den Vortheil des Begünstigten bezweckt; liegt der Zweifel auf der anderen Seite, so wird ein bloßer Rath angenommen. — Der Inhalt der Auflage kann bestehen entweder in der Verwendung zum eigenen Vortheile des Empfängers (z. B. zum Ankaufe einer Alterspension), oder in einer Leistung an den Geber, oder in einer Leistung an einen Dritten, oder in einer Handlung, welche keiner Person nützlich ist, z. B. die Pflege eines Grabes. Gemeinrechtliche Juristen lehren: die erste dieser Auflagen verpflichte nicht, sondern gelte nur als bloßer Rath. Dieses gilt nach dem L.R. nicht, vielmehr wird eine solche Auflage, wenn ausdrücklich ein gewisser Zweck der Verwendung vorgeschrieben ist, als wirklicher Modus angesehen (§. 153), nur entscheidet man sich im Zweifel: ob Modus oder Bedingung beabsichtigt worden sei, nach unserem §. 152 eher für den Modus. Und darin stimmt das L.R. mit dem R. R., dem Grundsatze nach, völlig überein. Denn auch das R. R. behandelt diesen Fall als wahren Modus, wenn die Verbindlichmachung in der Absicht des Gebers gelegen hat, und dies ist eine thatsächliche Frage, L. 71 pr. D. de cond. (XXXV, 1); L. 2, §. 7 D. de don. (XXXIX, 5), deren Entscheidung durch den §. 153 erleichtert ist. Denn es wird darnach angenommen, daß der Geber bei einer solchen ausdrücklichen Bestimmung zu einem gewissen Zwecke einen wirklichen Modus und nicht einen bloßen Rath beabsichtigt habe. Ist in der That die Nebenbestimmung nur als Rath anzusehen; so versteht sich auch nach L.R., daß keine Verpflichtung vorhanden ist.

§. 153. Ist etwas ausdrücklich zu einem gewissen Endzweck bewilligt worden, so tritt, wenn die Erklärung nicht das Gegentheil klar besagt[152]), der Berechtigte sofort in die Ausübung und den Genuß des ihm bewilligten Rechtes[153]).

§. 154. Er verliert aber das Recht wieder, wenn der Zweck nicht erfüllt wird[153a]).

§. 155. Es findet also bei dem Zwecke alles[154]) das statt, was in Ansehung der auflösenden Bedingungen §. 114 sqq. verordnet ist.

§. 156. Ist zur Erfüllung des Zweckes keine gewisse Zeit bestimmt, so kann das dazu bewilligte Recht, so lange die Erfüllung noch möglich bleibt[155]), nicht zurückgenommen werden.

---

152) Dann ist kein Modus vorhanden, sondern das Geschäft ein anderes.

153) Darin liegt die Hauptverschiedenheit des Modus von der Bedingung. Die Bedingung suspendirt den Erwerb, verpflichtet aber nicht; der Modus verpflichtet, suspendirt aber nicht den Erwerb, das dies cedit und damit die Vererbung tritt, ohne Unterschied der Fälle, sogleich ein.

153a) (4. A.) Wenn z. B. ein Müller nach seinem Erbpachtskontrakte Bauholz zu einem geringeren als dem zeitüblichen Preise aus den Forsten des Erbverpächters zu fordern hat, und zu einem veranschlagten bestimmten Baue das Holz wirklich erhält, hinterdrein aber dasselbe dazu, gleichviel weshalb, nicht verwendet, sondern verkauft, so muß er dem Erbverpächter den vollen zeitüblichen Preis für das Holz bezahlen. Erk. des Obertr. v. 17. Nov. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 24).

154) Alles. Dazu würde auch gehören: 1. daß das Recht mit dem Augenblicke der Nichterfüllung ipso jure aufhört und auf den Geber zurückgeht (§§. 115 u. 116). Das geht aber nicht an, weil es lediglich in der Willkür des Erklärenden steht, ob die Erfüllung geschehen soll, ob nicht. Jedenfalls muß er darüber seinen Willen äußern, es ist mithin seine Mitwirkung erforderlich, um den Verlust des Rechts eintreten zu lassen. So ist es auch nach R. R.: der Geber hat ganz allgemein die condictio ob causam. L. 3, 8 C. de cond. ob causam (IV, 6). Nur die Zurückforderung des Gegebenen steht nach §. 158 gleichfalls zu, denn die Erklärung ist unverbindlich, wenn nicht erfüllt wird. Dabei ist freilich eine einseitige Erklärung (Schenkung sub modo) vorausgesetzt. Wäre eine wechselseitige Erklärung vorhanden und die Gegenleistung des Empfängers in die Form des Modus gebracht, so würde der Geber allerdings die Erfüllungsklage (ex stipulatu) haben. 2. Daß die Aufhebung nicht zurück (ex tunc) wirkt, und also die gezogenen Früchte dem Berechtigtgewesenen verbleiben. Hätte z. B. Jemand den Nießbrauch eines Landguts geschenkt erhalten, damit er seinen Sohn die Rechte studiren lasse, und ließe darauf, nachdem er mehrere Jahre das Gut genutzt, den Sohn zwar die Universität beziehen, aber Theologie studiren, so fiele natürlich das Nießbrauchsrecht weg. Aber soll er die bisher gezogenen Nutzungen behalten können? Sicher hat das nicht in der Absicht des Gebers gelegen. 3. Daß auch die eingetretene Unmöglichkeit das Recht aufhebt. Das ist allerdings beabsichtigt und ausdrücklich festgesetzt (§. 158). Nach R. R. gilt das gerade Gegentheil. L. 8 C. de cond. ob causam (IV, 6); L. 8, §. 7 D. de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45). 4. Daß bei theilweiser Erfüllung der Modus für gar nicht erfüllt gilt; denn eine auflösende Bedingung muß allemal vollständig erfüllt sein, wenn sie für eingetreten gelten soll (Anm. 128 u. 130). Die Folge davon ist, daß, wenn der Modus von Anfang theilweise unmöglich war, der ganze Modus für unmöglich gilt, mithin die Erklärung (das Geben) von Anfang ungültig ist (§. 131), so daß der Empfänger Alles zurückgeben muß, wenn er auch den möglichen Theil geleistet hat; daß hingegen, wenn der Modus erst in der Folge theilweise unmöglich wird, der ganze Modus für vereitelt (die Bedingung für wegfallend) erachtet wird (Anm. 128), so daß der Empfänger Alles behält, wenn er auch das Mögliche nicht leistet. Beides ist unrichtig: der Empfänger kann im ersten Falle das Verwendete abziehen (I, 11, §§. 1055, 1057) und muß im zweiten Falle Alles zurückgeben (§. 158). 5. Daß ein unerlaubter Zweck die Erklärung entkräftet und den Geber zur Zurücknahme des Gegebenen berechtigt. (§. 137 d. T. u. I, 5, §. 227.) Auch das ist nicht wahr: die Grundsätze der condictio ob turpem causam treten in Wirkung. (I, 16, §§. 205, 206.) Hiernach enthält der §. 155 keine Rechtswahrheit. Der Grund dieser Verworrenheit und Abweichung von dem Quellenrechte ist die ganz eigenthümliche Auffassung der Natur und des Zwecks dieses Rechtsinstituts. Die röm. Erfinder erkennen es nur als Nebenbestimmung bei lukrativen Zuwendungen, so daß bei Vereitelung der Nebenabsicht doch immer die Hauptabsicht der Freigebigkeit stehen bleibt. Daher auch haben die Verfasser des L.R. sich genöthigt gesehen, bei Erklärungen von Todes wegen besondere, von den hier gemachten Satzungen wesentlich abweichende, Bestimmung zu treffen. §. 160.

155) Ist keine Zeit zur Erfüllung des Modus bestimmt, so kann nachträglich auch keine richterliche Zeitbestimmung hinzutreten: es muß die Erfüllung oder der Eintritt der Unmöglichkeit abgewartet werden. Ist aber die Zeit bestimmt, so findet die Zurückforderung statt, sobald Verzögerung eintritt. L. 18 pr., §. 1 D. de don. (XXXIX, 5).

§. 157. Bei Willenserklärungen unter Lebendigen muß der bestimmte Zweck schlechterdings nach der Erklärung erfüllt werden.

§. 158. Kann[156]) oder will der Begünstigte diese Erfüllung nicht leisten, so ist die Erklärung unverbindlich.

§. 159. Ist jedoch der Zweck durch etwas Aehnliches nach der Erklärung erfüllt worden, und der Erklärende hat sich dabei wissentlich ein Jahr hindurch beruhigt, so können dessen Erben die Art der Erfüllung nicht anfechten.

§. 160. In wiefern bei Erklärungen von Todes wegen der bestimmte Zweck schlechterdings oder durch etwas Aehnliches, und vor oder nach dem Ableben des Erklärenden zu erfüllen sei, ist durch besondere Gesetze bestimmt. (Tit. 12, §. 508[157]) sqq.)

§. 161. In allen Fällen[158]), wo das Recht selbst, welches den Gegenstand der Willenserklärung ausmacht, auf die Erben übergehen kann, treten diese auch in Ansehung der Befugniß, die Bedingung oder den Zweck zu erfüllen, in die Rechte des Erblassers.

§. 162. Ist aber die Bedingung oder der Zweck an die Person des Berechtigten gebunden, und stirbt dieser vor der Erfüllung, so verliert die Erklärung selbst ihre Wirksamkeit[158a]).

Zeit. § 163. Eine der Willenserklärung beigefügte ungewisse[159]) Zeit, wo das Recht aus derselben entweder entstehen, oder aufhören soll, wird einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung gleich geachtet.

---

156) Das Gegentheil vom R. R. S. die vor. Anm.

157) In den authentischen Ausgaben steht aus einem Druckfehler „§. 505". R. v. 29. Dez. 1837. (Jahrb. L, S. 469.)

158) In allen Fällen, also auch bei Erklärungen von Todes wegen. Tit. 12, §. 485. Nicht so nach R. R. hinsichtlich der Bedingung. Darnach ist es in der Regel unmöglich, daß die bloße, wenngleich juristisch begründete und gesicherte Hoffnung, Jemandem nach dessen Tode titulo singulari oder universali zu succediren, auf den Erben transmittirt werde. §. 2 J. quib. mod. testam. infirm.; L. 4 pr., 5, §. 2 D. quando dies leg. (XXXVI, 2.) Anders ist es bei bedingten Verträgen. Aus diesen geht in der Regel das bedingte Recht eben so gut wie jedes andere an sich transmissible Recht, auf den Erben über. §. 4 J. de verb. obl.; §. 45 J. de inutil. stipul.; L. 42 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7). Die Verf. des L.R. haben hierin alles gleich gemacht. Vergl. I, 12, §. 485. Der erhobene Zweifel: ob der Uebergang nur bei einer cond. casualis oder auch bei einer c. potestativa gelte, hat gar keinen auch nur scheinbaren Grund; weder die Röm. Juristen denken (bei den bedingten Verträgen) an einen solchen Unterschied, noch haben die Verfasser des L.R. ihn machen wollen, wozu auch gar keine innere Nothwendigkeit vorhanden ist; im Gegentheile, Suarez hat ausdrücklich angemerkt, daß der Satz von allen Bedingungen, von potestativen wie von rein zufälligen, gelte (Ges. Rev. Mot. ad h. tit. zu §§. 131 bis 154 des Entw., S. 45). ([3. A.] Dies ist auch von dem Obertr., in dem Erk. vom 27. Februar 1854 — Pr. 2509 — als Rechtsgrundsatz angenommen. Entsch. Bd. XXVII, S. 346.) Die nicht fungiblen Handlungen machen eine nothwendige Ausnahme. §. 162.

158a) (4. A.) Dies ist z. B. der Fall, wenn der bäuerliche Gutsabtretende in dem Uebertrags- und Altentheilsvertrage seinen übrigen Kindern gegen den Gutsübernehmer eine Abfindung an Geld und Naturalien bei deren Verheirathung oder erreichtem 30sten Lebensjahre ausbedingt, und bis zum Tode des berechtigten Kindes keiner dieser beiden Fälle eingetreten ist: dann geht die Abfindung auf dessen Erben nicht über. Erk. des Obertr. v. 30. Juni 1856 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXII, S. 66). Conditio, quae inest.

159) Dies incertus conditionem — facit. L. 75 D. de cond. (XXXV, 1), L. 30, §. 4 D. de leg. I. Also die ungewisse Zeit hat die Bedeutung einer Bedingung: diese Regel wird durch §. 163 aus dem R. R. unverändert hierher übertragen. Eine Zeitbestimmung kann aber in aller Hinsicht fest und gewiß sein, oder nur in gewisser Hinsicht ungewiß, und es kommt darauf an: welche Ungewißheit hier gemeint wird. Z. B. es wird erklärt: Jemand solle an seinem Hochzeitstage, oder an dem Tage, wo ein Dritter Premierminister werden würde, 1000 erhalten. Hier ist Alles ungewiß, sowohl die quaestio an als die quaestio quando. Dieser Fall ist unzweifelhaft. L. 21 pr. D. quando dies (XXXVI, 2); L. 56 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 8 C. de test. manum. (VII, 2). Die Ungewißheit kann aber auch die quaestio quando allein treffen, z. B. wenn eine Leistung auf den Todestag des Bedachten versprochen wird, denn der Tod ist Jedem gewiß, nur die Zeit ist ungewiß. Auch ist sonst keine Ungewißheit bei der qu. an, denn Jeder erlebt auch seinen Todestag. Dieser Fall ist wiederum

§. 164. Ist eine gewisse[160]) Zeit dergestalt beigefügt, daß mit dem Ablauf derselben die Ausübung des Rechtes ihren Anfang nehmen soll[161]), so muß zwar der Berechtigte den Eintritt dieses Zeitpunkts abwarten:

§. 165. Doch ist das Recht selbst für vollständig erworben zu achten, und geht daher, wenn es nicht an die Person des Berechtigten gebunden ist, auf die Erben desselben über[162]).

§. 166. Der Verpflichtete darf in der Zwischenzeit nichts vornehmen[163]), wodurch das Recht des Andern geschmälert, oder gar vereitelt werden könnte.

§. 167. Ist eine gewisse Zeit dergestalt beigefügt, das[164]) dadurch die Dauer des durch die Willenserklärung übertragenen Rechtes bestimmt werden soll[165]), so hört mit dem Ablauf dieser Zeit das Recht von selbst wieder auf[166]).

§. 168. Derjenige, dem solchergestalt ein Recht nur auf eine gewisse Zeit eingeräumt worden, darf, während derselben, zum Nachtheil desjenigen, an welchen das Recht, nach Ablauf dieser Zeit, gelangen soll, nichts vornehmen.

---

zweifellos, er enthält keine ungewisse Zeit in dem hier gemeinten Sinne, das darauf versicherte Recht ist unbedingt und bloß betagt. Zweifelhaft aber ist ein dritter Fall, wenn das Recht auf die eigene Volljährigkeit oder auf den Tag der Volljährigkeit oder des Todes eines Dritten gestellt ist: hier ist es ungewiß, ob der Bedachte den Tag der eigenen Volljährigkeit oder den Tag des Todes des Dritten erleben werde; und bei der Volljährigkeit des Dritten ist noch die weitere Ungewißheit: ob er selbst den Tag erleben werde. Diesen Zweifel läßt das L.R. unerledigt. Das R. R. sieht dergleichen Zeitbestimmung bei Verträgen stets als eine gewisse Zeit an (L. 10, 16, §. 1; L. 17 D. de cond. ind. [XII, 6]), bei Testamenten aber in der Regel als einen dies incertus, doch mit der Ausnahme, wenn nicht der Testator das Gegentheil wolle. L. 21 pr., L. 22 pr. D. quando dies (XXXVI, 2); L. 86, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); L. 49, §§. 2, 3 D. de leg. I, vergl. mit L. 26, §. 1 D. quando dies; L. 46 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1) und L. 3, 5 C. quando dies (VI, 53). Hiernach ist es quaestio facti: ob der Anfall des Rechts, oder nur die Erfüllung suspendirt sein soll. Das muß auch nach L.R. behauptet werden, und zwar ohne Unterscheidung der beiden Arten von Willenserklärungen, weil in dieser Beziehung hier kein Unterschied gemacht wird. Es handelt sich somit bloß um Auslegung der Willenserklärung in solchem zweifelhaften Falle.

(4. A.) Das Versprechen des Schuldners, Zahlung zu leisten, sobald er zu besseren Vermögensumständen gelangt sein würde, enthält eine ungewisse Zeitbestimmung im Sinne des §. 163. Erk. des Obertr. v. 19. Juli 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 355).

160) Darauf kommt nichts an, ob die Zeit absolut gewiß (durch Bestimmung eines Kalendertages) oder nur relativ gewiß ist (durch Verknüpfung mit einem gewiß eintreffenden Ereignisse). Wesentlich ist nur die Gewißheit des künftigen Ereignisses, wie der Tod jedes Menschen. S. übrigens die vor. Anm. wegen der zweifelhaften Zeitbestimmung, und o. §. 127 d. T.

161) Man nennt eine solche Zeit Anfangstermin, terminus a quo; in den Quellen heißt es ex die und in diem.

162) Darin besteht eben die wesentliche Verschiedenheit der Zeitbestimmung von der Bedingung. Allein diese Verschiedenheit hat ja durch die Uebertragbarkeit und Vererblichkeit eines bedingten Rechts, welche durch die Bestimmung des §. 161 als Regel eingeführt ist, ihre Wichtigkeit verloren, sie hat nur noch für die seltenen Ausnahmefälle der §. 162 praktische Bedeutung.

163) Geschieht das dennoch, so kann Sicherheitsbestellung gefordert werden, wenn der Verpflichtete sonst an sich auch nicht für unsicher gelten möchte; denn der Berechtigte hat gerade dieses bestimmte Recht zu fordern und braucht sich nicht auf das Aequivalent der Entschädigung verweisen zu lassen. (4. A.) In welcher Gesinnung das „vornehmen" geschehen sein muß, darüber s. m. oben die Anm. 107 zu §. 105.

164) Es muß „daß" heißen nach den Regeln der Orthographie. S. auch R. v. 27. Dez. 1839 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

165) Diese Zeit nennt man Endtermin, terminus ad quem; in den Quellen heißt das Verhältniß ad diem. Der Endtermin ist der Resolutivbedingung ganz ähnlich. Welche Wirkung ein unmöglicher Endtermin habe, ist ungewiß. Z. B. ein Haus wird an Jemand auf 100 Jahre vermiethet. Der natürlichste Gedanke ist der, daß in solchem Falle das Rechtsverhältniß gar nicht ad diem geschlossen sei, denn die Zeitbestimmung ist wesentlich eine zeitliche Beschränkung des Rechts und das Miethsrecht ist seiner Natur nach vergleichungsweise bald vergänglich, so daß der Endtermin, wenn er seine natürliche Bedeutung haben soll, das längste Ziel, welches die Miethe möglicherweise haben kann, nicht überschreiten darf. Sonst würde ein ganz neues Institut, eine Erbmiethe entstehen.

166) (4. A.) Vergl. unten §. 314, Tit. 11 und die Anm. 18a dazu.

§. 169. In beiden Fällen (§§. 164, 167) behält derjenige, welcher mit dem Ablauf der bestimmten Zeit die Sache herausgeben muß, die inzwischen gezogenen Nutzungen[167]).

---

# Fünfter Titel.

## Von Verträgen[1]).

Die Literatur über diese Materie ist sehr zahlreich. Von Systemen ꝛc. genügen hier: über Gemeines Recht: v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes, Bd. III, §. 140, 141, und dess. Obligationenrecht, Bd. 1, §§. 52—81. Dann: Heimbach sen., Rechtsgeschäft; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 189, Bd. XII, S. 791 flg., vergl. mit Dess. Stipulation, ebd. Bd. X, S. 527—585. — Ueber Preußisches Recht: Bornemann, von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach Preußischem Rechte. 2te Ausg., Berlin 1833, S. 217 ff. u. Dess. Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts. Bd. II. S. 397 ff. — M. Preußisches Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §§. 111—136, u. m. Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. II, §§. 69 u. flg. — Heydemann, System des Preußischen Civilrechts, 2te Ausg. Bd. I, S. 194 flg.

Begriffe. §. 1. Wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechtes[2]) wird Vertrag[3]) genannt.

---

167) Daß bei einer Zeitbestimmung überall nicht von einer ipso Jure rückwirkenden Kraft die Rede sein könne, ist eine sich von selbst verstehende Sache. Man hat solches ausdrücklich zu sagen nur zur Vermeidung aller Zweifel für gut gefunden. Suarez, in Jahrb. Bd. LII, S. 69. Dadurch wird nicht verhindert, daß auf Grund einer besonderen Willenserklärung die Auslieferung einer Sache mit den Nutzungen nach Verlauf einer bestimmten Zeit gefordert werden darf.

1) Das L.R. ist in der Aufzeichnung der Rechtswahrheiten bisher vom Allgemeinen zum Besonderen fortgeschritten: von Thatsachen (Personen und deren Rechtsfähigkeit, Sachen und deren Beschaffenheit) zur freien Handlung, von dieser zur Willenserklärung als einer Art der Handlung, von der Willenserklärung zu Verträgen, welche wieder eine besondere Art der Willenserklärung von sehr ausgedehnter Anwendbarkeit ist. Denn man sieht, daß Rechtsverhältnisse aller Art Gegenstände von Verträgen sind: die Verträge finden Anwendung im Völkerrechte (Friedens-, Handels-, Grenz- und dergl. Verträge), im Staatsrechte (Wahlartikel mit dem Regenten, Verträge zwischen Ständen und Landesherren) und am häufigsten im Privatrechte nicht allein bei den Obligationen, sondern auch im Sachenrechte (Tradition, Verträge über Begründung von Grundgerechtigkeiten, Einräumung einer Hypothek oder eines Pfandrechts in den Fällen, wo keine Eintragung und keine Uebergabe möglich ist) und im Familienrechte (Ehe, Adoption). Mit den Verträgen schließt der allgemeine Theil des L.R., die Darstellung geht nachher über zu den besonderen Rechtsinstituten.

2) Vertrag überhaupt ist die wechselseitig ausgesprochene Willensvereinigung mehrerer sich einander gegenüberstehender Personen zur Bestimmung eines Rechtsverhältnisses unter ihnen. (5. A. Ebenso sagt das Obertr.: „Auch nach der landrechtlichen Definition ist der Vertrag immer als die übereinstimmende Willenserklärung mehrerer Personen, unter sich ein Rechtsverhältniß zu bestimmen, aufzufassen, weshalb sein Zweck nicht ausschließlich auf die Erwerbung eines neuen Rechts, und nicht bloß auf die Begründung eines neuen, sondern auch auf die Sicherung und Erhaltung eines bereits unter den Kontrahenten bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet sein kann. Berührt ein Rechtsverhältniß das gegenseitige Interesse der Kontrahenten, und wird dessen Bestehen in einem Vertrage unter Anführung der damit verbundenen Leistungen anerkannt, so machen dergleichen Erklärungen einen integrirenden Theil des Vertrages aus und können nicht als bloße historische Erwähnungen aufgefaßt werden, welche außerhalb des Bereichs der vertragsmäßigen Festsetzungen ständen. Dies gilt um so mehr, wenn in einem Auseinandersetzungsrezesse ausführlich darüber gehandelt wird, wie es rücksichtlich der verschiedenen Lasten und Abgaben nach erfolgter Ausführung der Auseinandersetzung gehalten werden soll. Erk. vom 3. November 1865, Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 16). Der §. 1 hat nur den obligatorischen Vertrag zum Gegenstande, zufolge der Darstellung der damaligen juristischen und philosophischen Schriftsteller. (Kant's Begriffsbestimmung ist noch enger; er beschränkt den Vertrag auf die Veräußerung von Eigenthum. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 98.) Diese Begriffsbestimmung im §. 1 hindert die Anwendung des allgemeinen Begriffs von Vertrag nicht, denn der §. 1 handelt eben nur von der Anwendung der Vertragsformen bei Obligationen und schließt andere Anwendungen keineswegs aus. Die wesentlichen Erfordernisse eines jeden Vertrages sind: 1. Mehrere Personen, wenigstens zwei, die einander gegenüber stehen und wenn auch nur unter ihrem Geschäftsnamen (Firma) genannt sein müssen. Unter der Benennung

einer Sache oder eines Lokals, z. B. „Expedition eines Blattes", kann ein Vertrag nicht geschlossen werden, es fehlt an dem wesentlichen Erfordernisse eines Vertrags in Ansehung der Personen, nicht etwa in Ansehung der Form, wie irrig angenommen worden ist. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. IV. S. 197 und m. Beurtheilung S. 246. Ebenso unmöglich ist es, daß eine Person, welche mehrere Personeneigenschaften in sich vereinigt, z. B. Vormund ist, in diesen verschiedenen Eigenschaften mit sich selbst einen Vertrag schließen kann. Gegen dieses Axiom verstößt das zu I, 20, §§. 104 u. 105 eingezeichnete Pr. 1487 v. 18. September 1844. Der Fall ist die Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld. Der Eigenthümer und Verpfänder des Pfandstücks war Vormund des Gläubigers. Der Gläubiger mußte nach §§. 104 und 105 cit. in Besitz gesetzt werden von Seiten des Eigenthümers. Der Eigenthümer konnte unmöglich an sich selbst die Sache aus seinem Eigenthumsbesitze in seinen vormundschaftlichen Besitz übertragen, er konnte sich nicht in zwei Personen spalten. Nun hatte man es so gemacht: er gab dem Schuldner die Sache, um sie zu verpfänden, und der Schuldner gab ihm die Sache als Pfand für den Mündel zurück. Das erklärt jenes Pr. für eine wirksame Pfandbestellung. Aber wo bleibt da die Trennung des Besitzes des Mündels von dem Besitze des Eigenthümers? Ein Pfandstück, was nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner oder Eigenthümer in seiner physischen Gewalt hat, ist kein Faustpfand. 2. Von beiden Seiten muß man etwas wollen (Gegenstand) und zwar 3. genau das Nämliche; jede auch noch so geringe Differenz hindert die Vereinigung, daher entsteht durch eine bedingte oder beschränkte oder ausgedehnte Acceptation eines Anerbietens (Versprechens) kein Vertrag, §. 84. 4. Die Willensübereinstimmung muß ausgedrückt und erkennbar gemacht werden. Wenn mehrere Personen in ihren Gedanken über einen gewissen Gegenstand übereinstimmen, und Jeder oder auch nur Einer seine Gedanken verheimlicht, so entsteht kein Vertrag. Vergl. Entsch. des Obertr. XIX, 363. 5. Der Gegenstand muß die Bestimmung eines Rechtsverhältnisses betreffen: die Willensübereinstimmung über einen gleichen und gleichzeitigen Spaziergang mit einander ist kein Vertrag. 6. Das Rechtsverhältniß muß diese Personen selbst angehen, kein ihnen durchaus fremdes sein. Deshalb ist z. B. der Beschluß eines Richterkollegiums über das ihm vorgetragene Rechtsverhältniß kein Vertrag, wenn auch Stimmeneinhelligkeit stattfindet. — (4. A.) Die Ungültigkeit in einem Theile des Vertrages hat in der Regel totale Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Wenn z. B. die in einem Erbrezesse geschehene Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks wegen eines wesentlichen Mangels nichtig ist, so sind alle übrigen damit im Zusammenhange stehenden Verabredungen, resp. der ganze Erbrezeß nichtig. Erk. des Obertr. v. 28. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 328). Der Rechtssatz kann für richtig gelten, weil eine Theilung des Geschäfts ohne wechselseitige Einwilligung dem Wesen eines Vertrages widerspricht. Doch hat das Obertribunal daran nicht festgehalten. In einem Erk. v. 18. Mai 1857 hat dasselbe ausgesprochen, daß ein Kaufkontrakt, der mehrere Grundstücke umfaßt, und in Betreff eines Trennstücks eine nicht in der Form des Gesetzes bewirkte Dismembration enthält, nur in Betreff dieses Trennstücks nichtig sei, selbst wenn für dieses und die übrigen Grundstücke nur ein ungetrennter Kaufpreis festgesetzt ist (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 318). Hiernach soll mithin der Käufer wider seinen Willen zum Kaufe der übrigen Grundstücke für einen nicht von seiner Einwilligung abhängigen Preis gezwungen sein, während er dieselben, ohne das Trennstück, nicht gekauft haben würde, und umgekehrt soll der Verkäufer die übrigen Stücke hinlassen und das Trennstück zurücknehmen, während ihm dieses ohne jene vielleicht nichts nütze ist. Das Obertribunal fällt jedoch aus dem Takte. Denn es heißt weiter: Wenn der Käufer auf dieses Trennstück verzichte, ohne Reduktion des in Pausch und Bogen stipulirten Kaufpreises zu begehren, so werde der Kauf gültig; der Verkäufer müsse den Verzicht annehmen und dürfe sich somit auf den Grundsatz: beneficia non obtrudantur. nicht berufen. Wenn jedoch der Kauf mit Ausschluß des Trennstückes, nach dem Vordersatze unbedingt gültig ist, so braucht er ja durch Verzicht auf die Reduktion des Preises nicht erst gültig zu werden. (5. A.) In gleichem Sinne und nach derselben Theorie entscheidet das Obertrib. einen ähnlichen Fall durch das Erk. vom 6. März 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 49). Hier wird als Grund der Theilbarkeit des Vertrages angegeben: der als nichtig zu erachtende §. 3 des Vertrages sei kein integrirender Theil desselben, sondern statuire lediglich ein Recht zu Gunsten des Klägers, auf welches dieser einseitig verzichten könne, was er auch gethan habe. Der Entscheidungsgrund ist somit rein thatsächlicher Natur. — Läßt sich ein über mehrere Gegenstände sich verhaltender Veräußerungsvertrag, welcher rücksichtlich einer dieser Gegenstände einen Parzellirungsvertrag enthält, nach seinen einzelnen Gegenständen nicht trennen, so ist der ganze Vertrag im Falle der mangelnden gesetzlichen Form für Parzellirungsverträge nichtig, nach dem Erk. dess. vom 29. April 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, 144). Der Vertrag war der, daß der Eine dem Andern den Anbau an sein Haus gestattete und Dieser Jenem dagegen einen Streifen von seinem Hofraume abtreten und zwei auf seinem Grunde befindliche Wasserlachen ausfüllen, trocken legen und das Wasser von seinem Gehöfte anderswohin als in diese Lachen leiten sollte. Das Versprechen der Ueberlassung des Streifens Hofraum war nichtig, im Uebrigen unterlag der Vertrag keiner Nichtigkeit. Die Vorleistung des Einen war aber nicht gleich dem als gültig stehen bleibenden Theil der Gegenleistung des Andern theilbar; deshalb war nicht der ganze Vertrag nichtig, sondern vereitelt.

3) Die Bezeichnungen: Uebereinkunft, Abkommen, Verabredung, Vereinbarung, Pakтum, Kontrakt, Konvention, werden synonym gebraucht; selbst die Bezeichnung Vergleich kommt in dieser allgemeinen Bedeutung vor.

§. 2. Die Erklärung, einem Andern ein Recht übertragen, oder eine Verbindlichkeit gegen denselben übernehmen zu wollen, heißt Versprechen.

§. 3. Dagegen ist die bloße Aeußerung, etwas thun zu wollen, noch für kein Versprechen anzusehen [4]).

§. 4. Zur Wirklichkeit eines Vertrages wird wesentlich erfordert, daß das Versprechen gültig [5]) angenommen worden. (§. 78 sqq.)

§. 5. Bloße Gelübde haben, als bloß einseitige Versprechen, nach bürgerlichen Gesetzen keine Verbindlichkeit [5a]).

§. 6. Hat der Erblasser ein Gelübde zu erfüllen angefangen, so wird vermuthet, daß er den Erben zu dessen Vollendung habe verpflichten wollen [6]).

§. 7. Wenn beide Theile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen, so wird solches ein lästiger Vertrag genannt [7]).

§. 8. Wohlthätig heißt ein Vertrag, durch welchen nur Ein [8]) Theil etwas zu Gunsten des Andern zu geben, zu leisten, zu dulden, oder zu unterlassen verpflichtet wird.

I. Persönliche Fähigkeit, Verträge zu schließen.

§. 9. So weit Jemand zu rechtsgültigen Willenserklärungen fähig ist, so weit kann er auch durch Verträge sich verpflichten.

---

4) Dieser Gegensatz soll das Versprechen (das Anerbieten) (§. 2) begrenzen. Der Gegensatz eines Versprechens nach dieser Seite ist die Aeußerung eines in die Zukunft gestellten Wollens, z. B. ich beabsichtige oder ich bin nicht abgeneigt, dir mein Haus für 1000 zu verkaufen.

5) Die Annahme ist eben das Erforderniß der gegenseitigen Kundgebung der Willensübereinstimmung. Die Gültigkeit ist nicht bloß bei der Annahme ein Erforderniß, sondern auch und noch mehr bei dem Versprechen: es soll aber durch die ausdrückliche Erwähnung dieses Erfordernisses nur erinnert werden, daß auch die Annahme in gültiger Weise ausgedrückt sein müsse.

5a) (4. A.) Diese Vorschrift ist auf Klostergelübde nicht zu beziehen. Erk. des Obertr. v. 4. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 249). Vergl. die folg. Anm. 6.

6) Unter Gelübde wird das Schenkungsversprechen an eine Stadtgemeinde (pollicitatio) oder zum Gottesdienste (votum) verstanden. Es soll nach Civilrecht nicht gültig, d. h. nicht erzwingbar sein. Der §. 6 bestimmt eine Ausnahme davon, aber eine sehr gefährliche Ausnahme, indem darnach das Schenkungsversprechen maßlos sein kann und kurz vor dem Tode nur anfangsweise erfüllt zu werden braucht, um den Erben um die ganze Erbschaft zu bringen. Auch das R. R. kennt den Anfang der Erfüllung, z. B. des verheißenen Baues, als Verpflichtungsgrund für den Erben, aber mit der verständigen Beschränkung, daß eine Reduktion auf den fünften Theil der Erbschaft eintreten kann, wenn die Vollendung mehr kosten, vielleicht das Ganze erschöpft würde. L. 6 pr., 9. 14 D. de pollicitat. (L, 12). Die Unbeschränktheit des §. 6 harmonirt nicht mit den Grundsätzen des L.R. über Schenkungen. Jedenfalls muß auch nach L.R. der Pflichttheil ungeschmälert bleiben. Uebrigens kommt auf die Form des Gelübdes nichts an, denn ein in der strengsten (gerichtlichen) Form gemachtes Gelübde ist ebenso unverbindlich wie das ganz formlose. Für den Erben ist lediglich der Anfang, aber der freiwillige, auf Handlungs- und Willensfähigkeit beruhende Anfang des Erblassers mit der Erfüllung der Verpflichtungsgrund. Ist der Erblasser willens- oder handlungsunfähig, so gilt auch die angefangene Erfüllung nicht als rechtsgültiger Anfang. Dies ist jedoch praktisch nicht richtig, weil Jemand, der die Erfüllung eines Gelübdes angefangen hat, doch auch über die Mittel dazu muß haben verfügen können, woraus sich denn auch die Gültigkeit des Anfanges insoweit von selbst ergiebt.

7) Es ist richtig, daß ein zweiseitiger Vertrag allemal ein lästiger ist, aber der lästige Vertrag ist nicht immer ein zweiseitiger. Die hier gemeinten Gegensätze sind zweiseitige und einseitige Verträge. Der einseitige Vertrag ist der Urbegriff des Vertrages; er erzeugt nur eine einfache Verbindlichkeit oder Berechtigung mit einer einseitigen Klage (actio directa), so daß nur der Eine Gläubiger und der Andere Schuldner ist. Darum muß nicht die übernommene Schuld untergolten sein; die Vergeltung kann in der Vergangenheit liegen oder in der Zukunft erwartet werden. Wird sie gleichzeitig in der Form der Gegenleistung bestimmt, so entsteht ein zweiseitiger Vertrag, d. i. ein untrennbarer Doppelvertrag, zusammengesetzt aus zwei einfachen, die sich gegenseitig bedingen.

8) Nicht jeder einseitige Vertrag ist ein wohlthätiger (s. die vor. Anm.); wohlthätig ist vielmehr nur ein solcher, bei welchem die Bereicherung des Anderen, ohne alle Vergeltung für den Versprechenden oder Geber, beabsichtigt wird. Die acceptirte Erklärung, wodurch der Eine dem Anderen für eine empfangene bestimmte Dienstleistung als Vergeltung 100 zu geben verspricht, ist gewiß ein einseitiger, denn der Andere hat daraus für seinen Theil nichts zu leisten, zu dulden oder zu unterlassen; aber er ist kein wohlthätiger, denn der Empfänger hat gleichfalls geleistet und erhält nur Vergeltung. Die Definition ist nicht treffend, aber auch in dem Gesetzbuche entbehrlich.

§. 10. Verträge, wodurch unfähige Personen verpflichtet werden sollen, müssen durch die im Gesetze oder vom Richter ihnen bestellten Vormünder[9]) geschlossen werden. (Tit. 4, §§. 20—26.)

§. 11. Soll eine Person, welche durch Willenserklärungen nur Vortheile zu erwerben fähig ist[10]), durch einen von ihr geschlossenen Vertrag zugleich Lasten übernehmen, so hängt die Gültigkeit des ganzen[11]) Vertrages von der vormundschaftlichen Genehmigung ab[11a]).

§. 12. So lange der Vormund[12]) sich noch nicht erklärt hat, kann der andere Theil von dem Vertrage nicht[13]) zurücktreten.

§. 13. Doch steht demselben zu allen Zeiten frei, dem Vormund eine Frist zu bestimmen[14]), binnen welcher er sich über die Ertheilung oder Versagung[15]) seiner Genehmigung erklären müsse.

§. 14. Minderjährige und Verschwender werden in Ansehung der Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen gleich geachtet.

§. 15. Die Unfähigkeit eines Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, nimmt mit der Mittagsstunde desjenigen Tages ihren Anfang, an welchem das

---

9) Die bestellten Vormünder selbst sind die Vertreter der Persönlichkeit des Unfähigen, nicht das Vormundschaftsgericht; auch reicht zur Ungültigkeitserklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrages, der Umstand allein, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben aber nicht eingeholt ist, nicht hin. Pr. 1758 (Plenarbeschl.) v. 22. Juni 1846 (Entsch. XIII, S. 3). Vergl. II, 18, §§. 236—239. Die Fälle, wo die Gesetze etwas Anderes festsetzen, sind Ausnahmen. S. 12 ebend. (5. A.) Namentlich machen die §§. 597 ff. a. a. O. eine solche Genehmigung nicht zur Bedingung der Rechtsgültigkeit, sie beschränken die Legitimation des Vormundes resp. des Kurators nicht. Unten, Anm. 10a zu §. 598, II, 18. Daher hat auch die bedingte Weigerung des Vormundschaftsgerichts, einen von dem Vormunde eines Minderjährigen abgeschlossenen Kaufkontrakt über ein Grundstück zu genehmigen, nicht die Wirkung, daß der Verkäufer von dem Vertrage zurücktreten könne; jene Weigerung des Vormundschaftsgerichts ist ohne allen rechtlichen Einfluß. Erk. des Obertr. vom 8. März 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 263).

10) D. i. ein Unmündiger oder eine Person zwischen 7 und 14 Jahren. Tit. 4, §. 21. (4. A.) Diese Grundsätze sind auch auf Ehefrauen, welche ohne Zuziehung ihrer Männer lästige Verträge geschlossen haben, anwendbar. Vergl. Erk. des Obertr. v. 28. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 33).

11) Des ganzen; der Vertrag ist kein pactum claudicans. S. o. Anm. 34 zu §. 22, Tit. 4. (4. A.) Aber der Andere muß die Erklärung des Vormundes, oder den Verlauf der ihm dazu bestimmten Frist, abwarten. §§. 12, 13. Das Röm. Recht hatte einen anderen Grundsatz: der Handlungsfähige war seinerseits dem nichthandlungsfähigen Kontrahenten unbedingt verbunden und konnte ohne weitere Erklärung des Vormundes mit der aus dem Rechtsgeschäfte entsprungenen Klage belangt werden, und seinerseits nicht zurücktreten. Pr. Inst. de auctor. tutor. (I, 21); §. 9 Inst. de inutil. stip. (III, 19); L. 13, §. 29 D. de act. emt. vend. (XIX, 1); L. 9 pr. D. de auctor., et consensu tutorum (XXVI, 8). Deshalb war er nicht ohne Rechtsschutz bei einem zweiseitigen Vertrage; er konnte den Anspruch durch den Einwand des nicht erfüllten Vertrages abwehren.

11a) (4. A.) Diese Genehmigung kann bei gewagten Geschäften auch nach der Zeit, in welcher die Entscheidung des Wagnisses eingetreten ist, mit Erfolg ertheilt werden. Erk. des Obertr. vom 28. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 34). Vorausgesetzt ist dabei, daß keine Erklärungsfrist bestimmt, oder daß die bestimmte noch nicht abgelaufen war. Hat z. B. ein Handlungsunfähiger eigenmächtig ein Lotterieloos mit einem Anderen zusammengenommen und seinen Antheil am Einsatze dem Anderen, der das Ganze vorgeschossen hat, nicht erstattet, so kann die Genehmigung noch erfolgen, nachdem das große Loos darauf gewonnen worden. Vergl. Anm. 94, Abs. 3 zu §. 238, Tit. 18, Th. II.

12) Der Vorgesetzte, sei er Vormund, oder Vater. Tit. 4, §. 22. Ist ausnahmsweise (Anm. 9) auch die Erklärung des Vormundschaftsgerichtes oder einer höheren Instanz erforderlich, so gilt das Gleiche von dieser. Simon, Rechtsspr., I, S. 300.

13) Nämlich nicht ohne Zustimmung des Unmündigen, wohl aber mit dessen Zustimmung, so lange dem Vorgesetzten der Antrag noch nicht gemacht worden ist. S. o. Anm. 34 zu §. 22, Tit. 4, und unten, Anm. 2 zu §. 387 d. T.

14) Nach Willkür, ohne Mitwirkung des Richters.

15) Erfolgt Versagung, so versteht es sich, daß der Fähige auch seinerseits an gar nichts gebunden ist. Simon, Rechtsspr., I, S. 300. Auch kommt nichts auf die Form der Versagung an. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 163.

Blatt der öffentlichen Anzeigen, dem die gerichtliche Bekanntmachung zuerst einverleibt ist, ausgegeben[16]) worden[17]).

§. 16. Doch kann derjenige, welcher weiß[18]), daß ein Mensch wegen Verschwendung bereits gerichtlich angeklagt sei, aus einem mit demselben auch noch vor der öffentlichen Bekanntmachung geschlossenen Vertrage kein Recht erlangen[19]).

§. 17. Die Unfähigkeit des Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, dauert bis zur Mittagsstunde desjenigen Tages, an welchem die Wiederaufhebung der Vormundschaft verfügt[20]) wird.

§. 18. Bei Minderjährigen endigt sich die Unfähigkeit, lästige Verträge zu schließen, mit dem Anfange desjenigen Tages, an welchem sie die Volljährigkeit erreichen[21]).

§. 19. Die Fähigkeit solcher Personen, die zwar das in den Gesetzen für sie bestimmte volljährige Alter noch nicht erreicht, aber doch das zwanzigste Jahr bereits zurückgelegt haben, ingleichen derer, welche für volljährig erklärt sind, ist gehörigen Orts näher bestimmt. (Th. II, Tit. 18, Abschn. 8.)

§. 20. Pflegebefohlene, welche unter vormundschaftlicher Genehmigung eine eigene Wirthschaft angestellt haben, werden, auch ohne Beitritt des Vormundes, durch solche Verträge verpflichtet, welche zur Führung dieser eigenen Wirthschaft unmittelbar gehören[22]).

§. 21. Pflegebefohlene, welche unter vormundschaftlicher Genehmigung[22a]) sich zu einem gewissen Zwecke oder Geschäfte bestimmt haben, sind fähig, alle Verträge zu schließen, ohne welche sie diese Bestimmung nicht erfüllen könnten.

§. 22. Von den Verträgen der Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind, ingleichen der verheiratheten Frauenspersonen, sind nähere Bestimmungen gehörigen Orts festgesetzt. (Th. II, Tit. 1 u. 2.)

---

16) Harmonirt nicht mit den Grundsätzen über die Publikation von Verordnungen, da Auswärtige bei einiger Entfernung in der festgesetzten Zeit unmöglich Kenntniß erlangen können.

17) Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt nach Publikation des ersten, auf Bevormundung ausgefallenen Urtels, wenn auch der Provokat dagegen appellirt. Man findet die Wirkung zweifelhaft für den Fall, wo das Appellationsurtel auf Abweisung der Provokation ausfällt. Dieser Zweifel erledigt sich durch die Erwägung, daß die Interdiktion durch das erste Urtel ausgesprochen und daß dasselbe provisorisch vollstreckbar ist. Pr.-O. Tit. 38, §. 26. Durch die Interdiktion wird der Interdicirte unfähig und bleibt es so lange, bis sie wieder aufgehoben ist, sei es durch das Appellationsurtel, oder in Folge der Besserung durch den Ausspruch des kompetenten Gerichts. Die in der Zwischenzeit vollzogenen Rechtshandlungen des Prodigus müssen folglich ungültig sein.

18) Oder wissen muß, nach I, 4, §. 19. Vergl. I, 12, §. 33 und Proz.-O. Tit. 38, §. 22.

19) Mit einem solchen Vertrage verhält es sich anders als mit den in der Anm. 16 gedachten Geschäften, wenn das Appellationsurtel auf Abweisung erkennt. Denn der Vertrag des Falles §. 16 ist an sich gültig, er wird nur, wenn die Prodigalitätserklärung wirklich erfolgt, durch die exceptio doli unwirksam.

20) Nicht der Tag, von welchem die Verfügung datirt, sondern der, an welchem sie dem Bevormundeten insinuirt wird, aus gleichem Grunde wie bei der Volljährigkeitserklärung. Pr. des Obertr. 1274, v. 25. Februar 1843 (Entsch. Bd. VIII, S. 384).

21) Nämlich mit dem Anbruche des 25sten Geburtstages. Diese Veränderung wird als Erwerb eines Rechts behandelt. I, 3, §. 46.

22) II, 18, §§. 729 ff. Die Satzung ist unbestimmt. Was ist eine eigene Wirthschaft, und was gehört unmittelbar zur Führung derselben? Das alte peculium profectitium war etwas Aehnliches, aber ein durch den Gegenstand der Verwaltung sehr Bestimmtes. Besteht die eigene Wirthschaft in der Verwaltung eines bestimmten Gutes, so hat man einen gleichen Anhalt wie bei jenem peculium. Wird aber dem Pflegebefohlenem im Allgemeinen die Gründung eines eigenen Hausstandes erlaubt, so kann es recht zweifelhaft werden, ob manche Verträge unmittelbar zur Führung der Wirthschaft gehören. Dies ist dann quaestio facti.

22a) (4. A.) D. h. mit Genehmigung des Vormundes; die Approbation des Vormundschaftsgerichts ist dazu nicht erforderlich. Anm. 94, Abs. 3 zu §. 238, Tit. 18, Th. II.

§. 23. Unverheirathete Frauensperſonen werden, daſern die Provinzialgeſetze keine Ausnahme machen, bei Schließung der Verträge den Mannsperſonen gleich geachtet.

§. 24. Blinde, Taube und Stumme können in ſoweit Verträge ſchließen, als ſie ihren Willen deutlich und mit Zuverläſſigkeit zu äußern vermögen[23]).

§. 25. Sind ihnen aber Vormünder beſtellt[24]), ſo haben ſie wegen der Fähigkeit, Verträge zu ſchließen, die Rechte der Blödſinnigen[25]).

§. 26. In wiefern, und unter was für Erforderniſſen Korporationen und Gemeinen[26]) durch Verträge verpflichtet werden können, iſt nach ihren vom Staate genehmigten Grundverträgen zu beurtheilen.

§. 27. Wo dieſe nichts beſtimmen, iſt auf die wegen der verſchiedenen Arten der Korporationen ergangenen Geſetze Rückſicht zu nehmen.

§. 28. Wo auch dieſe nichts beſonders verordnen, da bleibt es bei den von Verpflichtung der Korporationen überhaupt vorgeſchriebenen allgemeinen Grundſätzen. (Th. II, Tit. 6.)

§. 29. Oeffentliche Kaſſen[27]) können nur unter Genehmigung des vorgeſetzten Departements durch Verträge verpflichtet werden.

§. 30. Iſt nach der Verfaſſung der Kaſſe die unmittelbare Genehmung[28]) des Landesherrn nothwendig, ſo muß das vorgeſetzte Departement denjenigen, der mit der Kaſſe ſich einlaſſen will, vor oder doch gleich bei Abſchließung des Vertrages, bei eigener Vertretung, davon benachrichtigen[29]).

§. 31. Jeder Kontrahent iſt ſchuldig, nach den Eigenſchaften des Andern, welche auf deſſen Fähigkeit, Verträge zu ſchließen, Einfluß haben können, ſich gehörig zu erkundigen[29a]).

---

23) Die phyſiſche Möglichkeit iſt die Grenze. Taube, welche zugleich blind ſind, befinden ſich in dem Zuſtande der Unmöglichkeit. Denn wenn ſie auch durch Worte ihren eigenen Willen ausdrücken können, ſo vermögen ſie doch die Gegenerklärung weder durch Worte, Zeichen noch Schrift zu vernehmen, da ſie die Laute nicht hören und die Zeichen nicht ſehen können, durch das Gefühl aber nur auf eine unzuverläſſige Weiſe, etwa vermittelſt erhöhter Buchſtaben, der Wille des Anderen vernommen werden kann. Wäre dies aber auch möglich, ſo würde doch in dem Falle, wo die ſchriftliche Form erforderlich iſt, die Vollziehung unmöglich bleiben, indem der Taubblinde, wenn er auch ſeinen Namen ſchreiben würde, doch den Inhalt der Schrift nicht erfahren, mithin nicht zur Ueberzeugung kommen können: ob der Inhalt mit ſeinem Willen übereinſtimmte. Solche Perſonen können mithin nur durch Vormünder handeln. R. v. 11. April 1841. (J.M.Bl. S. 151.)

24) Dann ſind ſie *juriſtiſch* handlungsunfähig, und es kommt nichts darauf an, wie im Falle des vor. §. 24: ob und in wie weit ſie ſich zuverläſſig zu äußern vermögen.

25) Mithin die der Unmündigen. I, 4, §. 26.

26) Jede juriſtiſche Perſon iſt eine *fingirte* Perſon, welche eine beſchränkte Rechtsfähigkeit hat, denn ſie kann nur Vermögensrechte und gewiſſe politiſche Rechte haben; ſie iſt aber, aus *natürlichen* Gründen, völlig willens- und handlungsunfähig, gleich einer vernunftloſen phyſiſchen Perſon. Sie wird nur durch den Willen beſtimmter einzelner Menſchen vertreten; wer dieſe ſind, muß für jede zunächſt durch das Geſetz, dem ſie ihr Daſein verdankt, beſtimmt ſein. Dies iſt ihre Verfaſſung.

27) Nämlich fiskaliſche. Die einzelnen Kaſſen ſind immer daſſelbe Rechtsſubjekt, d. i. der Fiskus. Die Vertreter des Fiskus aber ſind nach den verſchiedenen Geſchäftszweigen und Bezirken andere Perſonen. Damit verhält es ſich wie mit einem Bevormundeten, welcher mehrere Vormünder hat, die ſich in die Verwaltung getheilt haben.

28) Soll heißen „Genehmigung". R. v. 29. Dezbr. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Bei Ankäufen von Grundſtücken ſeitens des Fiskus genügt der Konſens des betreffenden Verwaltungschefs zur Berichtigung des Beſitztitels, ohne Vorlegung einer beſonderen k. Ordre. K.O. v. 21. Febr. 1845 (J.M.Bl. S. 70).

29) Wenn die Verfaſſung nicht durch gehörig publicirte Verordnungen bekannt iſt. Außerdem muß ein Jeder die Geſetze kennen.

29a) (4. A.) Das bloße Befragen eines Darlehn und Kredit ſuchenden 22jährigen Menſchen, ob er ſelbſtſtändig ſei, kann als eine „gehörig angeſtellte Erkundigung" nach ſeiner Verfügungsfähigkeit nicht gelten. Vergl. §§. 32, 35 d. T. und §§. 20, 21, Tit. 3; ferner §. 3 des G. vom 2. März 1857 (G.S. S. 111). Erk. des Obertr. v. 1. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 210).

§. 32. Der bloße Mangel der Wissenschaft von der Unfähigkeit des einen Theils soll also dem Andern niemals zu Statten kommen.

§. 33. Wer aber, nach gehörig angestellter Erkundigung, dennoch von einem Unfähigen[30]) zur Schließung eines Vertrages verleitet worden[31]), kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung[32]) fordern.

§. 34. Wer mit einer Person unter achtzehn[33]) Jahren Verträge schließt, kann sich mit der Unwissenheit ihres minderjährigen Alters niemals entschuldigen[34]).

§. 35. Ein Gleiches gilt gegen den, welcher einen Unfähigen bloß auf dessen Versicherung, auch wenn dieselbe eidlich bestärkt würde[35]), für fähig angenommen hat.

§. 36. Wer, seiner Unfähigkeit sich bewußt, einen Andern zur Schließung eines Vertrages verleitet hat, soll als ein Betrüger gestraft werden. (Str.G.B. Th. II, Tit. 21, 23.)

§. 37. Ein Vertrag, welcher wegen der Unfähigkeit des einen Theils[36]) unver-

---

30) Auch auf Schreibunfähige, welche einen Anderen verleiten, sie für Schreibkundige zu halten und mit ihnen zu kontrahiren, finden diese Grundsätze Anwendung. Entsch. des Obertr. XII, 167.

31) Die Anwendung dieses §. bedingt, daß, neben der Thatsache der Kontraktsschließung, dem unfähigen Schuldner solche, wenn auch nicht eben betrügliche Handlungen nachgewiesen werden können, welche den Entschluß des Anderen, sich mit ihm in ein Geschäft einzulassen, bestimmt haben. Pr. 683, v. 10. Juni 1839. Wirklich betrügliche Handlungen haben nur auf die Bestrafung Einfluß. §. 36. — Bei dem Dolus des Unfähigen ist es auch unerheblich: ob der Irrthum vermeidlich war, ob nicht; denn der Dolus des Einen absorbirt das Versehen des Anderen. I, 4, §. 84 und I, 6, §. 10. Nicht entgegen ist II, 2, §. 35, denn dort wird gerade auf die §§. 33—36 und I, 6, §. 10 Bezug genommen, wonach nicht Dolus und keine Ausnahme von der Regel vorhanden sein muß. Zwei Ausnahmen machen aber gerade die beiden §§. 34 u. 35.

32) Nur die actio doli ist gegeben, das Geschäft wird nie gültig durch den Dolus des Unfähigen. Der Rechtsstand ist nach L.R. ein anderer als nach R. R. Nach R. R. war das von einem Minderjährigen eingegangene Geschäft gültig, und man kam ihm nur zur Hülfe mit der restitutio in integrum. Die Restitution wurde ihm aber versagt, wenn er dolose gehandelt hatte, mithin blieb es bei dem Rechtsgeschäfte. L. 2 und 3 C. si minor se majorem dixerit (II, 43). Das L. R. erklärt das Geschäft geradezu für ungültig wegen Mangels der Handlungsfähigkeit, der Dolus des Unfähigen kann ihm die fehlende Eigenschaft nicht verschaffen, folglich kann das Geschäft durch den Dolus nicht gültig werden.

33) Wenn der Dolus des Unfähigen die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung begründen soll, so muß der andere Kontrahent selbst nicht in dolo sein; er muß sich in der That irren und dieser Irrthum muß verzeihlich sein, d. h. ex adspectu corporis nicht berichtigt werden können. L. 32 D. de minor. (IV, 4); L. 3 C. si minor se majorem dixerit (II, 43). Wer eine unreif aussehende Person für großjährig hält, versieht sich gröblich, und ein grobes Versehen steht dem Dolus gleich. Dann tritt Kompensation des Dolus ein, mithin hat der angeblich Hintergangene von dem dolose handelnden Unfähigen nichts zu fordern. Sehr verständig setzt das L.R. hier ein gewisses Alter fest, unter welches immer fingirt wird, der Andere sei selbst in dolo oder culpa lata gewesen.

34) Entschuldigen. Der Ausdruck ist unpassend. Die Lage ist die, daß die actio doli durch den Dolus des Unfähigen begründet ist. Dieser Klage steht die exceptio doli entgegen, und gegen diese soll nicht die Entschuldigung des Irrthums gelten, wenn der Unfähige noch nicht 18 Jahre alt ist.

35) In diesem Falle versagte die L. 3 C. si minor se majorem (II, 43) unbedingt die Restitution. Nach unserem §. kommt auf einen solchen Eid gar nichts an; der Fähige muß, wenn er den Vorwurf des Dolus oder der groben Fahrlässigkeit (Anm. 33) von sich abwenden will, anderen Nachweis fordern und sich nicht mit der bloßen Versicherung des Unfähigen und dem adspectus corporis begnügen.

36) Es gilt kein Unterschied zwischen einer gänzlichen Willensunfähigkeit, wie sie den Kindern und Wahnsinnigen eigen ist, und der relativen Handlungsunfähigkeit der Unmündigen, Minderjährigen, Blödsinnigen und Verschwender; denn auch deren lästige Verträge sind ganz ungültig, wenn sie nicht von dem Vorgesetzten genehmigt werden. Anm. 11. Die Praxis bezieht den Satz auch gleichförmig auf Verträge der Letzteren, so daß solche Verträge nicht etwa durch jedes selbst stillschweigende Anerkenntniß (das wäre nämlich die praktische Folge), sondern nur durch ein nach dieser Vorschrift beschaffenes Anerkenntniß zur Wirksamkeit gelangen können. S. die folgende Anm. Außerdem erzeugen sie nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit. L. 41 D. de cond. ind. (XII, 6); §. 3 J. quib. mod. obl. tollit.

bindlich ist, erlangt durch ein nach gehobener Unfähigkeit erfolgendes Anerkenntniß [36a]) nur in sofern verbindliche Kraft, als dies Anerkenntniß selbst für einen neuen rechtsgültigen [37]) Vertrag angesehen werden kann.

§. 38. Ein solcher neuer Vertrag erstreckt sich nur alsdann auf den Anfang des Geschäftes zurück, wenn dieses zugleich ausdrücklich verabredet worden [38]).

II. Gegenstände.

§. 39. Ueber alles, was der Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung sein kann, können auch Verträge geschlossen werden [38a]). (Tit. 4, §§. 5—19.)

a) Verträge über die Handlungen oder

§. 40. Verträge, durch welche Jemand die Handlung [39]) eines Dritten verspricht, verpflichten denselben in der Regel nur, seine Bemühung zur Bewirkung der versprochenen Handlung anzuwenden [40]).

---

36a) (4. A.) Wenn ein Großjähriger einen Wechsel, welcher über eine in seiner Minderjährigkeit von ihm kontrahirte Schuld auf ihn gezogen worden ist, acceptirt, so enthält dies zugleich ein rechtsgültiges Anerkenntniß dieser Schuld. Erk. des Obertr. vom 10. März 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 57).

37) Daraus folgt Zweierlei: 1. Ein stillschweigendes Anerkenntniß ist ganz unwirksam, es ist eine ausdrückliche Erklärung schlechterdings erforderlich. Diesem entspricht das Pr. 1660, v. 6. Dezbr. 1845: „Bei Verträgen, die wegen persönlicher Unfähigkeit des einen Kontrahenten ungültig sind, genügt eine nach erlangter Fähigkeit von demselben erfolgende stillschweigende Genehmigung, z. B. die einfache Annahme einer Zahlung aus dem Vertrage, zur Heilung jenes Mangels nicht." (Entsch. Bd. XII, S. 332.) Das Anerkenntniß muß entweder selbst die wesentlichen Punkte des Geschäfts einzeln in sich aufnehmen und wiedergeben, oder eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Vertrag als Anlage enthalten, mit der bestimmten Erklärung: daß es eben jetzt noch Absicht sei, das Geschäft in allen Stücken, wie solche in dem Relatum niedergeschrieben worden, für gültig anzuerkennen. (Ebd. S. 336.) Es genügt auch nicht, daß der fähig gewordene ehemalige Unfähige den Abschluß des Vertrages als bloße Thatsache einräume, das Anerkenntniß muß auch in der Absicht erfolgen, die verbindende Kraft des Vertrages einzuräumen. Pr. 1510, v. 22. Novbr. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 361). 2. Das Anerkenntniß muß dieselbe Form haben, welche der Vertrag, der durch dasselbe wirksam werden soll, als Konsensualvertrag zu seiner Vollgültigkeit erfordert haben würde; denn ein ungültiger Realkontrakt kann nicht wiederholt werden. Vergl. unten, Anm. 47 zu §. 713, Tit. 11. Dem entsprechend ist das Pr. des Obertr. v. 10. Februar 1838: Das vom Schuldner nach gehobener Unfähigkeit erklärte Anerkenntniß eines während derselben empfangenen Darlehns von mehr als 50 Thlrn. erfordert zu seiner Rechtsverbindlichkeit die schriftliche Form (Entsch. Bd. III, S. 147). Eine einschränkende Ausnahme von dieser Regel macht der Fall II, 2, §. 137, wo die gerichtliche oder notarielle Form positiv gefordert wird.

38) Von selbst kann das neue Geschäft nicht zurückwirken, weil das alte nicht einmal zum constitutum taugte, denn hierzu muß wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sein. Aber verabreden können die Parteien in dieser Hinsicht, was sie wollen. Durch diese Wirkung ex nunc unterscheidet sich dieses Anerkenntniß (eigentlich neue Geschäft) von der bloßen Genehmigung, welche retrotrahirt wird.

38a) (4. A.) Verträge, welche gegen das öffentliche Interesse verstoßen, sind unkräftig. Daher können gesetzliche Verordnungen zum gemeinen Besten durch Privatverträge weder aufgehoben noch abgeändert werden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 27. Oktober 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 292).

39) Hier werden unter Handlungen Leistungen verstanden, das sind Handlungen nicht im Sinne des I, 3, §. 1, sondern im Sinne des I, 2, §. 2, in sofern sie den Gegenstand des Rechtes eines Anderen ausmachen und zu den Sachen im Allgemeinen gehören.

40) Die herrschende Meinung der gemeinrechtlichen Schriftsteller. Das R. R. hatte, wegen der Strenge und Förmlichkeit der Stipulation, die Regel, daß die Stipulation über fremde Handlungen nichtig sei. Dieser Grund fällt heut zu Tage weg, man legt daher ziemlich allgemein das Versprechen einer fremden Handlung so aus, daß der Versprecher sich alle Mühe geben wolle, den Dritten zu der Leistung zu vermögen, wenn nicht etwas Anderes beabsichtigt worden sei. Diese Ansicht ist in diesem §. und im §. 45 bestätigt. Dabei aber ist im Falle unseres §. 40 die Frage: was geschehen solle, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt. Dann kann Viererlei möglich sein: 1. Der Promittent hat seine Mühe redlich aufgewendet, doch fruchtlos; 2. er hat sich in seinen Bemühungen nachlässig gezeigt; 3. er hat sie ganz unterlassen, also sein Versprechen gar nicht erfüllt; 4. er hat nicht nur sein Versprechen nicht erfüllt, sondern noch entgegengewirkt. Hierauf beziehen sich die nächstfolgenden §§. 41—44. Den Gegensatz davon enthält der §. 45.

(4. A.) Das Versprechen eines Beistandes eines schreibunkundigen Kontrahenten bei Abschließung eines Vertrages: daß er die Unterschrift jenes Kontrahenten bei der Aufnahme des gerichtlichen Vertrages bei 1000 Thlr. Konventionalstrafe verschaffen wolle, enthält keine Bürgschaft, da eine Haupt-

§. 41. Kann er dadurch die Handlung nicht bewirken, so ist auch für den andern Theil keine Verbindlichkeit, den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, vorhanden.

§. 42. Vielmehr muß ihm dasjenige, was er auf Rechnung eines solchen Vertrages bereits gegeben oder geleistet hat, zurückgegeben, oder, wenn dies nicht geschehen kann, vergütet werden[41]).

§. 43. Hat der Versprechende keine Mühe angewendet, die versprochene Handlung zu bewirken, so muß er dem andern den aus deren Unterbleibung entstehenden Schaden ersetzen[42]).

§. 44. Ein Gleiches findet statt, wenn der Versprechende durch sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen Schuld daran ist, daß die versprochene Handlung nicht erfolgt[43]).

---

verbindlichkeit fehlt, sondern kann keinen anderen Sinn haben als den, daß er sich bemühen wolle, um die Partei zu jener Handlung der Unterschrift, welche von ihrem freien Willen abhängig, zu bestimmen. Hat er das vergeblich versucht, so ist er dem anderen Kontrahenten nichts weiter schuldig. Erk. des Obertr. vom 12. November 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 65).

41) Beide §§. 41 und 42 entscheiden über den ersten Fall. Der Vertrag fällt zusammen und das Gegebene oder Geleistete kann kondizirt werden.

(4. A.) Wenn ein Käufer zur Berichtigung der Kaufgelder seinem Verkäufer eine Forderung an Zahlungsstatt überwiesen hat, und der Kaufkontrakt demnächst für ungültig erklärt wird, so kann der Käufer nur die Rückgewähr der Forderung, nicht aber die Baarzahlung ihres Betrages verlangen. Erk. des Obertr. v. 7. Jan. 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. V, S. 25).

42) Hierdurch ist eine direkte Entscheidung für den dritten Fall (Anm. 40) gegeben. Sie ist weise. Nach der Regel muß derjenige, welcher sein Versprechen wissentlich nicht erfüllt, dem Anderen das Interesse leisten. Aber worin besteht hier das schätzbare Interesse des Anderen? Es ist ja völlig ungewiß, ob die allergrößte Bemühung den allermindesten Erfolg gehabt hätte. Gewiß ist nur der wirkliche Schade, welchen die Unterlassung der Bemühung verursacht hat, wenn sie einen verursacht hat. Im Uebrigen fehlt der ursachliche Zusammenhang zwischen der Unterlassung und dem gehofften Gewinne; folglich kann der Inhalt der Klage, welche hier die Kontraktsklage ist, nicht größer sein.

Für den zweiten Fall (Anm. 40) ist keine Entscheidung getroffen. Das Richtige nach der Absicht des Gesetzgebers wird sein, daß dieser Fall dem ersten gleich behandelt wird. Denn Bemühungen sind angewendet und die Qualität oder Quantität ist unbestimmbar, auch ist völlig unfaßbar ein Schaden, der aus einer etwas verspäteten oder weniger zudringlichen Bemühung erstanden sein könnte, ja es ist selbst eine Nachlässigkeit (ein Versehen) in der Bemühung nicht begreiflich zu machen, so lange nicht eine normale Beschaffenheit der zu leisten gewesenen Bemühung und eine Differenz zwischen dieser und der geleisteten festzustellen ist. Deshalb kommt die Frage: ob ein Unterschied zwischen einem unvergoltenen Versprechen und einem vergoltenen zu machen sei, in diesem Falle nicht zur Sprache.

(5. A.) Hat der Versprechende erklärt, daß er den Dritten zu der fraglichen Handlung nicht veranlassen wolle, so ist durch diese Erklärung in Verbindung mit der Thatsache, daß der Versprechende bis dahin keine Bemühungen zur Bewirkung der Handlung angewendet hatte, dem Anderen das Recht erwachsen, gemäß §. 43 den ihm aus dem Unterbleiben der Handlung erwachsenen Schaden ersetzt zu verlangen, und der Andere ist dieses Rechts nicht wieder verlustig geworden, wenn auch der Versprechende später den vergeblichen Versuch gemacht haben sollte, der ihm schon lange obliegenden Verpflichtung zur Bewirkung der Handlung zu genügen. Erk. des Obertr. v. 13. Juli 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 363). Diese Anwendung des §. 43 auf den unterliegenden Rechtsfall (der Bekl. war verurtheilt, die Cession einer ihm nicht gehörigen bestimmten Hypothek an den Kläger zu bewirken, oder den Kläger zu entschädigen) ist bedenklich, denn der §. 43 erklärt den Versprechenden nur für schuldig, dem Anderen den aus der Unterbleibung der Mühwaltung entstehenden Schaden zu ersetzen, er fingirt aber nicht, daß die Anwendung der Mühe Erfolg gehabt haben würde und deshalb für die unterbliebene Handlung des Dritten Ersatz zu leisten sei.

43) Dies ist die Entscheidung für den vierten Fall (Anm. 40). Es wird kein Unterschied zwischen einem lästigen und wohlthätigen Versprechen gemacht, mit Recht, weil hier nicht in der Erfüllung gefehlt worden, die ja in der That, durch Anwendung der Bemühungen, geschehen sein kann; sondern weil positiv entgegengewirkt worden und eigentlich eine Beschädigung außer dem Kontrakte durch Versehen zugefügt worden ist. Dabei hat der Umstand, daß das (vielleicht ganz gut erfüllte) Versprechen umsonst gegeben worden, keinen Einfluß, es muß auch in diesem Falle für den durch ein mäßiges Versehen entstandenen Schaden eingestanden werden. Es ist gesagt worden: die Worte „grobes oder mäßiges Versehen" enthielten eben die fragliche Unterscheidung; denn das „grobes" sei auf wohlthätige und das „mäßiges" auf lästige Verträge zu beziehen. Bornemann, Bd. II, S. 415, Note *). Doch wäre das eine willkürliche Beziehung und Unterscheidung, denn diese Verbindung der mehreren

§. 45. Erhellet aus dem Vertrage[44]), daß der Versprechende nicht bloß seine Bemühungen anzuwenden, sondern wirklich für den Erfolg zu stehen übernommen habe, so muß er bei nicht bewirkter Handlung dem Andern vollständige Genugthuung[45]) leisten.

b) über die Sache eines Dritten.

§. 46. Haben beide Theile ausdrücklich[46]) über fremde Sachen oder Rechte einen Vertrag geschlossen, so ist anzunehmen, daß der eine sich nur verpflichten wollen, den Dritten zum Besten des Andern zu einer dem Vertrage gemäßen Handlung zu vermögen[46a]).

§. 47. Kann diese Absicht der Kontrahenten nach dem Inhalte des Vertrages oder nach den Umständen nicht angenommen werden, so hat dergleichen Vertrag keine rechtliche Wirkung[47]).

§. 48. Doch muß Jeder dem Andern dasjenige, was in Rücksicht auf einen solchen Vertrag wirklich gegeben, oder geleistet worden, vergüten.

§. 49. Hat derjenige, welcher die fremde Sache verspricht, für den Erfolg zu stehen, sich ausdrücklich[48]) verpflichtet, so findet die Vorschrift des §. 45 Anwendung.

§. 50. Lag bei dem Vertrage um die Sache oder das Recht eines Dritten eine unerlaubte Handlung von Seiten beider Theile zum Grunde, so fällt der von Einem oder dem Andern daraus schon gezogene Gewinn dem Fiskus anheim.

c) über unmögliche Handlungen.

§. 51. Verträge, wodurch Jemand zu absolut unmöglichen Handlungen oder Leistungen verpflichtet werden soll, sind nichtig[49]).

§. 52. Gleiche Bewandtniß hat es mit der bedingten (hypothetischen)[50]) Un-

---

Grade durch „oder", welche der Schuldner alle leisten soll, ist die gewöhnliche Sprachweise des L.R. Vergl. z. B. I, 11, §. 338.

44) S. Anm. 40. Aus dem Vertrage muß die Absicht des Versprechens sicher hervorgehen. Dieses festzustellen ist Sache der Auslegung; Beweisführung über sonstige Aeußerungen ist nicht zulässig, es kommt lediglich auf den durch die Erklärung ausgesprochenen Willen an.

45) Nämlich das ganze Interesse aus dem unerfüllten Vertrage.

46) Dann gilt wesentlich derselbe Grundsatz wie bei Verträgen über fremde Handlungen, §. 40. Was Rechtens sei, wenn über eine Sache nicht ausdrücklich als eine fremde kontrahirt worden, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des besonderen Falles und Geschäftes. Die Veräußerung einer fremden Sache, z. B., welche beiden Theilen als solche bekannt war, wird wirksam, wenn der Veräußerer nachher die Dispositionsbefugniß erwirbt. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 452. S. auch u. §. 57.

46a) (4. A.) Die Quelle ist die gemeinrechtliche Praxis. Diese hatte angenommen, daß eine promissio facti alieni als ein Versprechen anzusehen, sich Mühe zu geben, den Dritten zu der Leistung des Versprochenen zu vermögen. Glück, Kommentar, Bd. IV, §. 304, S. 208.

47) Ist die Sache nur zum Theil eine fremde und darüber ausdrücklich als über eine theilweise fremde kontrahirt worden, so ist das Geschäft untheilbar und, wenn der Fall des §. 47 eintritt, ganz unwirksam; sonst würde man einen fremden Willen an Stelle des Willens der Parteien setzen. Anders, wenn nicht ausdrücklich als über eine theilweise fremde Sache kontrahirt worden. S. die folg. Anm.

48) Damit soll nicht etwas Anderes als der §. 45 für den Fall, wo über fremde Handlungen kontrahirt worden, bestimmt vorgeschrieben sein, denn in solchem Falle muß gleichfalls der Wille ausgedrückt werden. Auf den Ausdruck selbst kommt nichts an, wenn nur daraus der wahre Wille erhellet. Wenn z. B. Jemand eine theilweise fremde Sache verkauft, übergiebt, und die Gewährleistung übernimmt, so ist kein Zweifel, daß er für den Erfolg einstehen will und muß, wenn er auch diese Worte nicht gebraucht hat. Vergl. das Pr. 437 v. 1837 und dessen Motive. (Entsch. Bd. III, S. 242.)

49) Tritt die Unmöglichkeit erst später ein, so kommen die Grundsätze §§. 364 ff. zur Anwendung. — Im Allgemeinen gilt von unmöglichen Gegenständen das Gleiche, was von unmöglichen Bedingungen. L. 137, §. 6 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 185 D. de reg. juris (L, 17).

(4. A.) Auch ein Erkenntniß auf Unmögliches ist unwirksam. L. 3 pr. D. quae sententiae sine appellatione (XLIX, 8); Erk. des Obertr. v. 8. Febr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 16).

50) Das ist eine solche, welche durch die Natur der besonderen Verhältnisse des Versprechenden oder des Gegenstandes des Versprechens, nicht etwa bloß durch die persönliche Leistungsunfähigkeit, unmöglich ist. Z. B. es macht sich Jemand verbindlich, seine Schwester (Adoptivschwester), oder eine bereits verehelichte Person zu heirathen. Das R. R. stellt solche Bedingungen den unmöglichen völlig

möglichkeit, wenn sie zur Zeit des geschlossenen Vertrages beiden Theilen bekannt, oder beiden unbekannt war.

§. 53. War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtet, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen[51]).

§. 54. Wußte nur derjenige, welcher eine Handlung oder Leistung sich versprechen ließ, daß dieselbe dem Versprechenden unmöglich sei, so hat zwar der Vertrag selbst keine verbindliche Kraft.

§. 55. Hat jedoch der, welcher sich das Unmögliche versprechen ließ, dem Versprechenden in Rücksicht auf den Vertrag bereits etwas gegeben oder geleistet, so ist das Geschäft für eine Schenkung angesehen[52]).

§. 56. In allen Fällen[53]) besteht der Vertrag, wenn darin einem oder dem andern Theile die Wahl gelassen worden, statt des Unmöglichen etwas anderes zu fordern oder zu leisten.

§. 57. Gleiche Bewandtniß hat es alsdann, wenn die bei Schließung des Vertrages obwaltende bedingte Unmöglichkeit bis zu der zur Erfüllung bestimmten Zeit aufhört[54]).

d) über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind.

§. 58. Verträge über Sachen, welche dem Verkehr entzogen worden, sind in so fern gültig, als das Hinderniß gehoben werden kann[55]).

---

gleich. L. 137, §§. 4 u. 6 D. de verb. obl. Das L.R. giebt dafür hier folgende besondere Regeln: Die unmögliche Bedingung ist der einzige Gegenstand, oder sie ist mit einem möglichen alternative verbunden. In dem zweiten Falle gilt der Vertrag unbedingt auf den möglichen Gegenstand (§. 56). In dem ersten Falle hört die bedingte Unmöglichkeit bis zur Erfüllungszeit auf, oder nicht. In jenem Falle besteht der Vertrag (§. 57). Hört sie nicht auf, so ist die Unmöglichkeit entweder Beiden oder nur Einem bekannt oder unbekannt. In jenem Falle ist der Vertrag nichtig (§. 52). War sie nur dem Einen bekannt, so ist dieses entweder der Promittent oder der Promissar. Ist es der Promittent, so ist er gehalten, d. h. der Vertrag besteht, er muß das Versprochene oder das Interesse aus dem Geschäfte leisten (§. 53). Ist der Promissar der Wissende, so ist der Vertrag nichtig und das darauf freiwillig Geleistete gilt für geschenkt (§§. 54, 55).

51) Wenn er nämlich die hypothetisch unmögliche Leistung nicht ermöglichen kann. Der Vertrag ist völlig verbindlich, und es kann mit der Kontraktsklage auf das ganze Interesse geklagt werden. Dies erhellet aus dem Gegensatze §. 54, auch ist dasselbe Prinzip anwendungsweise ausgesprochen in I, 11, §. 40, und eine gleiche Anwendung desselben findet sich im §. 49. Denn dieser Fall, wo Jemand unbedingt eine fremde Sache verspricht, ist eine hypothetische Unmöglichkeit im Sinne des L.R., gleichwie der Fall, wo Jemand sein dem Anderen bekanntes Pferd verkauft, was er unmittelbar vorher schon einem Dritten tradirt hat. Diese Fälle behandelt das R. R. gar nicht als mögliche, sondern nur als schwierige für den Versprecher; denn die Schwierigkeit hat ihre Ursache nur in der bedingten persönlichen Leistungsunfähigkeit, wenn der Dritte die Sache nicht ablassen will. L. 137, §§. 4, 5 D. de verb. obl. (XLV, 1). In beiden hier gedachten Fällen ist es nicht unmöglich, daß der Promittent die Sache von dem Dritten erwerbe und das Pferd wieder zurückkaufe. Deshalb ist der Vertrag bindend.

52) Darauf findet denn auch der Widerruf, ganz wie bei einer Schenkung, Anwendung.

53) Nämlich in allen Fällen der hypothetischen Unmöglichkeit. Auf den §. 51 bezieht sich diese Bestimmung nicht, aus den in der Anm. 138 zu §. 139, Tit. 4 angegebenen Gründen. Bei den hypothetischen Unmöglichkeiten kann das Hinderniß vielleicht durch ungeheuere Geldopfer und Anstrengungen beseitigt werden (Anm. 51). Vergl. §. 67. Deshalb ist die Möglichkeit der Wahl nicht ausgeschlossen, wie bei der absoluten Unmöglichkeit.

54) Der Satz paßt logisch weder zur Theorie von den Wirkungen der Unmöglichkeit, noch zu der von der bloßen Schwierigkeit. Bei der ersten entscheidet die Zeit der Kontraktsschließung, bei der anderen ist die Zeit der Ermöglichung ohne Einfluß. Die Bestimmung ist als eine ganz positive zu betrachten, nicht als ein Prinzip.

55) S. o. Anm. 25 zu §. 14, Tit. 4. Die Verträge gelten immer für bedingte, ohne Unterschied: ob man ausdrücklich oder stillschweigend als über eine solche Sache kontrahirt hat. Kannten aber nicht beide Theile das Dasein des Hindernisses und kann der, welcher es wußte, dasselbe nicht bis zur Zeit der Erfüllung heben (§§. 63, 64), so kommen die Grundsätze über eine bedingt unmögliche Handlung oder Leistung unbedingt zur Anwendung.

§. 59. Doch kann die Erfüllung erst nach wirklich erfolgter Hebung des Hindernisses gefordert werden.

§. 60. Ist dazu eine gewisse Zeit bestimmt, so verliert, nach fruchtlosem Ablauf derselben, der Vertrag von selbst seine Kraft.

§. 61. Ist keine Zeit bestimmt, so muß dieselbe auf Verlangen des einen oder des andern Theils, von dem Richter, nach Bewandtniß der Umstände festgesetzt werden.

§. 62. Hängt die Hebung des Hindernisses von der Handlung eines Dritten ab, zu deren Bewirkung sich einer der Kontrahenten verpflichtet hat, so finden die Vorschriften §§. 40—45 Anwendung.

§. 63. Hat keiner von beiden Theilen sich zur Hebung des Hindernisses besonders verpflichtet, so liegt die Verbindlichkeit dazu demjenigen ob, dem allein das Dasein desselben bekannt war.

§. 64. War das Dasein des Hindernisses beiden Theilen bekannt, so muß derjenige, welcher, wegen eines Mangels in seiner Person, über eine solche Sache den Vertrag nicht schließen kann, für die Hebung des Hindernisses sorgen.

§. 65. Kann auch hiernach die Frage nicht entschieden werden, so ist bei bloß wohlthätigen Verträgen derjenige, welcher den Vortheil genießen will, für die Hebung des Hindernisses zu sorgen verpflichtet.

§. 66. Bei lästigen Verträgen aber haben beide Theile dazu gleiche Verbindlichkeit.

§. 67. Kann, der gehörig angewandten Mühe ungeachtet, das Hinderniß nicht gehoben werden, so findet alles dasjenige statt, was für den Fall, wenn über eine bedingt unmögliche Handlung oder Leistung ein Vertrag geschlossen worden, §§. 52 bis 57 verordnet ist[56]).

§. 68. Verträge über unerlaubte Handlungen gelten eben so wenig[57]), als über unmögliche[58]). e) über unerlaubte Handlungen.

§. 69. Kann jedoch von dem entgegenstehenden Verbotsgesetze Dispensation stattfinden, so gilt von solchen Verträgen eben das, was von Verträgen über Sachen, die dem Verkehr entzogen sind, §§. 58—67 vorgeschrieben ist[59]).

§. 70. Verträge, deren Erfüllung Niemandem einen Vortheil oder Nutzen gewähren kann, müssen auf den Antrag desjenigen, welcher dadurch belastet ist, von dem Richter aufgehoben werden[60]). f) von nutzlosen.

---

56) S. die vor. Anm. Voraussetzung ist, daß der Irrthum, in welchem sich der eine Theil über das Dasein des Hindernisses befunden hat, nicht durch Betrug verursacht worden ist, sonst kommen die über denselben geltenden Grundsätze zur Anwendung.

57) Sie sind also im Falle des absoluten Verbotes nichtig und in jeder Hinsicht unwirksam (§. 51), bedürfen daher keiner besonderen Anfechtung und Nichtigkeitserklärung durch den Richter. Für einen solchen Vertrag wird der Vertrag unter Eheleuten, getrennt von einander zu leben, nicht angesehen, obgleich die eigenmächtige Trennung verboten ist, nach II, 1, §. 176. Pr. des Obertr. v. 31. Jan. 1851, Nr. 2. (Entsch. Bd. XX, S. 143.)

58) Auch die Unterscheidung des absolut und des hypothetisch Unerlaubten kommt hier zur Anwendung. S. den folg. §. 69. Ist das Verbot absolut, und folglich der Vertrag nichtig (Anm. 57), dennoch aber darauf etwas gegeben oder geleistet worden, so kann wegen der entgegenstehenden turpis causa nicht kondizirt werden. Dabei verbleibt es auch, wenn hinterdrein die Handlung allgemein und unbedingt erlaubt wird, nach dem Grundsatze I, 3, §§. 42 u. 43, anwendungsweise ausgesprochen auch im §. 77, II, 1.

59) Verträge über absolut verbotene Handlungen sind von Anfang nichtig; Verträge über unerlaubte, aber von dem Verbote dispensable Handlungen sind gültig, begründen jedoch nur ein bedingtes Verhältniß. Anm. 55. Eine Ausnahme von dem zweiten Theile dieser Regel macht das Ehegelöbniß zwischen Personen, welchen ein obwohl dispensables Ehehinderniß entgegen steht (II, 1, §. 77). Dieses fällt unter den ersten Theil der Regel.

60) Nach der Lehre mancher Neueren, z. B. Leyser, Sp. XL, m. 5, welcher erzählt, sie hätten das Versprechen, welches eine Frau ihrem sterbenden Manne gegeben, daß sie ledig bleiben wolle, aufgehoben; und Glück, Kommentar, Bd. IV, S. 310, wegen der L. 15 D. de servit. (VIII, 1). Die Lehre hat keinen Grund. Nach §. 70 kann förmlich geklagt werden; wird der Belastete verklagt,

ε) von unbestimmten Verträgen.

§. 71. Verträge, deren Gegenstand sich gar nicht[61]) bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkür des Verpflichteten[62]) lediglich[63]) überlassen ist, sind unverbindlich. (§§. 235—240)[64]).

§. 72. Ist die nähere Bestimmung einer unbestimmt übernommenen Verbindlichkeit dem Ausspruch eines Dritten[65]) überlassen worden, so ist der Vertrag gültig, wenn der Dritte den Ausspruch thut[66]).

---

so hat er die exceptio tua non interest. Aber das Interesse muß nicht nothwendig ein Geldinteresse sein.

61) Z. B. bei dem Versprechen, ein Thier zu geben, oder Getreide, ohne Angabe der Gattung und Menge. L. 94, 115 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 69, §. 4 D. de jure dot. (XXIII, 3). — Vergl. unten Anm. 16 zu §. 1047, Tit. 11.

62) Die Bestimmung kann auch nicht der Willkür des Berechtigten lediglich überlassen bleiben, z. B. das Versprechen, zu geben was und wie viel man verlangen werde. Damit würde die Person des Schuldners im Ganzen der willkürlichen Herrschaft unterworfen, also unfrei sein, während nur eine einzelne bestimmte Handlung fremder Willkür unterworfen werden kann. Anm. zu Tit. 2, §. 2. Deshalb kann die Entscheidung eines Streits über die Verpflichtung mit rechtlicher Wirkung nicht in die Willkür des Berechtigten, z. B. bei Verträgen mit dem Fiskus nicht in die Willkür der fiskalischen Behörde gestellt werden; auf richterlichen Schutz kann man im Voraus nicht verzichten.

63) Lediglich. Z. B. wenn ich werde wollen, gebe ich 10. L. 7 pr. D. de contr. emt. (XVIII, 1). Vergl. Tit. 4, §. 108 und Note 9 dazu; ferner I, 11, §. 30. Eine ganz besondere Ausnahme macht der sog. Kauf ad gustum und das pactum displicentiae. Dagegen ist die Bestimmung durch Bezugnahme auf ein Ereigniß (s. einen Fall in Entsch. Bd. XI, S. 173), oder auf das Gutfinden eines Dritten, oder auf den Befund einer bestimmten Gattung und Menge genügend zur Ausschließung der Willkür des Verpflichteten. §. 72. (4. A.) Z. B. ein Vertrag, welcher das Pachtgeld auf eine bestimmte Summe für jeden Brand von Ziegelsteinen festsetzt (Erk. des Obertrib. vom 3. Okt. 1856, Archiv für Rechtsf. Bd. XXII, S. 229); oder die in einem Kauf- und Ausgedingevertrage enthaltene Einigung, daß der Käufer die nicht näher bestimmten, dem Verkäufer, dessen Ehefrau und Kindern zu gewährenden Ausgedingeleistungen nach billigem Ermessen des Verkäufers zu entrichten habe (Erk. des Obertr. vom 15. Februar 1856, Archiv für Rechtsf. Bd. XX, S. 173.) (5. A.) Auch auf den Vertrag eines Grundeigenthümers mit einem Kommissionär, worin Jener Diesem für den Nachweis eines Käufers für sein Grundstück eine Belohnung zusagt, deren Höhe zu bestimmen er seinem Ermessen vorbehält, findet die Vorschrift des §. 71 keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 13. Juni 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 247). Dasselbe hat dabei die Beweiserhebung darüber für erheblich erklärt, daß der Beklagte Dritten gegenüber anerkannt habe, dem Kläger ½ Prozent des Kaufpreises zugesichert zu haben.

64) Diese Vorschrift (§. 71) findet nur in dem Falle statt, wo der Hauptgegenstand eines Vertrages ganz unbestimmt, oder dessen Erfüllung der Willkür des einen Theiles überlassen ist, nicht aber dann, wo nur bei einer Nebenabrede eine solche Mangelhaftigkeit sich zeigt. In dem letzteren Falle bleibt der Vertrag selbst bei Kräften, und es wird nur über den Gegenstand der Nebenabrede nach den sonst vorhandenen gesetzlichen Vorschriften vom Richter befunden. Pr. 961, vom 21. Dez. 1840. Die Fassung ist in den Worten: „oder dessen Erfüllung der Willkür eines Theiles", fehlerhaft. Die Erfüllung darf nur nicht von der Willkür des Verpflichteten abhangen, der Willkür des Berechtigten kann sie völlig gültig überlassen werden. (4. A.) Ein Fall eines aus diesem Grunde ungültigen Vertrages ist z. B. das Versprechen, einem Dritten für den Fall, daß er die Pflegetochter des Versprechenden heirathe, die Hälfte seines Nachlasses zuzuwenden. Denn dieses Versprechen stellt zwar nicht eine Schenkung von Todeswegen, sondern einen lästigen Vertrag, welcher eine Handlung zum Hauptgegenstande hat (unten, Anm. 51, Nr. 2 zu §. 165 d. T.), dar; derselbe ist aber wegen Unbestimmtheit der versprochenen Zuwendung und der Abhängung von der Willkür des Versprechenden unverbindlich, nach der Meinung des Obertr., Erk. v. 5. Oktbr. 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 178). Ein fernerer Fall ist auch ein Kaufkontrakt über das ganze Vermögen, wie es nach dem Tode des Verkäufers sein wird, oder ein Schenkungsvertrag über das künftig bei dem Tode des Schenkers vorhandene Vermögen, indem es lediglich in der Willkür des Verkäufers, beziehungsweise Schenkers, steht: ob alsdann etwas oder gar nichts vorhanden sein wird. Ueber die Gültigkeit einer solchen Schenkung besteht jedoch Meinungsverschiedenheit. S. unten Anm. 48 zu §. 1087, Tit. 11 u. Anm. 22 zu §. 656, Tit. 12.

65) Dieser muß individuell bezeichnet sein, oder die Parteien müssen sich nachträglich über ihn einigen, sonst gilt der Vertrag nicht. L. 25 D. locati (XIX, 2). Eine Ausnahme macht das Versprechen einer Summe zu einem bestimmten Zwecke nach Ermessen von Sachverständigen oder des Richters, z. B. Alimente oder Ausstattung.

66) Dieser zur Bestimmung des Preises einer Sache, oder der Vergütung einer Arbeit bestellte

§. 73. Er kann aber, denselben zu thun, wider seinen Willen nicht angehalten werden[67]).

b) Verträge über den Vortheil eines Dritten.

§. 74. Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein[68]).

§. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien[68a]) beigetreten ist[69]).

---

Dritte ist darum noch nicht als Schiedsrichter, und die Vereinbarung nicht als ein Kompromiß anzusehen. Pr. des Obertr. v. 14. Dez. 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 180). Die Verabredung enthält eine Bedingung. Der Ausspruch eines solchen Dritten macht nur den Vertrag fertig (perfekt), ist aber kein Laudum, welches den ordentlichen Richter ausschließt oder vollstreckbar ist. Pr.-O. Tit. 2, §. 167 ff. Eine Anwendung davon ist Tit. 11, §. 48. Vergl. auch das Pr. des Obertr. vom 7. Februar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 450), und oben Anm. 106 zu §. 105, Tit. 4.

67) Vielmehr bleibt der Vertrag unvollkommen, wenn der Ausspruch nicht erfolgt. I, 11, §. 51. Das gilt auch von einem Kompromisse, wenn der Schiedsrichter nicht vermocht werden kann, seinen Spruch zu fällen. Pr. des Obertr. vom 7. Dez. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 96). Der ordentliche Richter macht eine Ausnahme, wenn auf dessen Ermessen Bezug genommen ist in Fällen, wo es thunlich ist (Anm. 65); dieser ist verpflichtet, seinen Ausspruch zu thun, allenfalls nach Anhörung von Sachverständigen.

68) Die Kontrahenten dürfen gegen einander auf die Erfüllung dieses Vertrages dringen, ohne daß es des Nachweises bedarf, daß sie bei letzterer ein besonderes Interesse haben. Pr. des Obertr. 1571, v. 10. Mai 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 150). Den Beweis dafür entnimmt man (Entsch. Bd. XIV, S. 69) aus I, 4, §. 112, wonach eine Bedingung, daß einem Dritten ein Vortheil verschafft werden soll, erfüllt werden muß. Das ist etwas ganz anderes. Diese Bestimmung entscheidet die Frage: ob die Erfüllung der Bedingung angenommen (fingirt), oder ob sie vielmehr für vereitelt gelten soll, wenn der Dritte den Vortheil ausschlägt. Daraus ist nicht das Allermindeste für die Frage zu entnehmen, ob der Promissar, dem die Leistung an einen Dritten zu dessen Vortheile versprochen worden ist, auf die Erfüllung klagen kann, auch ohne ein besonderes Interesse zu haben. Dies wird im R. R. (L. 38, §. 7 D. de verb. obl. [XLV, 1]; L. 11 D. de obl. et act. [XLIV, 7]; L. 9, §. 4 D. de reb cred. [XII, 1]; §. 4 J. de inutil. stip. [III, 19]) ganz entschieden verneint und auch von neueren Schriftstellern nicht behauptet. Glück IV, S. 564 und bes. der dort all. J. H. Böhmer. Einige waren a. M., z. B. genügt dem Leyser, Med. 519, m. 4, 5, qualecunque interesse, er verlangt nicht, ut specialius ipsius intersit, doch ohne einen Rechtsgrund anzugeben; er beruft sich auf die lex naturalis. Das Obertr. behauptet a. a. O. S. 153, das L.R. habe die Regel des R. R. beseitigt, doch ohne Beweis zu führen. Das L.R. enthält darüber gar nichts; die herangezogenen §. 112, I, 4 und §. 270 d. T. gehören nicht hierher, jeder andere §. würde ebenso passen. Allein deshalb ist der Satz keine juristische Unwahrheit, er ist durch innere Nothwendigkeit geboten und zur Ergänzung des systematischen Zusammenhanges wie zur Befriedigung des praktischen Bedürfnisses ganz unentbehrlich. S. die folg. Anm.

(3. A.) In Beziehung auf die Frage: welche Verträge als zum Vortheile eines Dritten abgeschlossen zu erachten, hat das Obertr. den an sich unzweifelhaften Satz als Pr. angenommen: „Wenn in einem Kaufkontrakte der Käufer sich verpflichtet, einen Theil des Kaufgeldes an einen Dritten auszuzahlen, so begründet dies nicht den Begriff eines Vertrages zum Vortheile eines Dritten im Sinne und mit den Wirkungen der §§. 74 — 77." Pr. 2464, Nr. 1, vom 21. Juni 1853. Dies ist ein Fall des adjectus solutionis causa.

(4. A.) Durch Versendung des Prospekts und Statuts über die Gründung einer Aktiengesellschaft fordern die Unterzeichner des Prospekts Jedweden, welcher den beigefügten Betheiligungsschein ausfüllen und vollziehen will, auf, dadurch und nach Maßgabe jener Urkunden der Gesellschaft beizutreten. Wer also einen, von einer Mittelperson, sei diese ausdrücklich beauftragt oder nur als negotiorum gestor anzusehen, ihm zugekommenen Betheiligungsschein ausfüllt, vollzieht und jener zustellt, hat dadurch eine ihm gewordene Offerte acceptirt, und ist folglich gebunden, wenn auch der Vermittler den Schein den Proponenten noch nicht ausgehändigt hat. Erk. des Obertr. v. 24. Mai 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 106).

68a) (4. A.) Durch einen von allen Interessenten unterschriebenen Auszug aus dem den Vortheil eines Dritten betreffenden Vertrage wird bewiesen, daß der Dritte diesem Vertrage mit Bewilligung der Hauptkontrahenten beigetreten ist (Erk. des Obertr. vom 2. Nov. 1852 (Arch. für Rechtsf. Bd. VII, S. 132).

69) Grundsatz des R. R. ist es, daß ein Vertrag, wodurch einem Dritten ein Vortheil zugewendet werden soll, dergestalt ungültig ist, daß weder der Handelnde, noch der Dritte daraus eine Klage hat. (M. s. die vor. Anm. 68.) In einer Anzahl von Fällen wird jedoch hiervon eine Ausnahme

§. 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Ver-

gemacht, wo dem Dritten ohne Weiteres ein Klagerecht auf unmittelbare Leistung an ihn zugeschrieben wird. Meistens sind die Ausnahmen nur scheinbare, indem das Klagerecht des Dritten sich auf ein anderes Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Kontrahenten zurückführen läßt; in einigen Fällen ist aber der Zusammenhang nicht so klar und es fehlt auch nicht an einer wirklichen Neuerung darunter. (Hierüber s. m. mein Recht der Forderungen, Bd. II, §. 145.) Daraus haben die Neueren eine allgemeine Regel gemacht, wonach der Dritte, ohne Anerbieten seitens der Kontrahenten und ohne Beitritt von seiner Seite, aus dem Vertrage zu klagen berechtigt sein soll. Diese Regel ist in die gemeinrechtliche Praxis übergegangen. Damit war die Strenge des alten Rechts ausgeglichen und für das praktische Bedürfniß gesorgt. Diesen Zusammenhang hebt der §. 75 mit Absicht der Verfasser und gegen die Erinnerung mehrerer Monenten wieder auf, und darum ist der in der vor. Anm. 68 besprochene Satz ganz nothwendig. Der §. 75 giebt die Regel: der Dritte muß Mitkontrahent werden, wenn er ein Klagerecht erwerben will. (5. A. Auf Versicherungsverträge, nach welchen die Zahlung der Versicherungssumme an einen Dritten geschehen soll, findet diese Regel nicht Anwendung. Th. II, Tit. 8. §. 2280 u. Erk. des Obertr. vom 4. Mai 1864, Entsch. Bd. LI, S. 47.) — Dies, nämlich daß der Dritte Mitkontrahent werde, ist zu bewirken weder durch bloße Anstellung der Klage, indem es hier an dem Anerbieten von der anderen Seite fehlt und das Recht schon vor der Klage existent und erworben sein muß (Pr. des Obertr. v. 15. August 1833, Simon, Rechtsspr., Bd. III, S. 172), noch durch Annahme einer Zahlung von einem der Hauptkontrahenten aus dem Vertrage (Pr. v. 17. Mai 1847, Rechtsf. I, S. 167), noch durch Konfirmation des Vertrages von Seiten der Gerichtsobrigkeit, wie solche ehemals besonders in Schlesien bei den bäuerlichen Stellenverkäufen üblich war (Schles. Arch. Bd. II, S. 497); auch ist in dem §. 370, I, 16 kein Grund zu einer Ausnahme von der Regel zu finden. Vielmehr gehört dazu ein mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgter Beitritt zum Vertrage (Pr. 1406 c, vom 27. Januar 1844), welchem eine Aufforderung dazu von Seiten der Kontrahenten vorangegangen sein muß, dergestalt, daß der erfolgte Beitritt des Dritten, ohne solche vorangegangene Aufforderung, den Kontrahenten das Recht nicht entzieht, den Vertrag mit ihrem beiderseitigen Einverständnisse zu ändern oder wieder aufzuheben; nur daß, wenn nur der eine Kontrahent sich etwas zum Vortheile eines Dritten hat versprechen lassen, es auch nur auf die Einwilligung dieses Kontrahenten, nicht auf ein Einverständniß Beider ankommt. Pr. des Obertr. vom 4. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 349). Das Gesetz fordert mithin einen neuen Vertrag zwischen den Hauptparteien oder demjenigen, welcher sich den Vortheil für den Dritten ausbedungen hat, einerseits, und demjenigen, für welchen der Vortheil entstehen soll, und zwar in der Form, welche erforderlich gewesen sein würde, wenn sogleich ursprünglich mit demselben kontrahirt worden wäre. (Die ältere Meinung des Obertr., welche in dem Urtel v. 5. Febr. 1816, Simon, Rechtsspr., S. 118, dahin ausgesprochen ist, daß schon Zahlungsannahme und Beitritt durch Klage das Rechtsverhältniß begründe, ist später ausdrücklich verlassen.) Eine Ausnahme von dieser Regel ist es auch nicht, daß stipulirte Reallasten von späteren Singularsuccessoren der ursprünglichen Kontrahenten, ohne solchen besonderen Beitritt zu dem Vertrage, gefordert werden können und geleistet werden müssen; denn die pacta in rem fallen, bezüglich auf die Nachfolger im Besitze der berechtigten und belasteten Sache, überhaupt gar nicht unter die Grundsätze über Verträge zum Vortheile eines Dritten. (Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 202.) (4. A.) Bei dieser Regel verbleibt es auch, wenn zwischen dem Staate und einer Privatperson über einen das öffentliche Interesse betreffenden Gegenstand, insbesondere über die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Landstraße, ein Vertrag geschlossen worden ist. Erk. des Obertr. v. 24. März 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 127). — (3. A.) Der Verpächter ist in Bezug auf die von seinem Pächter hinsichtlich der verpachteten Sache ausgeübten Besitzhandlungen nicht als Dritter anzusehen, wird vielmehr dabei ipso jure durch den Pächter repräsentirt. (Entsch. des Obertr. Bd. XXVII, S. 317.)

Dagegen ist eine wirkliche Ausnahme von der Regel bei den Gutsüberlassungen der Eltern an Kinder hinsichtlich der in dem Vertrage ausgesetzten Abfindungen für andere nicht zugezogene Kinder, nach langem Schwanken, von der Praxis angenommen. Das Obertr. hat durch Plenarbeschluß (Pr. 1770) vom 25. Aug. 1846 den Satz angenommen: „Wenn ein Vater in dem mit einem seiner Kinder abgeschlossenen Gutsüberlassungsvertrage seinen anderen Kindern Abfindungen ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß er dem Vertrage nicht beigetreten sei." (Entsch. Bd. XIV, S. 68.) (4. A.) Dieser Grundsatz wird auch auf andere Ascendenten ausgedehnt; namentlich ist angenommen, daß auch von der Großmutter zu Gunsten ihrer Enkelin, die nach den Regeln der Intestaterbfolge ihre dereinstige Erbin ist, eine solche Abfindung ohne Zuziehung derselben oder ihres Vaters mit rechtlicher Wirksamkeit ausbedungen werden könne. Erk. des Obertr. v. 28. Juni 1858 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXX, S. 151). — Der Pl.-Beschl. findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Vater diese Abfindungen nicht bloß in Gelde oder anderen Leistungen ausgesetzt, sondern den Gutsübernehmer verpflichtet hat, seinen Geschwistern einen Theil des überlassenen Grundstücks zu übereignen. Erk. d. Obertr. v. 28. Febr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 9). — Man hat auch angenommen, daß der Vater, welcher nach dem

Tode seiner Ehefrau durch Vertrag das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen an eines seiner Kinder übertragen und in diesem Vertrage zugleich die Abfindungssummen der übrigen Kinder festgesetzt hat, nicht berechtigt sei, hiernächst diese Abfindungssummen auf einen geringeren Betrag herabzusetzen. Erk. des Obertr. v. 13. Dezember 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 112).

Für die Fälle, wo der Wille des anweisenden Parens durch dessen Tod unwandelbar geworden, hat der Satz eine innere Begründung. Darauf soll er sich aber nicht beschränken, der Abfindling soll sogleich, noch bei Lebzeiten des Parens, ohne weiteren Beitritt befugt sein; das Gleiche soll nicht bloß vom Vater, sondern auch von der Mutter, nicht allein bei Gutsabtretungen, sondern bei Vermögensabtretungen überhaupt, nicht allein für die Abfindlinge in der elterlichen Gewalt, sondern für jedes auch schon selbstständige Kind, — nach den Gründen — gelten. Die Gründe sind: „Bei diesen Verträgen vertreten die Eltern zugleich ihre sämmtlichen Kinder — nicht bloß der Vater seine Kinder in potestate, sondern alle Kinder — und dasselbe thut die Mutter, der Großvater. Durch sie nehmen also die Kinder, ganz wie der §. 75 es zur Klagbarkeit für dieselben verlangt, mittelbar Theil an der Schließung des Vertrages — und auf diesem Wege, der im §. 87 in sehr erweiterter Weise ausdrücklich anerkannt ist, wird der Rechtsstand dem, was die gemeinrechtlichen Praktiker überhaupt in Betreff des Klagerechts dritter Personen aus Stipulationen zu ihren Gunsten in fremden Verträgen erstrebt haben, ziemlich nahe gebracht." Diese Begründung ist rechtlich unmöglich, sie verstößt gegen das Axiom, daß eine Person nicht gleichzeitig zwei, einander gegenüberstehende Personen vorstellen, daß eine Person in verschiedenen Eigenschaften nicht mit sich selbst einen Vertrag schließen kann, an einem Theile sie für sich und am anderen Theile wieder sie als Bevollmächtigter des Anderen. Anm. 2 zu §. 1 d. T. Die Vorstellung ist freilich so, daß der Gutsabtreter stipulirt: versprichst du zu geben mir 100 und meinem Sohne Joseph 100? und der Gutsannehmer entsprechend zusagt. Dadurch soll es vermieden werden, daß der Abtretende und der Abfindling als Gegentheile erscheinen. Aber so aufgefaßt gehört das Geschäft ja ganz und gar nicht hierher, sondern es ist ein Vertrag, den die Betheiligten selbst in ihrem eigenen Interesse schließen, der eine von den zwei Nebenparteien (Genossen) persönlich, der Andere durch einen Bevollmächtigten. §. 87 vergl. mit §. 89 u. Anm. 76. Allein der vorausgesetzte Fall, wo eine fingirte Stellvertretung angenommen werden darf (Dringlichkeit), fehlt auch ganz und gar (I, 13, §. 119), außerdem ist sie unzulässig, wie das Obertr. selbst ausdrücklich ausspricht im Pr. v. 30. März 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 207), und in der Ausführung selbst wird kurz vorher auch ausdrücklich behauptet, daß das Geschäft allerdings zu den Verträgen gehöre, worin für einen Dritten ein Vortheil ausgemacht worden. Und so ist es in der That. Der Gutsabtreter beabsichtigt ganz und gar nicht, einen Vertrag für seinen Sohn als dessen Vertreter zu schließen, sondern er will seinen eigenen Vertrag für sich selbst, über sein eigenes Vermögen schließen, und thut dies auch. Dann aber sind Vater und Abfindling nicht Genossen, sondern gegenüberstehende Parteien, welche sich vereinbaren müssen. Gehört also der Fall, wie das Obertr. selbst behauptet, unter die Verträge zum Vortheile eines Dritten, so ist man mit der Annahme jenes Satzes über das Ziel weit hinaus gerannt. Man nehme an: Jemand überläßt sein Gut einem Kinde und bedingt aus, daß die Zahlung sogleich und noch vor der Uebergabe geschehen, die Uebergabe aber erst nach geraumer Zeit erfolgen solle; er weist von dem Preise einem andern, völlig selbstständigen Kinde eine Abfindung an. Durch diesen Vertrag ist die Kaufgelderforderung eine unbetagte und unbedingte, nicht von der Uebergabe abhängige, geworden. Der Abfindling fordert die ihm bestimmte Summe — vor der Uebergabe — klagend ein, und der Annehmer kann ihm nicht den Einwand, daß er nicht Mitkontrahent sei, entgegensetzen, nach jenem Satze. Nachher aber finden die Kontrahenten die Aufhebung des Geschäfts — noch vor der Uebergabe — in ihrem Interesse und heben den Vertrag wirklich auf. Da müßte denn also — nach jenem Satze — der nicht zugezogene Abfindling ein Veto haben oder doch seine schon geltend gemachte Forderung ohne Rücksicht darauf, was die Kontrahenten unter sich weiter ausgemacht haben, behalten und durchsetzen können. Oder soll der Parens hier auch wieder der fingirte Bevollmächtigte oder der negotiorum gestor des Abfindlings und als solcher berechtigt sein, das ihm rechtskräftig Eingeräumte wieder wegzunehmen? Diese Konsequenzen möchten kaum einen Vertheidiger finden. Der Hülfsgrund: „sie können noch mehr, sie können die Abfindung zur Bedingung machen", ist gewichtlos. Es ist nicht findbar, wie das mehr sein soll. Auf die Erfüllung der Bedingung kann ja weder der Kontrahent noch der Dritte, dem ein Vortheil zugewendet werden soll, klagen. Es ist unverständlich, was damit bewiesen werden soll. Dem sei wie ihm wolle, so viel ist gewiß, daß diese Ausnahme keine Anwendung findet außer nur bei Gutsüberlassungen der Eltern an eines ihrer Kinder hinsichtlich der Aussetzung von Abfindungen für andere Kinder.

(3. A.) Das Obertr. hat auch später den durch jenen Pl.-Beschl. festgestellten Satz einerseits als eine nur für Fälle des Gutsüberlassungsvertrages zwischen Eltern und Kindern geltende Ausnahme bezeichnet (in einem Erk. v. 25. Mai 1857, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 339, wird jedoch der Pl.-Beschl. auch dann für anwendbar erklärt, wenn nicht einem der Kinder, sondern der Ehefrau das Gut überlassen wird), andererseits zur Abweisung der Konsequenz, daß der Abfindling ohne Rücksicht darauf, was die Kontrahenten noch weiter unter sich abmachen möchten, die angewiesene Abfindung von dem Gutsübernehmer sogleich einzuklagen befugt sei, den beschränkenden Satz hingestellt, daß

trag nach dem Einverständniß[69a]) der Kontrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden[69aa]).

§. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen[69b]), so müssen die Kontrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.

III. Von der Acceptation.

§. 78. Alles, was zur Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung überhaupt gehört, wird auch zur Gültigkeit der Annahme eines Versprechens erfordert.

§. 79. Durch die Annahme eines gültigen Versprechens wird der Vertrag geschlossen[70]).

§. 80. Der Augenblick, in welchem die Annahme gehörig erklärt worden[71]), bestimmt also auch den Zeitpunkt des geschlossenen Vertrages.

---

auch auf diese Verträge der §. 76 Anwendung finde. Erk. v. 13. Oktbr. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 39). Allein da es dabei stehen geblieben ist, daß auch schon bei Lebzeiten des anweisenden Parens, ohne dessen Zustimmung, der Abfindling direkt gegen den Gutsübernehmer aus dem Vertrage, dem er nicht beigetreten ist, auf Zahlung der Abfindung an ihn klagen könne, so ist mit dieser Beschränkung und näheren Bestimmung gar nichts gewonnen; denn die Konsequenz, daß die Kontrahenten in ihrer Willensänderung durch jenen Dritten beschränkt werden können, oder daß eine beliebte Aenderung vereitelt werden kann, wenn der Abfindling ohne Weiteres sofort zu klagen befugt ist und von der Klage unverzüglich Gebrauch macht, — diese abnorme Konsequenz bleibt bestehen. Es fehlt jede Sicherheit der Kontrahenten für die Freiheit in ihrer weiteren Willensbestimmung; es entscheidet lediglich die Prävention: der Abfindling kann möglicherweise die Abfindung ausklagen und betreiben, ehe der anweisende Parens, weil er vielleicht abwesend ist, davon etwas erfährt. (4. A.) Daß der Vater vor der Dazwischenkunft des Abgefundenen zur Abänderung des Vertrages im Sinne des §. 76 befugt sei, hat das Obertr. wiederholt ausgesprochen in dem Erk. v. 22. Mai 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 131). (5. A. In einem jüngeren Erk. vom 20. Novbr. 1863 ist das Obertr. endlich auf den rechten Weg soweit zurück gekommen, daß es zur Klagelegitimation eines solchen Abfindlings, der dem Vertrage des Vaters nicht schriftlich beigetreten ist, eine schriftliche Ueberweisung der Kaufgelder nach §. 253, I. 16, oder eine gültige, d. i. schriftliche Cession der Rechte des Vaters aus den bei der Abschließung des Kaufvertrages mit dem Uebernehmer getroffenen Verabredungen fordert. Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 245.) — Doch hat das Obertribunal jenen Satz von der Stellvertretung auch angewendet auf den Fall, wo ein Verkäufer seiner künftigen, nicht namentlich genannten Ehefrau seitens des Käufers ein Ausgedinge hatte versprechen lassen. „Sie (die Ehefrau)" — heißt es — „wird durch den Ehemann vertreten und der andere Kontrahent, welcher die Gewährung des Ausgedinges versprochen hat, darf sich daher auf den §. 75 nicht berufen. In concreto war zwar der Bauer H. bei Abschluß des Vertrages noch nicht verheirathet. Kein Gesetz entzog ihm aber das Recht, schon im Voraus für seine künftige Ehefrau zu sorgen." (Unjuristisch.) Erk. v. 25. Febr. 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 25).

(5. A.) Ein Gutsliedlöhner, z. B. ein Schäfer, ist nicht berechtigt, die von ihm bestellte Kaution von einem späteren Erwerber des Gutes ohne Weiteres zurückzufordern, wenn dieser ihn im Dienste beibehalten und in dem Kontrakte mit seinem Vorbesitzer die Kaution übernommen hat, ohne daß der Liedlöhner diesem Kontrakte beigetreten ist, wenn auch der Erwerber, dem Liedlöhner gegenüber, die Uebernahme schriftlich anerkannt hat. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1863 (Entsch. Bd. L, S. 335).

69a) (4. A.) Einseitig kann keiner der Kontrahenten einen solchen Vertrag widerrufen, dergestalt, daß der Andere durch den einseitigen Widerruf des Einen gezwungen werden könnte, das, was er dem Dritten vertragsmäßig zu leisten hatte, dem Widerrufenden oder dessen Erben zu leisten. §. 270. Erk. des Obertr. v. 25. Juni 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 31).

69aa) (4. A.) Vergl. Erk. des Obertr. v. 22. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 133), u. die Anm. 69, Abs. 2 a. E.

69b) (3. A.) Auch wenn sonst Schriftform erforderlich, ist es doch nicht nothwendig, daß das Einverständniß der Kontrahenten mit dem Beitritte des Dritten oder der Antrag zum Beitritte an den Letzteren schriftlich erklärt werde. Pr. des Obertr. 2464, Nr. 2, v. 21. Juni 1853.

70) Erst durch die Annahme wird ein Vertrag perfekt. Auch accessorische Verträge, namentlich Bürgschaften und Hypothekbestellungen, machen davon keine Ausnahme, nur kann sie hier ganz formlos geschehen, und deshalb hat eine stillschweigende Annahme bei solchen Verträgen mit der ausdrücklichen gleiche Kraft. §. 81 d. Tit., und Tit. 4, §. 59; Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 235.

71) Vorausgesetzt, daß die Erklärung dem Antragenden wirklich zugegangen ist. Vergl. §. 102 d. T., u. Pr. des Obertr. v. 28. Juni 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 69). — (4. A.) Das gilt auch von gerichtlichen Entscheidungen und Verfügungen. Nur erst durch den Akt der Publikation oder der Insinuation an die betreffenden Interessenten gelangen solche auf eine äußerlich erkennbare Weise zur Existenz und dadurch zugleich zu ihrer rechtlichen Bedeutung und Wirkung, bis zu jenem Akte ist es

§. 81. Handlungen, welche die Annahme des Versprechens voraussetzen, werden einer ausdrücklichen Annahme gleich geachtet[72]).

§. 82. Wenn das, was der eine Theil fordert oder verlangt, von dem andern bewilligt worden, so bedarf es von Seiten des Erstern keiner besondern Annahme[72a]).

§. 83. Durch die Annahme kann Niemand mehr Recht erwerben, als von dem Andern angetragen worden[72b]).

§. 84. Die Annahme muß unbedingt und uneingeschränkt sein, wenn dadurch der Abschluß des Vertrages erfolgen soll.

§. 85. Geschieht die Annahme nur unter Bedingungen oder Einschränkungen, so kann der Versprechende seinen Antrag zurücknehmen.

§. 86. Verträge können nicht nur persönlich oder durch Bevollmächtigte, sondern auch durch Briefwechsel errichtet werden.

§. 87. Soweit[73]) Personen auf dem Grunde einer wirklich aufgetragenen, oder einer zu vermuthenden Vollmacht, die Geschäfte eines Andern zu besorgen berechtigt sind, soweit können sie auch Anträge, die ihm geschehen, in seinem Namen annehmen[74]). (Tit. 13, §. 120[75]) sqq.)

---

dem Richter jederzeit unbenommen, sie noch abzuändern und selbst ganz zurückzunehmen. Erk. des Obertr. v. 7. Okt. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 256).

72) S. o. Anm. 69 zu §. 59, Tit. 4. Damit die formlose Annahme genüge, muß die Erklärung wesentlich auch nichts weiter sein als eine bloße Annahme. Die Anwendungen in der Praxis sind bisweilen falsch, man spricht von Annahme, wo die Erklärung ein Versprechen enthält. So hat man die Annahme eines Schuldscheins über ein erwartetes Darlehn für genügend halten wollen, den Annehmer zur Zahlung des Darlehns verbindlich zu machen, während die Erklärung: ein Darlehn geben zu wollen, doch selbstverständlich das Versprechen und nicht die Annahme eines Versprechens ist, mithin die vorgeschriebene Form erfordert. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 119. — Ebenso hat man behaupten wollen oder doch für zweifelhaft gehalten: ob nicht der, welcher ein Lotterieloos unbestellt zugesandt erhält und nicht zurückschickt, den Einsatz zu zahlen verpflichtet sei, weil darin eine stillschweigende Annahme liege. Ist gleich sehr verkehrt. S. o. die Anm. 70 zu §. 61, Tit. 4. — Gleichfalls ist vorgekommen, daß behauptet worden, Jemand, dem ohne alle Verabredung die Cession einer Forderung zugeschickt worden, die er bei sich liegen lassen, sei dadurch zur Zahlung der Valuta verbindlich gemacht, denn zur Cession genüge eine stillschweigende Annahme. Das freilich, denn die Cession ist bei Forderungen das, was die Tradition bei körperlichen Sachen; aber die Annahme der Tradition ist ja kein Versprechen, etwas zu geben oder zu leisten. S. Pr. des Obertr. 1345, vom 30. Sept. 1843. (Entsch. Bd. IX, S. 213.) (4. A.) Umgekehrt ist, wenn der Andere, dem Jemand eine Offerte unter Vorbedingung einer bestimmten Leistung oder Gegenleistung macht, statt einer förmlich erklärten Annahme sofort die Bedingung der Offerte erfüllt, eben dadurch, mittelst stillschweigender Annahme, der Vertrag zu Stande gekommen, wie das Obertr. in dem Erk. vom 20. Nov. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 146) zutreffend ausführt. Es ist sogar noch mehr geschehen: der zweiseitige Vertrag ist von dem anderen Theile bereits erfüllt und dadurch zum Realkontrakte gemacht worden.

72a) (4. A.) Hierdurch wird die Meinung eines Theiles der gemeinrechtlichen Schriftsteller beseitigt, daß die geschehene Annahme noch von dem Antragenden gutgeheißen, also die Annahme acceptirt werden müsse.

72b) (5. A.) Bei der Veräußerung eines Grundstücks ist daher der Vorbehalt oder die vertragsmäßige Ausbedingung zulässig, daß der Käufer dasselbe nicht ohne Zustimmung seiner Ehefrau mit Schulden oder sonst belasten, noch es ganz oder theilweise ohne deren Genehmigung veräußern solle. Eine solche Vereinbarung erscheint nicht wirkungslos und steht auch den Gläubigern des Käufers entgegen, weil sie nicht mehr Rechte haben, als ihr Schuldner erworben hat. Ist die berechtigte Ehefrau des Käufers ein minorennes Kind des Verkäufers, so hat sie durch Vertretung ihres Vaters unmittelbar die im Vertrage ausbedungenen Rechte erworben und kann die im Wege der Exekution auf das Grundstück genommenen Eintragungen von Forderungen der Gläubiger ihres Mannes für unwirksam und löschungsfähig erklären lassen. Erk. des Obertr. vom 1. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV. S. 11).

73) Denn nicht alle Verträge können durch Stellvertreter geschlossen werden, z. B. Ehe, Erbeinsetzungsverträge.

74) Nur müssen sie selbst nicht auch das Anerbieten machen, da Niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen kann, weil die Parteien sich gegenüberstehen. Anm. 2 zu §. 1 d. T. Dennoch macht eine solche Anwendung von diesem §. 87 das Obertr. bei dem Plenarbeschlusse vom 25. Aug. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 78). S. o. Anm. 69.

75) Muß „119" heißen. R. v. 29. Dez. 1837 (Jahrb. L, S. 469).

§. 88. Außer diesem Falle erlangt durch die Annahme eines Dritten derjenige, welchem das Versprechen geschehen ist, in der Regel noch kein Recht. (Tit. 11, §. 1060.)

§. 89. Ist aber durch die erklärte Annahme ein wirklicher Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Annehmenden[76]) zu Gunsten des Dritten geschlossen worden, so finden die Vorschriften §§. 74—77 Anwendung.

Bestimmung der Zeit der Annahme.

§. 90. Die Annahme eines Versprechens muß, wenn sie gegen den Versprechenden verbindliche Kraft haben soll, zur gehörigen Zeit geschehen[77]).

§. 91. Hat der Antragende einen gewissen Zeitraum zur Erklärung über den Antrag bestimmt, so ist der Andere bis zum völligen Ablauf eines[78]) Zeitraumes zur Annahme berechtigt.

§. 92. Hat der Antragende die Zeit zur Erklärung über den Antrag dem Gutbefinden des Andern überlassen, so kann er dennoch, wenn der Andere zögert, demselben eine Frist zur Annahme bestimmen.

§. 93. Ist jedoch die Bedenkzeit ausdrücklich zu einem gewissen Zwecke verstattet worden, so muß die zu bestimmende Frist so beschaffen sein, daß innerhalb derselben der Zweck erreicht werden könne[79]).

§. 94. Ist bei dem Antrage wegen der Zeit zur Annahme gar nichts bestimmt worden[80]), so muß die Erklärung über einen mündlichen Antrag sogleich, als derselbe geschehen ist, abgegeben werden[80a]).

---

76) Nämlich im eigenen Namen. Dieser §. enthält den Grundsatz zu der Klasse von Fällen, auf welche sich die §§. 87 u. 88 beziehen. In diesen Fällen geschieht die Annahme durch Stellvertretung; der Annehmende oder Kontrahent ist nicht derjenige, welcher die Annahme erklärt, sondern der, für welchen er sie erklärt: dieser ist der Geschäftsherr. Der §. 89 aber setzt eine Vertragsschließung zwischen den Erklärenden selbst voraus, und wenn der Vertrag den Vortheil eines Dritten zum Gegenstande hat, so finden die Grundsätze §§. 74—77 auf ihn Anwendung, wogegen in den Fällen der §§. 87 und 88 die Grundsätze Tit. 13, §§. 119 u. f. zur Anwendung kommen.

77) Aus diesem Grundsatze folgt Zweierlei: 1. Der Antragende ist bis zum Ablaufe der Erklärungszeit einseitig gebunden und muß den Vertrag, bei erfolgender Annahme, gelten lassen, wenn er auch in der Zwischenzeit seinen Willen geändert hätte und diese Aenderung dem Anderen, vor der Erklärung, nicht bekannt gemacht worden. 2. Mit Ablauf der gehörigen Zeit verliert das Anerbieten von selbst seine Kraft, wenn die Annahme bis dahin nicht eingegangen ist; selbst wenn die annehmende Erklärung ohne Verschulden des Annehmenden dem Antragenden zu spät zugekommen wäre (Erk. des Obertr. v. 21. Juni 1860, Entsch. Bd. XLIII, S. 45); es bedarf dann keiner Erklärung des Rücktritts von Seiten des Antragenden. §§. 103 u. 104 verglichen mit 105. Ist zwar angezweifelt, aber von der Praxis in letzter Instanz angenommen, nach dem Pr. des Obertr. v. 31. August 1849: Ein Machtgeber, welchem sein Bevollmächtigter die geschehene Ueberschreitung des erhaltenen Auftrages anzeigt, ist, wenn er diese Ueberschreitung nicht innerhalb der bestimmten Fristen genehmigt hat, durch eine spätere Erklärung das inzwischen von dem dritten Kontrahenten und dem Bevollmächtigten wieder aufgelöste Geschäft sich zuzueignen oder Entschädigung zu fordern, nicht berechtigt. Entsch. Bd. XVIII, S. 220. (4. A.) Ist von dem Obertr. auch in unmittelbarer Anwendung auf den im §. 90 vorausgesetzten Fall für richtig anerkannt worden. Erk. vom 21. Okt. 1859 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 331).

Erfolgt die Annahme später, so ist sie als ein neuer Antrag anzusehen, welchen nun der Andere erst noch entsprechend annehmen muß, wenn der Vertrag zu Stande kommen soll.

Es ist, in Beziehung auf das Zustandekommen des Vertrages, völlig gleichgültig, welche Ursache das Ausbleiben oder die Verspätung der Annahme hat: das Anerbieten erlischt in jedem Falle durch den Ablauf der Zeit. Welche Folgen die zufällige Verspätung, zum Vortheile des umsonst Acceptirenden, haben kann, bestimmt §. 105.

Bei der Annahme einer Erfüllung findet eine Zeit zur Erklärung eines Vorbehaltes nie statt. Pr. 1263, v. 28. Januar 1843 und §. 307 d. T.

78) Muß heißen „dieses". R. v. 29. Dezember 1837. (Jahrb. Bd. L, S. 469.)

79) In dem Falle des vorhergehenden §. 92 nämlich, wo anfangs die Zeit dem Gutbefinden überlassen worden ist. Ist schon dem Antrage eine Fristbestimmung beigefügt, so kann solche ohne Zustimmung des Antragenden nicht verändert werden, weil es eben von ihm abhängt, wie er das Anerbieten stellen will.

80) Die für solchen Fall hier subsidiarisch getroffenen Zeitbestimmungen gelten nicht für die Erklärung eines Vormundes oder Vormundschaftsgerichts über einen Vertrag, welcher mit dem Mündel

§. 95. Ist unter Personen, die an Einem Orte sich aufhalten, der Antrag schriftlich geschehen, so muß die Erklärung darüber binnen 24 Stunden[81]) erfolgen.

§. 96. Ist der Antrag unter Abwesenden schriftlich geschehen, so kommt es auf den Zeitpunkt an, da der Brief an dem Orte, wo der Andere sich aufhält, nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten hat eingehen können.

§. 97. Mit der nächsten fahrenden oder reitenden Post, welche nach diesem Zeitpunkte abgeht, muß der Antrag beantwortet werden.

§. 98. Doch ist, wenn mit der ersten Post keine Antwort erfolgt, der Antragende schuldig, noch den nächstfolgenden Posttag, wegen möglicher Zwischenfälle, abzuwarten.

§. 99. Ist der schriftliche[82]) Antrag durch einen eigenen Boten geschehen, so muß der Antragende den längsten Zeitraum, binnen welchem ein solcher Bote ohne ungewöhnliche Zwischenfälle zurückkommen kann, abwarten.

§. 100. Kommt der Bote in diesem Zeitraume nicht zurück, so muß der Antragende den Andern davon benachrichtigen, und ihm zugleich eröffnen, ob er noch ferner an den Antrag gebunden sein wolle[83]).

---

selbst bereits abgeschlossen ist, sondern dergleichen Vorgesetzte sind darin unbeschränkt und der Fähige bleibt an den einmal vorgelegten Vertrag seinerseits gebunden, bis er nachträglich eine Frist bestimmt hat und diese, ohne daß die Genehmigung erfolgt, abgelaufen ist. §. 13 d. T., und Entsch. des Obertr. Bd. XIV, S. 185. Vergl. auch den Rechtsfall in Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 302.

80a) (4. A.) „Widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist", fügt das H.G.B. Art. 318 hinzu. Der §. 94 d. T. setzt das als ganz selbstverständlich voraus.

81) Darunter wird, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, ein Tag verstanden, mit der Bedeutung, daß nicht a momento ad momentum gerechnet wird, sondern dem, welcher sich erklären soll, außer dem Tage, an welchem er den Antrag erhalten hat, noch der ganze folgende Tag zu Statten kommt. I, 3, §. 47. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 395.

82) Oder mündliche; denn auch durch die mündliche Willenserklärung mittels eines Boten kann ein Vertrag zu Stande kommen. Dieser Bote ist nicht etwa als der Stellvertreter beider Theile zu betrachten (Anm. 2 zu §. 1 d. T.), er tritt vielmehr auf als der Beauftragte des Absenders und schließt als solcher den Vertrag mit dem Anderen. Auf diesen Fall sind jedoch die Bestimmungen der §§. 99 und 100 über die Folgen der verspäteten Rückkehr unanwendbar, vielmehr kommen die Grundsätze über die Vertragsschließung durch einen Beauftragten zur Anwendung.

Die neuere Zeit hat noch ein anderes Mittel der Vertragsschließung unter Anwesenden geschaffen: den Telegraphen. Dieser Fall ist auf gleiche Linie zu stellen mit dem schriftlichen Antrage unter Anwesenden (§. 95); denn ein Fall der mündlichen Anfrage ist es nicht und die Bestimmungen über den Postenlauf passen darauf gar nicht. (4. A.) Aber wegen des Mangels der Unterschriften ist hinsichtlich der Bündigkeit der Anfrage und Antwort der Fall doch nur einer mündlichen Verhandlung gleich zu achten, wenn nicht die Depesche von dem Absender eigenhändig unterschrieben worden ist. Man muß deshalb unterscheiden. Der §. 21 des Telegraphen-Regl. verlangt nämlich, daß jede zu befördernde Depesche im Texte ohne Wortabkürzungen und deutlich geschrieben sei, auch den Namen des Absenders enthalte. Die Form ist dahin vorgeschrieben, daß der Absender die Adresse obenan zu setzen, hierauf den Text und am Schlusse die Unterschrift folgen zu lassen hat. Dieses Original bleibt nach §§. 35 u. 36 in Verwahrung der Telegraphenbeamten. Diese Vorschriften sind bloße Instruktion für die Beamten und es ist nicht vorgeschrieben, daß der Absender die Depesche eigenhändig unterschrieben haben müsse und wenn es vorgeschrieben wäre, würde die Vorschrift undurchführbar und zweckwidrig sein; es ist nicht mehr erforderlich, als eine schriftliche Vorschrift, deren Inhalt telegraphirt wird und welche demnächst zum Ausweise aufbewahrt wird. Ist nun diese Vorschrift von dem Aufgeber eigenhändig unterschrieben, so hat sie unbedenklich den rechtlichen Werth eines von dem Absender unterschriebenen Briefes, dessen Inhalt der Briefsteller dem Adressaten durch eine Mittelsperson vorlesen oder sonst wie eröffnen läßt. Ist hingegen die vorgeschriebene Depesche von dem Absender nicht eigenhändig unterschrieben, so ist der Antrag nur ein mündlicher. — (4. A.) Hiermit stimmt die Praxis des Obertr. überein, indem dasselbe den Rechtssatz ausgesprochen und angewendet hat: Ein mittelst telegraphischer Korrespondenz geschlossener Vertrag ist als schriftlicher anzusehen, wenn die Aufgabe-Depeschen von den Kontrahenten selbst unterschrieben sind. Erk. vom 2. Mai 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 59).

83) Unterläßt er dies, so kommt der §. 105 zur Anwendung.

(4. A.) Bei Handelsgeschäften finden die Vorschriften der §§. 94—100 keine Anwendung; die Art. 319—323 des H.G.B. geben dafür besondere Vorschriften.

§. 101. Geschieht der Antrag einer Korporation oder Gemeine, so muß der Antragende auf die Erklärung derselben so lange Zeit warten, als erforderlich ist, daß über den Antrag ein verfassungsmäßiger Entschluß genommen und ihm bekannt gemacht werden könne[84]).

§. 102. In allen Fällen, wo nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, wird dafür gehalten[85]), daß die Annahme in dem Zeitpunkte geschehen sei[85a]), wo der Annehmende alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war.

§. 103. Sobald aber die vorstehend §. 90 sqq. bestimmten Fristen zur Erklärung über den Antrag fruchtlos verlaufen sind[85b]), kann der Antragende zurücktreten[86]).

§. 104. Er muß jedoch demjenigen, welchem der Antrag geschehen ist, unter Gegenwärtigen sofort, unter Abwesenden aber mit der nächsten Post Nachricht geben, daß er den Antrag zurücknehme.

§. 105. Hat er dieses unterlassen, und es findet sich in der Folge, daß der Andere seine Annahme wirklich zu rechter Zeit erklärt habe[87]), so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den zur Erfüllung des Vertrages gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden.

§. 106. Wenn nach geschehenem Antrage, und vor dem Ablaufe der vorstehend bestimmten Fristen, der eine oder der andere Theil verstirbt, so wird durch diesen Tod in den Rechten und Pflichten wegen der Annahme nichts[88]) geändert.

---

84) Dieser §. bezieht sich nur auf die Zeit der Annahme eines Antrages, nicht auf den Fall, wenn ein nicht gehörig legitimirter Bevollmächtigter einer Korporation Namens derselben einen Vertrag wirklich abgeschlossen und darin ausbedungen hat, daß der Vertrag für nicht geschlossen angesehen werden solle, wenn die Genehmigung versagt werden sollte. Alsdann ist der Grundsatz der §§. 230 und 13 bestimmend. Ang. vom III. S. des Obertr. am 6. Februar 1849, in Sachen Castringius wider Ruhr-Kanal-Aktien-Verein. 219 832 III, 48.

85) Es wird fingirt, vorausgesetzt, daß die Annahme dem Antragenden noch vor Ablauf der gehörigen Frist bekannt geworden ist; außerdem ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen. §. 103.

85a) (3. A.) „Der Offerent, der die Annahme der ihm von dem anderen Theile zugesandten, dessen Acceptation enthaltenden schriftlichen Erklärung verweigert hat, kann hierauf allein mit Erfolg nicht den Einwand gründen, daß ein schriftlicher Vertrag nicht zu Stande gekommen sei." Pr. 2571, vom 14. Nov. 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 154). Unter der „Annahme der — schriftlichen Erklärung" ist hier die Empfangnahme des Schriftstückes (Briefes ꝛc.) gemeint, nicht eine Annahme in der Bedeutung der Acceptation; denn eine Acceptation der Acceptation ist zur Perfektion eines Vertrages unter Abwesenden nicht erforderlich. §. 82.

85b) (3. A.) Oder sobald der Antrag abgelehnt ist. Die Ablehnung erfordert in keinem Falle eine schriftliche Form, welche das Ratiborer Appellationsgericht für nothwendig erklärt hat, indem ihm die Zurückweisung der Offerte als die Entsagung eines Rechts, nämlich des Rechts zur Acceptation, vorgekommen ist, wozu nach §. 134 d. T. die schriftliche Form erforderlich sei. Das Obertr. hat die durch solche „unpassende Anwendung des §. 134" motivirte Entscheidung durch Erk. vom 14. April 1856 vernichtet (Entsch. Bd. XXXIII, S. 30).

86) S. Anm. 77. Dieser Grundsatz gilt auch bei nothwendigen Subhastationen in dem Falle, wenn die Subhastationsinteressenten über eine Frist einverstanden sind, binnen welcher sie sich über den Zuschlag (Annahme des Meistgebots) erklären wollen. Geht die Erklärung vor Ablauf der Frist nicht ein, so ist der Meistbietende an sein Gebot nicht mehr gebunden. Entsch. des Obertr. vom 22. Oktober 1836 (Bd. I, S. 275).

87) In diesem Falle ist nämlich die Meinung des Annehmenden, daß der Vertrag wirklich zu Stande gekommen sei, gerechtfertigt, denn er kann nicht wissen, daß Zwischenfälle das Eintreffen seiner Erklärung in der gehörigen Zeit vereitelt haben. Hat der Antragende dann seinen Willen geändert, so soll er den Irrthum des Anderen berichtigen, um Schaden abzuwenden. Ist aber die Erklärung schon nicht mehr zu rechter Zeit abgegeben, so hat der Erklärende keinen Grund zu seiner Meinung und keine Veranlassung, Anstalten zur Erfüllung eines Vertrages zu treffen, von welchem er weiß oder wissen muß, daß er nicht zu Stande gekommen; in diesem Falle hat der Andere nicht nöthig, von seiner Willensänderung Nachricht zu geben.

88) Also auch nichts in Ansehung der Zeit, mithin ist der Antragende nicht verpflichtet, noch die

§. 107. Zielte jedoch der Antrag ausdrücklich nur auf persönliche Begünstigung desjenigen ab, welchem derselbe gemacht wurde, so sind seine Erben zu der von dem Erblasser noch nicht geschehenen Annahme nicht berechtigt.

§. 108. In Fällen, wo wegen des Absterbens eines oder des andern Theils, von einem schon wirklich geschlossenen Vertrage vor der Erfüllung wieder abgegangen werden kann, geht durch den Tod auch das Recht zur Annahme verloren. (§. 415 sqq.)

IV. Form der Verträge.

§. 109. Zur Gültigkeit eines Vertrages gehört, außer der wechselseitigen Einwilligung, auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form[89]).

§. 110. Ist aber die Beobachtung einer Formalität im Gesetze nur unter Androhung einer Strafe verordnet, so bleibt der Vertrag gültig, wenn gleich die Formalität verabsäumt worden.

1. Nach welchen Gesetzen die Form zu beurtheilen sei.

§. 111. Die Form[90]) eines Vertrags ist nach den Gesetzen des Ortes, wo er geschlossen worden, zu beurtheilen.

---

Ueberlegungsfrist hindurch in Ungewißheit zu bleiben. Wird zur gehörigen Zeit acceptirt, so sind die Erben selbst, für ihre Person, als Kontrahenten zu betrachten, denn für den Verstorbenen kann nicht mehr erworben werden und von ihm haben sie weiter nichts geerbt als die Möglichkeit, eine Erwerbung zu machen, wenn sie wollen. Mehrere Miterben müssen jedoch gemeinschaftlich davon Gebrauch machen; acceptirt auch nur Einer nicht in der gehörigen Zeit, so ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen.

89) S. o. die Anm. 36 zu Tit. 3, §. 41. (4. A.) Aus einem nicht bestätigten Ablösungsvertrage z. B. kann weder auf Erfüllung, noch auf Nachholung der mangelnden Form geklagt werden. Erk. des Obertr. v. 12. April 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 110).

90) Locus regit actum. Vergl. §. 148. Ausnahme: §. 115 d. T. S. Einl. §. 33 und die Anm. 44 dazu. Daher kommen bei Verträgen, die zwischen Preußen in der Rheinprovinz errichtet worden sind, in Bezug auf die zur Rechtsgültigkeit des Geschäfts erforderliche Form des Vertrages die Vorschriften des Code civil zur Anwendung. Pr. des Obertr. 532a, vom 23. Sept. 1857. (Entsch. Bd. III, S. 325.) — (3. A.) Auch auf die von Preußen im Auslande, namentlich in Schottland (Gretna-Green), geschlossenen Ehen findet der Grundsatz Anwendung. Pr. des Obertr. 2595, Nr. 1, v. 15. Jan. 1855: „Die Regel locus regit actum (§. 111, Th. I, Tit. 5 A. L.R.) gilt auch für die Beurtheilung der Form einer Eheschließung. (Entsch. Bd. XXIX, S. 380.) — (4. A.) Hinsichtlich der Gültigkeit der Form der von einem Preußen im Auslande erfolgten Eheschließung entscheiden zwar die Gesetze des Ortes derselben; die Zulässigkeit einer gültigen Ehe, die Ehehindernisse und die Folgen davon sind aber nach den inländischen Gesetzen, welchen der Mann durch seinen Wohnsitz unterworfen war, zu beurtheilen. Erk. des Obertr. vom 17. März 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 248). (3. A.) Eine andere richtige Anwendung von dem Grundsatze macht das Obertr. in dem, Entsch. Bd. XXXII, S. 333 mitgetheilten Rechtsfalle, wo zwei Inländer im Auslande (Dresden) sich mit einander verglichen hatten und der Eine, wegen seiner Schreibunfähigkeit, daran nicht gebunden sein wollte. Erk. v. 3. April 1856.

Diese Regel bezieht sich aber nur auf die allgemeine äußere Form. Die besondere Form, welche gewisse Personen, wegen ihres Zustandes, zu beobachten haben, wie z. B. Ehefrauen bei Bürgschaften, richtet sich nach den Personal-Statuten. S. o. Anm. 44 zu §. 33 der Einl., S. 55. Auch in Beziehung auf die Wirkung und den Umfang der Wirkung einer Obligation entscheidet ein anderer Grundsatz. S. ebend. S. 59, Nr. 4.

(4. A.) Die Regel des §. 111 bezieht sich auf die wesentliche Form. Es kommt jedoch vor, daß an dem Orte der Kontraktsschließung die Wirksamkeit eines an sich in der civilrechtlichen Form geschlossenen Kontrakts vor den dortigen Landesgerichten wegen anderer Ursachen nicht anerkannt wird. In England z. B. kann von einer Kontraktsurkunde, welche nicht gestempelt ist und wegen Versäumung der dazu nachgelassenen Frist von vier Wochen auch nicht mehr gestempelt werden darf, vor Gerichten, zur Strafe der Stempelkontravention, kein Gebrauch gemacht werden. Dieser Mangel steht vor preußischen Gerichten der Rechtsgültigkeit des Kontrakts nicht entgegen, weil die Nichtanwendung des Stempels weder nach englischem Rechte noch nach preuß. Rechte ein wesentlicher Formmangel ist. Erk. des Obertr. vom 19. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 45). Vergl. unten die Anmerkung 30a zu §. 149 d. T.

(4. A.) Der locus contractus entscheidet nicht unbedingt über die materiellen Wirkungen, sondern das Recht desjenigen Orts, wo das gegründete Rechtsverhältniß einheimisch ist oder, wie v. Savigny sagt, seinen Sitz hat. Dies ist etwas Thatsächliches, welches aus der Absicht der Kontrahenten festgestellt werden muß. In Anerkennung jenes Prinzips oder — um mit dem Obertribunale zu reden — jener „jetzt durchgehends adoptirten Theorie" hat das Obertr. erkannt, daß ein in Preußen wohnender debitor cessus keinen Anspruch auf einen Vortheil aus der lex Anastasiana habe, die für

1. K.O. v. 19. Juli 1834 (G.S. S. 132).

§§. 1 u. 4. Es wird nachgegeben, daß die zu den Garnisonen der Bundesfestungen Mainz und Luxemburg[90a]) gehörigen diesseitigen Militärpersonen und Beamten, die sich daselbst mit königlicher Erlaubniß aufhaltenden, auf Inaktivitätsgehalt oder Pension stehenden Offiziere, Letztere, so lange sie in Kriminal- oder Injuriensachen den Militärgerichtsstand behalten, deren Ehefrauen, Kinder, Angehörigen, welche als zu ihrem Hausstande gehörig zu betrachten, und Dienstboten mit ihren Ehefrauen und Kindern, in so fern diese Angehörigen und Dienstboten preuß. Unterthanen sind, endlich die Wittwen und geschiedenen Ehefrauen, so lange sich dieselben nach dem Tode ihrer Ehegatten, oder nach rechtskräftig erfolgter Scheidung zum Zwecke der Regulirung ihrer Angelegenheiten und bis diese erfolgt ist, in den Bundesfestungen aufhalten, — mit den Einwohnern gedachter Städte und fremden[91]) Unterthanen, so weit es gültiger Weise geschehen kann[92]), mündlich, unter Privatunterschrift, oder vor einem dortigen Notar, Verträge abschließen können, und wird in diesen Fällen die Gültigkeit derselben, hinsichtlich ihrer Form, in Gemäßheit des §. 111, Tit. 5, Th. I des A.L.R. auch von den diesseitigen Gerichten nach den dortigen Landesgesetzen beurtheilt.

§. 6. Das App. Gericht zu Hamm und das Kreisgericht zu Wesel verwalten die Justiz nach den Vorschriften der allg. preuß. Gesetzgebung, mit Berücksichtigung der Personal- und Realstatute nach §§. 23 und 32 der Einl. z. A.L.R. Mit der zu 4 gedachten Ausnahme, hinsichtlich der Form der Verträge mit Fremden, erkennen sie hinsichtlich ihrer Auslegung und rechtlichen Folgen nach den Grundsätzen des preuß. Rechts[93]), wenn diese Verträge auch mit Fremden, nach den Formen ausländischer Gesetze geschlossen worden, und die aus den, nach den preuß. oder fremden Formen während ihres Aufenthalts in den Bundesfestungen, von den bezeichneten Personen geschlossenen Verträgen erworbenen Rechte und übernommenen Verpflichtungen erleiden durch die später erfolgte Versetzung derselben, oder durch ihren freiwilligen Umzug in das preuß. Staatsgebiet keine Veränderungen, sollten auch die allgemeinen preuß. Gesetze an dem Orte, wo sie ihr neues Domicil nehmen, noch nicht eingeführt sein.

2. K.O. v. 2. Septbr. 1815, s. Zus. 1 zu 1, 3, §. 44.

§. 112. Ist unter Abwesenden ein förmlicher Vertrag errichtet worden, so wird die Form desselben nach den Gesetzen desjenigen Ortes beurtheilt, von welchem das Instrument datirt ist[94]).

---

ihn nicht gelte, wenngleich die Cession im Auslande oder an einem Orte geschehen ist, wo diese lex gilt und dort der Wohnsitz des Cedenten ist. Erk. v. 16. Nov. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX. S. 360 und Entsch. Bd. XL, S. 51).

Auch die Form eines von einem Inländer im Auslande geschlossenen Ehegelöbnisses ist nach den Gesetzen dieses Auslandes zu beurtheilen, nicht aber die Wirkungen; vielmehr sind für die Eingehung der durch das Verlöbniß versprochenen Ehe, und folgeweise für deren Verweigerung die Gesetze des Inlandes, wenn hier der Sitz der Ehe (der erste Wohnsitz der Eheleute) sein sollte, maßgebend. Erk. des Obertr. v. 23. April 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 52).

90a) (5. A.) Luxemburg hat 1867 aufgehört, Bundesfestung zu sein und eine preußische Garnison zu haben.

91) Nach dem argumentum a contrario werden also die Verträge, welche die bezeichneten Personen unter sich schließen, in der im L.R. vorgeschriebenen Form, einzugehen sein. Dadurch sind sie schlechter gestellt als andere Preußen, welche sich nur vorübergehend dort aufhalten. S. das Pr. 35 a in der vorigen Anm. Es wird also angenommen, daß die dort wohnhaften Preußen unter der Herrschaft des L.R. leben.

92) Darüber sollen nämlich die dortigen Rechte entscheiden; die mündliche oder privatschriftliche oder notarielle Form soll nicht unbedingt, sondern in sofern solche nach dortigem Rechte genügt, nachgegeben sein.

93) Diese positive Vorschrift kann die Folge haben, daß ein Rechtsverhältniß von verschiedenen Gerichten nach widersprechenden Rechtsgrundsätzen beurtheilt wird, je nachdem die Sache vor ein dortländisches oder vor ein hierländisches Gericht gebracht wird. Ueber die allgemeinen Grundsätze des preuß. R. hinsichtlich der Frage: nach welchem Rechte ein Rechtsverhältniß und dessen Folgen zu beurtheilen, s. o. die Anm. 44 zu §. 33 der Einl. Diese allgemeinen Grundsätze sind durch die hier gegebene anomale Vorschrift für die Verträge der bezeichneten Personen ausgeschlossen; es wird nicht weiter nach der Absicht der Parteien, und nach dem besonderen Sitze des Rechtsverhältnisses gefragt.

94) Wenn es ohne Datum ist, so kommt es auf das Recht desjenigen Ortes an, wo das Instrument unterschrieben worden ist.

§. 113. Ist aber der Vertrag unter Abwesenden bloß durch Briefwechsel, ohne Errichtung eines förmlichen Instruments, geschlossen worden, und waltet in den Wohnörtern der Kontrahenten eine Verschiedenheit der gesetzlichen Formen ob, so ist die Gültigkeit der Form nach den Gesetzen desjenigen Orts zu beurtheilen, nach welchen das Geschäft am besten bestehen kann [95]).

§. 114. Eben dieses findet statt, wenn der Vertrag von mehreren Orten, welche in Ansehung der Form verschiedene Rechte haben, datirt ist.

§. 115. In allen Fällen, wo unbewegliche Sachen, deren Eigenthum, Besitz oder Nutzung der Gegenstand eines Vertrages sind, müssen wegen der Form die Gesetze des Ortes, wo die Sache liegt, beobachtet werden [96]).

2. Von schriftlichen Verträgen.

§. 116. Verträge, welche vermöge des Gesetzes, oder einer Abrede der Parteien, schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift [97]).

---

95) Zu Stande gekommen ist ein solcher Vertrag an demjenigen Orte, wo der antragende Brief empfangen und zustimmend beantwortet worden ist, gerade so, als wenn der Anfragende dorthin gereist wäre und mündlich angefragt hätte. Die Gesetze dieses Ortes sollen hier aber nicht entscheiden, vielmehr die des Wohnsitzes der Parteien. In der Sache liegt kein Grund, warum es in diesem Falle anders sein soll als in dem des vorhergehenden §. 112. Indeß ist es einmal bestimmt, es ist mithin das Recht des Wohnsitzes der Parteien das anwendbare. Für den Fall eines verschiedenen Rechts am Wohnsitze beider Parteien ist hier eine aushelfende Regel gegeben in der wohlwollenden Absicht, das Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten. Diese kann jedoch nur auf die Form angewendet werden, wie denn hier auch ausdrücklich nur von der äußeren Form Rede ist. Allein der §. 113 spricht doch aus, daß hauptsächlich das Recht des Wohnsitzes der Parteien für die aus einem Rechtsgeschäfte entstehenden Rechtsfragen bestimmend sei; und es liegt gewiß im Sinne dieser Vorschrift, daß dieser Grundsatz auch in anderen Beziehungen, wo es auf die Art der Wirkung des Vertrages ankommt, anzuwenden sei. Daraus folgt, daß bei zweiseitigen Verträgen die Verbindlichkeiten eines jeden Theiles nach dem an dessen Wohnsitze geltenden Rechte zu beurtheilen, wenn nicht ein anderes örtliches Recht der Obligation in der Absicht der Parteien gelegen hat. S. oben Anm. 44, §. 33 der Einleitung.

96) Ausnahme von der Regel §. 111. Ueber unbewegliche Sachen entscheiden also immer die statuta realia auch in Ansehung der Form, mag der Vertrag geschlossen worden sein wo er will. Enthält die besondere örtliche lex rei sitae darüber keine Bestimmung, so ist die schriftliche Abfassung erforderlich, denn das L.R. fordert für alle Verträge über Grundstücke und Grundgerechtigkeiten — folgeweise also auch über Gerechtigkeiten, welche zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden — unbedingt die schriftliche Form. §. 135 d. T.; I, 10, §§. 15—17; I, 21, §. 233. Pr. des Obertr. v. 12. August 1836. (Entsch. Bd. I, S. 263.) Vergl. Bd. XVII, S. 132. (4. A.) Damit ist jedoch nicht gesagt, daß dergleichen Verträge von Ausländern über ein im Inlande belegenes Grundstück nur vor einem diesseitigen Gerichte gültig abgeschlossen werden könnten. Man hat mit der vorgeschriebenen Form die Erfüllung derselben verwechselt und ist dadurch zu der Behauptung gekommen, daß ein gerichtlicher Vertrag, welcher in einem Lande des Gemeinen Rechts nach der daselbst geltenden Geschäftsordnung, also ohne Mitunterschrift der Parteien, vorschriftsmäßig aufgenommen und vollzogen worden ist, in Preußen im Bereiche des A. L.R. nicht gelte. Gegen diesen falschen Rechtssatz ist das Erk. des Obertr. vom 22. Juni 1857 gerichtet. (Archiv, Bd. XXV, S. 234.) Schon vorher hat das Obertr. den Rechtssatz festgestellt, daß die Frage, wie die Form zu erfüllen, weiter nach den Gesetzen des Ortes, wo gehandelt wird, zu entscheiden ist. In den Fällen, wo das A. L.R. einen gerichtlichen Vertrag vorschreibt, bedarf es bei einem von Ausländern im Auslande, nach den dort für die Aufnahme gerichtlicher Verträge geltenden Vorschriften gerichtlich geschlossenen Vertrage, zur Gültigkeit der darin enthaltenen Eigenthumsübertragung eines im preußischen Gebiete belegenen Grundstückes, der Mitunterschrift der Kontrahenten nicht. Pr. v. 4. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 1).

97) Unterschrift. 1. Die Unterschrift muß eigenhändig von der Partei oder ihrem legitimirten Vertreter geschehen. Daß die Namensunterschrift von einem Anderen, mit Wissen und Willen einer Partei, geschrieben worden, und der darauf bezügliche Inhalt des Diffessionseides, ist darüber, ob ein formell gültiger schriftlicher Vertrag vorhanden, noch nicht entscheidend. Pr. 2077, v. 14. Dezbr. 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 457.) Denn die in der Norm des Diffessionseides enthaltene Bestimmung, wonach der Produkt zugleich schwören soll: „daß die Namensunterschrift unter dem ihm vorgelegten Instrumente auch nicht an seiner Statt von einem Anderen mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden sei", schließt die Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit dieser von einem Anderen erfolgten Unterschrift nicht aus. War daher nach den Vorschriften des materiellen Rechts eine schriftliche Vollmacht erforderlich, so muß eine solche auch zur Leistung der Unterschrift ertheilt worden sein. Pr. 1602, vom 23. August 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 477). Das spätere Pr. v. 30. März 1849 sagt

§. 117. In allen Fällen, wo die Parteien den Vertrag schriftlich zu schließen verabredet haben, wird vermuthet, daß nicht bloß der Beweis, sondern selbst die

---

noch ausdrücklicher, No. III: Wenn Jemand eine Urkunde für einen Anderen mit dessen Willen und in dessen mündlichem Auftrage durch dessen Namensunterschrift vollzieht, so ist dieser Andere, dem Dritten gegenüber, dadurch in solchen Fällen noch nicht gebunden, wo die Gesetze einen schriftlichen Auftrag erfordern und eine vermuthete Vollmacht nicht stattfinden lassen. (Entsch. Bd. XVIII, S. 207.) Deshalb erscheint dieser Eid gar nicht unerheblich in den nicht seltenen Fällen, wo die zu diffitirende Urkunde nur die Thatsache irgend einer Erklärung des angeblichen Ausstellers feststellen soll. Nur wo mehr als dies, wo das Dasein eines schriftlichen Vertrages nöthig ist, da ist dieser Theil des Eides unerheblich. (Ebend. S. 480.) — Dies Alles bezieht sich auf den Fall, wenn ein Anderer den Namen der Partei unterschreibt. Anders, wenn ein Anderer im Namen der Partei den Vertrag schließt und seinen eigenen Namen unterschreibt, in Fällen, wo es eines schriftlichen Auftrages bedurfte, und ohne schriftlichen Auftrag, jedoch in der vorgeschriebenen Form gehandelt hat. Dann kann nicht nur durch eine schriftliche, sondern auch durch eine mündlich oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus solchem Geschäfte, dem Dritten gegenüber, entstehen. Pr. 2196 (Pl.-Beschl.) v. 22. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 29). (3. A.) Dieser Pl.-Beschl. hat Veranlassung gegeben, jenen ziemlich einleuchtenden Rechtssatz streitig zu machen. Jemand hatte einen mündlich verabredeten Verkauf durch seinen Sohn aufschreiben lassen, und, statt den Aufsatz zu unterschreiben (§. 118), seinem Sohne geheißen, seinen, des Vaters, Namen darunter zu setzen. Auf diesen Fall wollte der betreffende Senat des Obertr. den Rechtssatz des Pl.-Beschl. v. 22. April 1850 anwenden und den streitigen mündlichen Kaufkontrakt, gegen die einstimmige Meinung der beiden Instanzgerichte, für rechtsverbindlich erklären. Das Plenum des Obertr. hat jedoch, mit richtigem Takte, diese neue Meinung verworfen und als Rechtsgrundsatz ausgesprochen: „Aus einem Kontrakte wird derjenige, dessen Namensunterschrift von einem Anderen, in Folge eines demselben mündlich oder stillschweigend ertheilten Auftrages, geleistet worden, nicht wie aus einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, selbst wenn eine nachträgliche, mündliche oder stillschweigende Genehmigung hinzukommt." Pl.-Beschl. vom 4. Dezbr. 1854 (J.M.Bl. 1855, S. 30 und Entsch. Bd. XXIX, S. 293). In der That sind beide Fälle wesentlich verschieden. Tritt Jemand für einen Anderen als dessen Bevollmächtigter zur Eingehung eines Negotiums auf und schließt er als Stellvertreter unter eigener Namensunterschrift in der gesetzlichen Form ab: so ist das Rechtsgeschäft formgemäß vollzogen. Die Legitimation des Stellvertreters berührt bloß die Frage: ob zwischen dem anderen Kontrahenten und dem Vertretenen ein unmittelbares Verhältniß hergestellt ist. Fehlt es dem Auftrage an der vorschriftlichen Form, so ist damit das Rechtsgeschäft selbst nicht nullifizirt, der Stellvertreter haftet dem anderen Kontrahenten, und der Stellvertreter hält sich ganz einfach an seinen Auftraggeber: dieser muß ihm für den vollzogenen Auftrag, wenngleich derselbe nur mündlich ertheilt war, aufkommen, er muß ihn befreien, und statt dieses Umweges kann der Stellvertreter seine Rechte aus dem Auftrage auch dem anderen Kontrahenten abtreten, wodurch ein unmittelbares Verhältniß zwischen ihm und dem Vertretenen hergestellt ist. Vergl. unten, Tit. 13, §. 9 und die Anmerkungen dazu. So hat Alles seinen juristischen Zusammenhang, während jener Fall, wo Jemand den Namen eines Anderen unterschreibt, völlig unähnlich ist. Der Auftrag zur Unterschreibung eines fremden Namens erfordert dieselbe Form, welche für das Rechtsgeschäft, worüber der Aufsatz lautete, selbst vorgeschrieben ist, wie das Plenum des Obertr. in den Motiven des Beschl. vom 4. Dezbr. 1855 gleichfalls logisch zutreffend ausgesprochen hat.

2. Die Unterschrift muß mit dem Namen des für sich selbst Unterschreibenden geschehen. Zur schriftlichen Form als solcher ist es zwar nicht erforderlich, aber der Beweis der Ernstlichkeit des Willens fehlt in Betracht desjenigen, welcher unter eine schriftliche Erklärung einen fremden Namen setzt. I, 4, §. 54 und Anm. 62 zu §. 52, Tit. 4. Ein richtiger Vorname oder eine fehlerhafte Schreibart des Namens — die bei gemeinen Leuten sehr oft und in ungleichförmiger Weise vorkommt — ist unerheblich. (5. A.) So ist auch erkannt in dem Erk. des Obertr. vom 16. Juni 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 356).

3. Die Unterschrift muß mit den Zeichen einer bekannten Buchstabenschrift vollzogen werden: wendet man andere Zeichen an, so sind die §§. 175 ff. vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten, sonst ist die Erklärung unverbindlich. Anh. §. 5. Vergl. R. v. 27. März und 9. Mai 1818 (Jahrb. Bd. XI, S. 221, 223). Unleserlichkeit einer wirklichen Schrift ist unerheblich, auch ohnehin nur relativ vorhanden.

(5. A.) 4. Die Unterschrift muß unter einen bereits niedergeschriebenen Aufsatz gesetzt werden. Eine Unterschrift in Blanko kann daher einen Beweis des Inhalts einer schriftlichen Willenserklärung nicht liefern; der Beweis und die verbindende Kraft einer solchen schriftlichen Erklärung auch nicht auf andere Weise hergestellt werden. Erk. des Obertr. v. 18. Dezbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI. S. 318 und Entsch. Bd. L, S. 29).

5. Die Urkunde über einen wechselseitigen Vertrag muß von beiden Parteien unterschrieben werden. Folgende Fälle können bei einseitiger Unterschrift vorkommen: a) Es werden zwei gleichlau-

verbindliche Kraft[98]) des Vertrages von der schriftlichen Abfassung desselben abhängen solle.

§. 118. Auch eigenhändig geschriebene Aufsätze sind, vor hinzugekommener Unterschrift, nicht für vollendete Verträge zu achten[99]).

§. 119. Die Besiegelung eines unterschriebenen und ausgehändigten[100]) Instruments aber ist nicht nothwendig[1]), wenn gleich darin der Siegel gedacht wird[1a]).

tende Urkunden gemacht, jede von einem anderen Kontrahenten einseitig unterschrieben und die Exemplare gegeneinander ausgewechselt, wie es bei Völkerverträgen gewöhnlich ist. Hierüber bestimmt der Pl.-Beschl. (Pr. 717), vom 2. September 1839: „Es reicht zur Gültigkeit eines zweiseitigen schriftlichen, in zwei Exemplaren ausgefertigten Vertrages hin, wenn jeder Kontrahent nur dasjenige Exemplar unterschreibt, welches der andere Theil übergeben erhält. Doppelt ausgestellte s. g. Schlußscheine, von denen das eine, seitens des Käufers unterschriebene Exemplar dem Verkäufer, das andere, seitens des Letzteren unterschriebene Exemplar dem Käufer eingehändigt worden, unterliegen — der Stempelsteuer." (Entsch. Bd. V, S. 30.) (4. A. Anwendung: Erk. v. 4. Juli 1850, Arch. f. R. Bd. III, S. 193.) b) Die Auswechselung erfolgt nicht, oder die von dem Einen unterschriebene Urkunde wird dem Anderen nicht ausgehändigt. Dann ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen. §. 119 d. T. und Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 69 u. 71. (4. A. Wieder angenommen in dem Erk. dess. v. 16. Okt. 1860, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 315. Es macht keinen Unterschied, daß die Auswechselung bloß aus Irrthum unterblieben.) c) Der, welcher die Urkunde unterschrieben hat, hat solche dem anderen Theile behändigt. Dann darf derselbe den Mangel der Unterschrift des Letzteren nicht vorschützen. Pr. 292, v. 9. Juni 1837. — Der Andere wird durch die Annahme der Urkunde seinerseits nicht verbindlich. Wenn er aber auf Grund derselben Klage erhoben hat, so kann er den Mangel der schriftlichen Form nicht entgegensetzen, wenn der Bekl. gegen ihn, auf Grund desselben Vertrages, Gegenansprüche erhebt und diese aus dem Inhalte des, wenn auch nur einseitig vollzogenen Instruments abgeleitet werden. Pr. 1046, v. 2. Oktober 1841. Verhält sich der, welcher die von dem Anderen einseitig unterzeichnete Urkunde empfangen hat, ruhig, so befindet sich die Sache in der Lage eines schriftlich gemachten Antrages, zu dessen Annahme eine beliebige Zeit gelassen ist. Dieser Fall steht mit dem, wo der eine Theil unterschrieben, der andere aber, ein Analphabet, unterkreuzt hat, auf gleicher Linie. Der, welcher unterschrieben hat, bleibt einseitig gebunden, bis der Andere den Handel, gleichviel in welcher Form und in welchen Ausdrücken, ausschlägt. Pr. des Obertr. vom 1. Novbr. 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 163). Dieser Ungewißheit kann er dadurch ein Ende machen, daß er dem Anderen nachträglich eine Frist bestimmt, um sich auf eine gültige Weise über die Annahme zu erklären. §. 92 d. T. und Entsch. Bd. XII, S. 165. Der fruchtlose Ablauf der Frist macht ihn wieder frei.

98) Der §. 117 soll einen sehr lange und lebhaft geführten Meinungsstreit der gemeinrechtlichen Juristen entscheiden. Die Geschichte dieses Streites s. m. Recht der Ford. Bd. II, §. 70, S. 57, 2te Ausg. S. 67 ff. Nach pr. J. de emt. (III, 24) und L. 17 C. de fide instrum. (IV, 21) ist in dem vorausgesetzten Falle die Gültigkeit des Vertrages von der Schrift abhängig. Man war einverstanden darüber, daß die Parteien auch verabreden könnten, daß nicht die Gültigkeit, sondern nur der Beweis von der Schrift abhängen solle. Der Streit wurde darüber geführt, was anzunehmen sei, wenn die Parteien sich darüber nicht ausgesprochen hätten. Der §. 117 entscheidet: es solle eine Vermuthung für die Absicht, daß die Gültigkeit von der schriftlichen Form abhängen solle, eintreten. Die Bestimmung ist nicht ganz angemessen. Ist eine Absicht nicht ausgesprochen, so kommt auf dieselbe nichts an; ist aber eine Absicht irgenwie erklärt worden, so ist es Sache der Auslegung, den wahren Willen zu erklären. Der Beweis und Gegenbeweis kann nur auf äußere, in die Sinne fallende Laute, Zeichen und Handlungen, woraus man einen Schluß auf den Willen machen kann, niemals direkt auf geheim gebliebene Gedanken gerichtet werden. Diese Richtung hat aber die im §. 117 gegründete Vermuthung, folglich müßte auch der Gegenbeweis — denn eine Vermuthung regelt nur die Beweislast — direkt geführt werden können und dürfen. Da diese Anwendung nicht stattfindet, so kann der wahre Sinn des §. 117 kein anderer sein, als: bei der vorausgesetzten Verabredung wird angenommen, es solle die Gültigkeit des Vertrages von der schriftlichen Form abhängen, wenn nicht aus der Erklärung ein anderes erhellet. Uebrigens ist der Wirkungskreis der Bestimmung im pr. R. außerordentlich klein, da er nur die Verträge trifft, die an sich mündlich geschlossen werden können.

99) Vergl. o. die Anm. 62 zu Tit. 4, §. 52.

100) Ohne Aushändigung wird selbst der Kontrahent, welcher den von dem anderen Theile vollzogenen schriftlichen Kontrakt zugestellt erhalten und dann gleichfalls unterschrieben, doch aber zurückbehalten hat, nicht gebunden. Pr. des Obertr. v. 28. Juni 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 69). Das gilt freilich nicht in dem Falle, wenn nach der Uebereinkunft beider Theile die von ihnen unterschriebene Urkunde in den Händen Dieses oder Jenes von ihnen bleiben soll; denn Einer kann sie nur haben.

1) Auch der Stoff, worauf und womit geschrieben wird, ist gleichgültig. (4. A.) Es ist wohl

3. Von Punktationen.

§. 120. Eine von beiden Theilen unterschriebene Punktation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche[2]) Bedingungen des Geschäftes erhellet, ist mit einem förmlichen Kontrakte von gleicher Gültigkeit[3]).

§. 121. Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden[4]).

§. 122. Ist zur gerichtlichen Verlautbarung, Bestätigung oder Eintragung eine förmliche Ausfertigung des Vertrages nothwendig, so kann diese nach dem Inhalte der Punktation von dem Richter verfügt werden[5]).

---

behauptet, daß auf Schiefer, Holz und dergl. mit Kreide, Röthel, Schieferstift, ingleichen auf Papier zwar, aber mit Blei-, Roth- und dergl. Stift aufgetragene Schriften keinen Anspruch haben auf den Charakter einer Urkunde. Merkel, willkürliche Gerichtsbarkeit; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XIV, S. 696 (besonders abgedruckt unter dem Titel: das Notariat und die willkürliche Gerichtsbarkeit, Leipzig 1860). Vergl. Gatterer, Abriß der Diplomatie, §. 9, S. 7. Doch giebt es dafür keinen haltbaren Grund. Nach mosaischem Rechte ist die Frage vielfach behandelt. Nach den Rabbinen der Mischnah, VI. Kap. 2, M. 8 darf man Scheidebriefe schreiben mit Tinte, Kreide, Röthel, Gummi, Vitriol, kurz mit Allem, wovon eine leserliche Schrift sichtbar bleibt, und man kann sie auch schreiben auf Alles, was die Schrift annimmt, z. B. auf ein Baumblatt, auf das Horn einer Kuh, die man der Frau giebt, auf die Hand eines Sklaven, den man gleichfalls der Frau giebt; weil nach 5. Mos. 24, 1 das Schreiben und das Geben der Schrift das Wesentliche ist, ganz so wie heutzutage. Nun versteht sich freilich ungesagt, daß das mosaische und talmudische Recht keine unmittelbare Anwendung findet, aber es beweiset, daß schon vor alten Zeiten gelehrte und denkende Männer den Stoff als Nebensache behandelt haben. Der entscheidende Grund für das heutige Recht ist, daß kein Gesetz das Gegentheil vorschreibt, und die Natur der Sache nicht hindert, jeden Stoff, der eine Schrift aufnimmt und dem, welchem solcher gegeben wird, lesbar überliefert, dazu zu verwenden.

1 a) (4. A.) Dies ist der Hauptgegenstand der Bestimmung des §. 119. Denn die ältere Sitte, den Urkunden, namentlich den Privaturkunden, durch Unterstegelung Kraft und Gültigkeit zu geben, war schon vor der landrechtlichen Gesetzgebung in sofern wieder verschwunden, als man die Unterstegelung nicht mehr zur Gültigkeit der Urkunde verlangte. Vergl. Instruktion für die Notarien, vom 11. Juli 1771, §. 9 (N. C. C. Tom. V, Abth. 1, p. 271) und A. G.O. I, 3, §. 30, Nr. 6. a. E. In Frage konnte nur noch kommen, ob und welche Bedeutung und Wirkung der Erwähnung der Besiegelung in dem Schriftstücke beizulegen sei, wenn gleichwohl die Beidrückung des Siegels unterblieben war. Dieses entscheidet der §. 119.

2) Ob über alle Essentialien Bestimmung getroffen ist, muß in jedem einzelnen Falle nach der Natur des Rechtsgeschäfts befunden werden. Z. B. ein Kauf in Pausch und Bogen nach einem Anschlage, der nicht vorhanden, ermangelt der Bestimmung des Gegenstandes (Simon, Rechtsspr. II. 102), denn Pausch und Bogen, und Anschlag oder Inventarium schließen sich aus. Sind aber die Essentialien bestimmt, so darf doch kein Vorbehalt über Nebenabreden gemacht sein, denn dadurch wird der endgültige Konsens eben suspendirt. §. 125.

3) Diese Bestimmung ist nur für die Fälle gegeben, wenn die schriftliche Form zur Rechtsbeständigkeit des Vertrages genügt, gilt aber keineswegs, wenn die gerichtliche oder notarielle Abfassung des Vertrages vorgeschrieben ist. Pr. d. Obertr. v. 1. Oktbr. 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 123). Aber sie gilt für die Fälle des §. 126.

4) Diese Klage kann vor der aus dem folg. §. 122 verb. mit I, 10, §. 17 zustehenden Klage angebracht, sie kann auch mit derselben kumulirt werden, nach Gutfinden, weil sie beide nebeneinander zustehen und keineswegs sich ausschließen, auch eine die andere nicht konsumirt. Der J. M. auch spricht in einem R. vom 11. Mai 1836 (Erg. ad h. §.) die vorgängige Zulässigkeit dieser Klage vor der des §. 122 aus, doch ohne einen juristischen Grund zu geben. Die Abweisung der Erfüllungsklage ist der anderen auch nur dann präjudicirlich, wenn das Geschäft materiell für ungültig erklärt und deshalb der Kläger lediglich abgewiesen wird.

5) Auf die Errichtung eines förmlichen Instruments, als einen Theil der Erfüllung des Kontrakts, muß ordentlich geklagt werden, wenn der Richter helfen soll. I, 10, §. 17; und Hyp.-Ordn. Tit. II, §. 62. Dieser Klage kann nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Andere mit der Erfüllung des Vertrages ganz oder theilweise im Rückstande sei. Pr. d. Obertr. 2069, v. 3. Oktbr. 1848, und Erk. v. 9. Septbr. 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 75). Dagegen sind alle gegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts zulässigen peremtorischen Einreden auch gegen diese Klage zulässig (Pr. des Obertr. v. 1. Juli 1836, Jur. Wochenschr. 1837, S. 217), weil sich solche eben nur auf dieses Rechtsgeschäft gründet, folglich mit demselben zugleich hinfällt; namentlich berechtigt die für den einen Theil vorhandene Unmöglichkeit der Erfüllung des durch die Punktation abgeschlossenen Geschäfts den anderen Theil, den Abschluß eines förmlichen Vertrages auf dem Grunde der Privatpunktation zu verweigern. Erk. des Obertr. v. 12. Juli 1852 (Archiv für Rechtsf. Bd. VI, S. 259). Das kann ju-

§. 123. Weigert ein Theil seine Unterschrift beharrlich, so kann der Richter dieselbe ergänzen.

§. 124. Ist der Gegenstand ein auswärtiges Grundstück, und nach den Gesetzen des Ortes ein von beiden Theilen unterschriebener förmlicher Kontrakt nothwendig, so kann der die Unterschrift beharrlich verweigernde Theil durch Exekution dazu angehalten werden.

§. 125. Fehlen aber in der Punktation wesentliche Bestimmungen, oder haben die Parteien die Verabredung gewisser Nebenbedingungen sich darin[5a]) ausdrücklich vorbehalten[6]), so sind dergleichen Punktationen nur als Traktaten anzusehen.

§. 126. Das von Gerichten oder von einem Notario aufgenommene Protokoll[7]) über einen zu errichtenden Vertrag hat mit einer Punktation gleiche Wirkung.

4. Von mündlichen Nebenabreden.

§. 127. Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden, so muß alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, bloß nach dem schriftlichen Kontrakte beurtheilt werden[7a]).

---

ristisch gar nicht in Frage gestellt werden. (4. A.) Aber den Einwand der Verjährung hat das Obertr. für unzulässig erklärt. Pr. 1437, unten, Anm. 6 zu §. 506, Tit. 9.

Die Ausführung des für den Kläger obsieglichen Urtels geschieht entweder in der Weise, daß der Punktation eine Ausfertigung des Urtels mit dem Atteste der Rechtskraft angehängt wird, wodurch dieselbe authentisch wird; oder so, daß der Prozeßrichter einen Dritten, in Vollziehung des Urtels durch ein Dekret, ermächtigt, den förmlichen Vertrag im Namen des Exequenden mit dem anderen Theile, nach Inhalt der Punktation, gerichtlich oder notariell zu verlautbaren. In diesem Falle darf jedoch die neue Urkunde nichts anderes als die Punktation enthalten, und deshalb muß zur Legitimation des Dritten der Inhalt der Punktation in die Ermächtigung aufgenommen werden.

5a) (5. A.) „Darin", also in der über die Punktation aufgesetzten Schrift. Ist in der, alle wesentliche Bestandtheile eines Kaufs enthaltenden Punktation selbst ein derartiger Vorbehalt nicht gemacht, stellt sich vielmehr in der Urkunde das Geschäft als ein definitiv abgeschlossenes dar, so sinkt die Punktation nicht dadurch zu Traktaten herab, wenn ein solcher Vorbehalt, z. B. daß der Kontrakt erst dann in Gültigkeit treten solle, wenn der Verkäufer die in der Vertragsschrift auf das Kaufgeld vorbehaltlos an Zahlungsstatt angenommene Hypothek für sicher und annehmbar befinden würde, — nur mündlich gemacht ist. Erk. des Obertr. vom 16. November 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 143).

6) S. o. Anm. 2 zu §. 120. Jeder Vorbehalt einer Vereinbarung über irgend einen Punkt suspendirt den endgültigen Konsens.

7) Vorausgesetzt ist die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten eines Protokolls, namentlich derjenigen, welche hinsichtlich der Analphabeten vorgeschrieben sind. „Den über Verträge mit Analphabeten aufgenommenen Notariatsprotokollen, wobei die hinsichts der Unterschrift der Analphabeten gesetzlich angeordnete Form beobachtet worden, kann die rechtliche Wirkung schriftlicher Punktationen nicht um deshalb abgesprochen werden, weil die Ausfertigung der Notariatsurkunde nicht erfolgt ist." Pr. 986, v. 31. Juli 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 300). Es kann auch nicht eingewendet werden, daß ein vorschriftsmäßiges Notariatsprotokoll erst alsdann verbindliche Kraft erlange, wenn in Folge desselben das Dokument förmlich errichtet und vollzogen worden sei. Pr. 1180a, v. 5. August 1842. Der §. 40 der Not.-Ordn. vom 11. Juli 1845 hat für die Zukunft alle derartigen Zweifel beseitigt, auch bedarf es darnach zur Ausfertigung der förmlichen Notariatsurkunde keiner Mitwirkung der Parteien mehr. — Das Pr. des Obertr. v. 1. Oktober 1838 (Anm. 3) bezieht sich nur auf Privatschriften und gilt hier nicht: die fr. Protokolle haben auch in den Fällen, wo gerichtliche oder notarielle Abfassung vorgeschrieben ist, volle Gültigkeit.

7a) (4. A.) Ein Auktionsprotokoll stellt keinen schriftlichen Vertrag dar. Erk. des Obertr. vom 7. Dezember 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 281).

(5. A.) Der Einwand des anders verabredeten als niedergeschriebenen Vertrages wird dadurch nicht dargestellt, daß eine nähere Maßgabe der übernommenen Verbindlichkeit, z. B. die Sicherstellung derselben, vorher nicht ausdrücklich verabredet worden sei. Zu dessen Begründung gehört vielmehr der Nachweis, daß wirklich etwas wesentlich Anderes verabredet als geschrieben sei. Wie die übernommene Verpflichtung in dem auf Grund der mündlichen Abrede niedergeschriebenen Vertrage festgestellt worden, davon sich zu überzeugen, ehe man diesen unterschreibt, ist Sache des Unterschreibenden; und daß er mit seiner Unterschrift alle in der Schrift ausgedrückten näheren Bestimmungen des Verabredeten, soweit sie nicht wesentlich Anderes enthalten, als verabredet worden ist, genehmigt, das liegt im Wesen des schriftlich zu Stande gekommenen Vertrages. Erk. des Obertr. vom 9. Januar 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 34). In einem jüngeren Erk. v. 9. Februar 1864 sagt Dass. wieder: um den schriftlichen Revers unwirksam zu machen, genügt der Nachweis, daß derselbe im Wider-

§. 128. Auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden wird, ohne Unterschied des Gegenstandes [8]), keine Rücksicht genommen [9]).

spruch steht mit dem, was die Kontrahenten in Wirklichkeit verabredet haben, ohne daß auch der Nachweis geführt werden müßte, warum der Vertrag anders niedergeschrieben als verabredet worden. (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 130.) In dieser Allgemeinheit ist der Satz keine Wahrheit, er stößt auch solche Verträge um, welche in Nebenbestimmungen und Modalitäten Abweichungen von der ursprünglichen Verabredung enthalten, was unnachweisbar ist. Es giebt absolut keinen vernunftmäßigen Grund, warum im letzten Augenblick nicht eine Abweichung von der ursprünglichen Verabredung sollte genehmigt und diese Genehmigung durch die Unterschrift verlautbart oder ausgedrückt werden können. Der später abfallende Kontrahent kann daher auf die frühere mündliche Verabredung anders nicht zurückgehen, als daß er die spätere schriftliche Vereinbarung beseitigt, d. h. seine ihm entgegenstehende Genehmigung und Vollziehung des schriftlich verlautbarten Vertrages entkräftet. Dies ist nur möglich, wenn er thatsächliche Momente nachweiset, aus welchen zu schließen, daß es dieser formalen Genehmigung der Schrift an seinem Konsense fehle; sonst ist es eben durch die schriftliche Urkunde nachgewiesen, „was die Kontrahenten in Wirklichkeit verabredet haben". Vergl. auch die folg. Anm. 9, Abs. a.

8) Bezieht sich nicht auf die rechtliche Natur des Gegenstandes, sondern auf dessen Werth, um das Bedenken zu beseitigen: ob nicht mündliche Abreden, neben einem schriftlichen Vertrage, wirksam sein möchten, wenn der Gegenstand nicht über 50 Thlr. werth ist. §. 131.

9) Der §. 128 ist nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen. Pl.-Beschl. (Pr. 1523) des Obertr. v. 31. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 259). Dadurch soll die unjuristische Meinung, daß die „Nebenabrede" sich auf das äußere Verhältniß der Mündlichkeit neben der Schrift beziehe, abgethan und die entgegengesetzte Meinung, wonach der Gegenstand und dessen rechtliches Verhältniß zu den Essentialien des Geschäfts in Betracht kommen, unterstützt werden. Die negative Fassung erledigt aber nicht die Zweifel: in wiefern mündliche Verabredungen, welche in der That nur Naturalien und Accidentalien betreffen, neben der Schrift in Betracht kommen, nämlich wenn die Schrift die wahre Verabredung der Parteien gegen deren Willen nicht aufgenommen hat, oder wann mündliche Abrede eine Nebenabrede im Sinne des §. 128 sei. In einem Erk. v. 17. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 284) drückt das Obertr. sich positiv dahin aus: Die §§. 127—129 beziehen sich lediglich auf Bestimmungen über nicht wesentliche Bestandtheile des Vertrages, hinsichtlich deren in Ermangelung einer ausdrücklichen Einigung der Kontrahenten der schriftliche Vertrag aus den Vorschriften der Gesetze zu ergänzen ist. — Das würden die Naturalien des Geschäfts sein. Aber auch dadurch wird jener Zweifel nicht erledigt. Als Grundsatz ist anzunehmen, daß auch die mündlichen Verabredungen über Abänderung der Naturalien erheblich sind, wenn sie einen Bestandtheil des vereinbarten Vertrages ausmachen und demnächst in der darüber errichteten Urkunde ohne Willen auch nur einer Partei übergangen worden sind. Folgende Anwendungen sind bekannt geworden:

a) Wenn neben einem schriftlichen Vertrage ein Gegenstand, der zu den wesentlichen Erfordernissen des Geschäfts gehört, mündlich abweichend von dem schriftlichen Vertrage vereinbart wird, so begründet eine solche Vereinbarung die Anfechtung eines schriftlichen Vertrages. Auf dieselbe kann also der §. 128 nicht bezogen werden. Pr. des Obertr. 1533, vom 15. Febr. 1845. Der juristische Grund ist, daß der Vertrag anders niedergeschrieben als verabredet worden. Zum Erweise des Anfechtungsgrundes genügt aber nicht die Behauptung, daß die Vereinbarung über gewisse Punkte später in die Urkunde nicht aufgenommen worden sei, denn man kann noch bei der Niederschreibung anderen Sinnes geworden sein; vielmehr muß behauptet werden, daß die Weglassung wider den Willen der Parteien und warum? geschehen sei, z. B. weil die Parteien den Punkt aus Irrthum dem Verfasser nicht kundgegeben, während sie doch übereinstimmend beabsichtigt hätten, die Verabredung zum Bestandtheile des schriftlichen Vertrages zu machen; oder weil der Verfasser den ihm wirklich verlautbarten Punkt aus Versehen weggelassen und die Parteien den Fehler bei der Vorlesung nicht bemerkt hätten. Pr. des Obertr. vom 6. März 1849 in Sachen Rossow wider Müller, 805,3184, III, 48. (5. A.) Das Obertr. schwankt auch in dieser Beziehung in seinen Ansichten und Auslassungen. S. Anm. 7 a, Abs. 2. Es will sich auch nicht schlechthin zu dem Inhalte des angeführten Erk. vom 6. März 1849 bekennen. In dem in der Anm. 7 a, Abs. 2 vorgeführten Erk. v. 9. Februar 1864 sagt dasselbe: „um den schriftlichen Revers unwirksam zu machen, genügt der Nachweis, daß derselbe im Widerspruch steht mit dem, was die Kontrahenten in Wirklichkeit verabredet haben. Nur dahin gehen auch die Entscheidungen des Obertribunals. Nirgends aber hat dasselbe ausgesprochen, daß auch der Nachweis geführt werden müsse, warum der Vertrag anders niedergeschrieben als verabredet worden, namentlich nicht in dem zitirten Urtheil vom 6. März 1849, es ist vielmehr auch in diesem Urtheil für allein entscheidend erachtet worden die Behauptung, der Vertrag sei anders niedergeschrieben, als verabredet worden." Das ist eine Ausweichung. Denn davon ist keine Rede, daß die Behauptung, der Vertrag sei anders niedergeschrieben als verabredet worden,

§. 129. Vielmehr müssen Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort, oder

für allein entscheidend nicht zu erachten sei; dieses Beweisthema ist ja völlig außer Streit. Es handelt sich lediglich darum: wie dieser Beweissatz bewiesen werden könne. Und in dieser Beziehung muß es aus logischen Gründen dem Obertr. bestritten werden, daß solches durch den Zeugenbeweis: wie die ursprüngliche mündliche Beredung der Kontrahenten gelautet habe, möglich sei. Die jüngste Willenserklärung der oder des Kontrahenten liegt schriftlich vor. Beide, die frühere mündliche und die letzte schriftliche, können thatsächlich existiren und von einander abweichen, und es frägt sich nun: welche von beiden ist die bindende. Natürlich die schriftliche als die letzte, aus bekannten Gründen. Will der Produzent das nicht gelten lassen, weil die Urkunde nicht die eigentliche und wahre Willensmeinung ausdrücke, so muß er doch sagen, warum? da jede Erklärung durch eine spätere abänderlich ist und er ja den ihm entgegenstehenden vollständigen Beweis seiner jüngsten Willenserklärung vernichten will. Hier stehen wir auf dem Punkt, an das Obertr. die Frage zu richten: was es denn mit den Worten, daß es niemals ausgesprochen habe (d. h. doch wohl, daß es niemals erforderlich sei), daß auch der Nachweis geführt werden müsse, warum der Vertrag anders niedergeschrieben als verabredet worden, — der Rechtswissenschaft gegenüber sagen wolle?

b) Wenn in einem Adjudikationsbescheide dem Adjudikatar auferlegt ist, ein Auszugshaus zu gewähren, und behauptet wird, daß nach der Verabredung ein Auszug in einer weiteren Ausdehnung habe geleistet werden sollen; so wird nicht eine mündliche Nebenabrede, sondern die unrichtige Fassung der von den Parteien verlautbarten Erklärung behauptet, wodurch der schriftliche Vertrag unwirksam wird. Pr. des Obertr. von 1834. (Schles. Arch. Bd. III, S. 290.)

c) Wenn in einem Kaufkontrakte die Zeit der Uebergabe und damit der Uebergang der Gefahr festgesetzt worden ist, und nachher die Parteien die Uebergabe formlos früher vollziehen, so ist das keine mündliche Nebenabrede oder Abänderung eines schriftlichen Vertrages, sondern eine gültige Erfüllung des Vertrages, die später nur geschehen konnte aber nicht mußte. Erk. des Obertr. vom 27. September 1844 (Entsch. Bd. XV, S. 244).

d) (4. A.) Wenn unter den Parteien ein ganz anderes Rechtsgeschäft, als der Wortlaut des schriftlichen Vertrages ergiebt, verabredet worden ist, so ist dies keine mündliche Nebenabrede. Erk. des Obertr. v. 18. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 29).

e) (4. A.) Eine unter den Kontrahenten getroffene, ihre wahre Willensmeinung enthaltende Vereinbarung, welche dem Inhalte der schriftlichen Urkunde entgegenläuft, und denselben als einen solchen darstellt, den der Aussteller in seinem ganzen Bestande nicht ernstlich gewollt hat, gehört nicht unter die Nebenbestimmungen des Vertrages, von welchen in den §§. 128, 129 die Rede ist, vielmehr betrifft sie die Essentialien des Vertrages. Erk. dess. v. 6. Mai 1858 (ebd. S. 285).

f) (4. A.) Ist ein in dem schriftlichen Vertrage übergangenes Essentiale mündlich festgesetzt, so ist dies zwar nicht unter den Gesichtspunkt einer mündlichen Nebenabrede zu bringen, aber das Geschäft selbst ist wegen mangelnder Form hinfällig. Erk. dess. v. 21. Juni 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 46).

g) (4. A.) Wenn neben dem schriftlichen Vertrage eine mündliche Abrede getroffen ist, welche zur Auslegung einer in dem Vertrage enthaltenen unklaren und undeutlichen Willenserklärung diene, z. B. das mündliche Versprechen des Verkäufers, die in dem schriftlichen Vertrage angegebene Größe der verkauften Grundstücke vertreten zu wollen; so ist dies keine mündliche Nebenabrede im Sinne des §. 128. Vergl. §. 71, Tit. 4 und §§. 212, 214, Tit. 11. Erk. des Obertr. v. 3. Dzbr. 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 302).

h) (4. A.) Die mündliche Zusicherung des Verkäufers eines noch erst zu verleihenden Bergwerksantheils, daß die Beleihung mit der bezeichneten Grube z. B. in der Größe von einer Fundgrube und 1200 Maßen erfolgen und daß der fragliche Kux als Antheil an einer Grube von jener Größe verkauft werde, betrifft nicht, wie das Appellationsgericht angenommen hatte, eine Nebenabrede, sondern ein wesentliches Erforderniß des Vertrages, nämlich den Vertragsgegenstand, und entkräftet den Vertrag wegen Irrthums im Wesentlichen des Geschäfts auf der Seite des Käufers. Tit. 4, §. 75. Erk. des Obertr. v. 3. Dezbr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 307).

i) (4. A.) Wenn in einem Kaufkontrakte über ein Pferd das Abkommen getroffen ist, daß die Gewährleistung erlassen sei, so stellt dies keine mündliche Nebenabrede dar, sagt das Obertr. vom 8. Oktbr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 266). Wenn die Verabredung bei dem Handel selbst — der wahrscheinlich mündlich geschlossen worden war — getroffen worden, so ist der Ausspruch richtig, anderenfalls ist er unrichtig. Die Geschichtserzählung ist nicht vollständig. Vergl. §. 147.

k) (4. A.) Sind durch einen schriftlichen Vertrag ein Grundstück und einzelne speziell genannte Inventarienstücke verkauft unter der mündlichen Verabredung, daß für den bedungenen Preis außer jenen Inventarienstücken noch ein anderes Stück mitverkauft sein solle, so ist diese Verabredung nicht als eine unzubeachtende Nebenabrede zu betrachten, vielmehr betrifft sie den Gegenstand des Kaufgeschäfts und die §§. 127—129 sind auf diesen Fall nicht anwendbar. Erk. des Obertr. v. 29. Novbr. 1858 (Entsch. Bd. XL, S. 20).

l) (4. A.) Die Abrede neben einem schriftlichen Kaufkontrakte, daß der Verkäufer die Hälfte des

die Zeit der Erfüllung, oder andere dabei vorkommende Maßgaben betreffen[9a]), soweit sie im Kontrakte nicht festgesetzt worden, von dem Richter lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden[10]).

§. 130. Was im Kontrakte unleserlich geschrieben, oder undeutlich ausgedrückt[11]) worden, und nicht aus dem Zusammenhange klar erhellet, muß auf andere zuverlässige Art ausgemittelt werden.

5. Gesetzliche Nothwendigkeit schriftlicher Verträge.

§. 131. Ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über funfzig Thaler[12]) in Silber-Courant beläuft, muß schriftlich errichtet werden.

---

bei einem Wiederverkaufe erzielten Surplus erhalten solle, ist keine unverbindliche Nebenabrede, sie enthält vielmehr die Bestimmung des Kaufpreises. Erk. d. Obertr. v. 15. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 304).

m) (4. A.) Auf mündliche Verabredungen, welche eine bedingte Erhöhung des Kaufpreises zum Gegenstande haben, ist der §. 128 nicht zu beziehen. Erk. des Obertr. v. 13. Oktober 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 3).

n) (4. A.) Abgeschlossene mündliche Verabredungen, die in das Wesen des schriftlich errichteten Vertrages eingreifen (was ist das?) und zur Begründung des Einwandes der Simulation oder des Einwandes, daß etwas Anderes niedergeschrieben als verabredet worden, angeführt werden, sind nicht als bloße Vorverhandlungen oder mündliche Nebenabreden anzusehen; sie vernichten ganz oder theilweise den Inhalt der schriftlichen Urkunde und ihre Beweiskraft. — Ist daher nach dem schriftlichen Kaufvertrage der Kaufpreis baar zu zahlen, in Wirklichkeit aber dessen Berichtigung auf andere Art vereinbart, so ist der Vertrag ungültig. Erk. des Obertr. v. 17. Juni u. v. 14. Sept. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 284; VI, S. 311). — Diese Anwendung würde dem von mir oben, im ersten Satze präcisirten Grundsatze entsprechen.

9a) (4. A.) Verabredungen also, welche nicht Art, Ort oder Zeit der Erfüllung oder andere Maßgaben betreffen, sind nicht Nebenabreden im Sinne der §§. 127—129, mithin ist auch die Verabredung über die Beschaffenheit der Sache, z. B. daß ein erkauftes Pferd nicht fehlerhaft sein dürfe, sonst der Handel nicht gelte, keine solche Nebenabrede, sondern eine wesentliche, in die Beschaffenheit der Sache gesetzte (den Gegenstand bestimmende) Bedingung des Rechtsgeschäfts. Erk. des Obertr. v. 17. und 22. Febr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 267). In einem Erk. v. 24. März 1838 hatte das Obertr. das Gegentheil ausgesprochen. Diese Auffassung habe ich schon im Schles. Archive Bd. III, S. 640, Note 4 bekämpft. Das Obertr. ist also davon, nach der Entsch. vom 17. und 22. Februar 1859 und nach einem Erk. vom 8. Oktober 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 266), wieder abgegangen.

10) Die Bestimmung bezieht sich auf Verabredungen, welche in der über den Vertrag abgefaßten Urkunde nicht enthalten sind und nicht Essentialien des Rechtsgeschäfts betreffen, denn diese können nie von dem Richter ergänzt werden, vielmehr ist der Vertrag immer imperfekt, wenn daran etwas fehlt: auf solche beziehen sich die §§. 127—130 gar nicht. Die Auslassung der Nebenabreden kann eine von drei Ursachen haben: a) Man hat sich über gewisse Nebenpunkte vereinbart und gewollt, daß das Ganze in die Urkunde aufgenommen werden solle; man hat Alles dem Verfasser kundgegeben, dieser aber hat aus Versehen das Eine oder das Andere ausgelassen, und die Parteien haben die Lücke bei der Vorlesung nicht gemerkt. Dann ist die mündliche Verabredung erheblich, und die Schrift entscheidet nicht: denn diese ist irrthümlich unvollkommen und nicht nach dem Willen der Parteien niedergeschrieben. b) Die Verabredung über Nebenpunkte ist absichtlich in der Urkunde weggelassen worden, weil die Parteien ihren Worten vertrauten oder die Niederschreibung nicht für erforderlich hielten. Dann kommt die Bestimmung dieses §. zur Anwendung, d. h. die Naturalien des Geschäftes treten ein und auf die Accidentalien (Veränderung der Naturalien durch Verabredung) wird nicht geachtet. Dieses ist es, was mit dem „von dem Richter lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden" gemeint wird. c) Die Parteien haben nichts weiter als die Essentialien verabredet, und nach der Abfassung der Schrift werden sie über Naturalien oder Nebenpunkte uneinig. Dann gilt das Gleiche. Vergl. Pr. des Obertr. (Pl.-Beschl.) 1631, vom 7. Nov. 1845, in den Motiven (Entsch. Bd. XII, S. 49).

11) Dabei soll nicht bloße Auslegung für sich allein den wahren Willen der Parteien feststellen, sondern es soll anderweiter Beweis über die ausgesprochene Absicht zulässig sein. Dies ist bei der Abfassung beabsichtigt worden; denn forma in lege praescripta sei beobachtet und es komme nur auf die Ausmittelung der eigentlichen Intention der Kontrahenten an, welche durch andere Beweismittel erfolgen könne. Bornemann II, S. 472.

12) Enthält der Vertrag keine Vereinbarung über den Geldwerth, z. B. bei Tauschen, so muß der streitige Werth durch Sachverständige ermittelt werden. Gegen den verabredeten Werth findet in dieser Beziehung kein Einwand statt, weil der Vertrag eben nur diesen Werth zum Gegenstande hat und dieser ganz allein über die Form entscheidet.

§. 132. Ist der Vertrag auf Gold geschlossen, so werden 3 Thlr. Silber-Courant einem Dukaten, und 5⅓ Thlr[13]) einer Goldmünze von 5 Thlrn. gleich gerechnet.

§. 133. Auch andere bloß einseitige Willenserklärungen müssen bei Gegenständen über 50 Thlr., sobald ihre Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen[14]), schriftlich abgefaßt werden[14a]).

In wiefern die schriftliche Abfassung bei andern Willenserklärungen nothwendig sei.

---

13) Hier dauert dieses Mißverhältniß noch fort; nur insofern der Werth streitiger Gegenstände auf den Prozeß Einfluß hat, ist es aufgehoben. V. vom 21. Juli 1843, Einl. (G.S. S. 297).

14) Wenn nicht die Willenserklärung von der thatsächlichen Erfüllung begleitet wird und dadurch erlischt, vielmehr eine Verbindlichkeit oder ein Rechtsverhältniß begründet, bestärkt. Anwendungen: a) Wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten, erklärt (constitutum possessorium). (Entsch. des Obertr. Bd. II. S. 266 und unten Anm. 42 zu §. 73, Tit. 7.) b) Zu der ausdrücklichen Genehmigung, wodurch Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt werden soll, gehört in allen Fällen, wo überhaupt Schriftlichkeit des Rechtsgeschäfts erfordert wird und insbesondere insofern, als sich die Folgen der Genehmigung auf die Zukunft erstrecken sollen, auch die schriftliche Form. Pr. des Obertr. vom 30. März 1849, Nr. IV. (Entsch. Bd. XVIII. S. 207.) c) Die Einwilligung des Vermiethers, daß der Miether den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem Anderen überlasse, bedarf nicht der schriftlichen Form. Pr. 2029, v. 9. Juni 1848 und Erk. v. 12. Juni 1854 (Entsch. Bd. XXVIII. S. 102). Dieser Fall ist lediglich auf den Dolus, nicht auf eine Verbindlichmachung des Vermiethers zurückzuführen, deshalb ist die Form entbehrlich. Allein das stimmt nicht zu dem Ausdrucke: „sobald ihre Folgen sich auf die Zukunft hinauserstrecken". (3. A.) Das Obertr. hat auch später dieses Pr. 2029 auf den Fall beschränkt, daß nach abgeschlossenem Vertrage die Einwilligung des Vermiethers in die Ueberlassung der gemietheten Sache an einen Anderen in Beziehung auf eine bestimmte Person gefordert und ertheilt worden. Der aufgestellte Grundsatz soll aber nicht anzuwenden sein, wenn nach abgeschlossenem schriftlichen Vertrage mündlich die Abrede getroffen ist, daß dem Miether die Befugniß zustehen soll, die gemiethete Wohnung beliebig einem Anderen zu überlassen. Eine solche Abrede soll vielmehr zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form bedürfen. Pr. 2447, vom 29. April 1853. (Entsch. Bd. XXV. S. 388.) Dieser Unterscheidung fehlt die Sachlichkeit. „Hat der Vermiether" — sagt das Obertr. — „seine Einwilligung in die Abtretung des Miethsrechts an eine bestimmte Person, wenn auch nur mündlich, ertheilt, so kann nicht behauptet werden, daß der Miether eigenmächtig gehandelt habe; seine Handlungsweise steht vielmehr mit dem Willen des Vermiethers im Einklange. Dieser Grund trifft aber nicht zu, wenn es sich nicht um die Einwilligung in die Uebertragung des Miethsrechts an eine bestimmte Person handelt." Das bleibt zu erweisen. Wenn der Miether den Vermiether bittet, zu erlauben, daß er eine Stube z. B. an irgend einen Referendar oder Offizier vermiethen dürfe, und der Vermiether solches erlaubt, wer kann da behaupten, „daß der Miether eigenmächtig gehandelt habe", wenn er dies nachher gethan hat? Das Obertr. hat die Gegensätze nicht im Bewußtsein gehabt und darum auch nicht richtig ausgedrückt. Zwei Fälle können eintreten. Entweder soll der Vermiether oder Verpächter nur die Aufnahme eines Untermiethers ꝛc. erlauben: dann ist keine Form des Willensausdrucks erforderlich, weil es lediglich auf die Thatsache, daß der Miether ꝛc. nicht „eigenmächtiger Weise" einen Untermiether annehme, ankommt; alsdann kommt es auch nicht darauf an, daß die Person des Untermiethers bestimmt sei. Oder es ist eine Abtretung des Miethsrechts ꝛc. oder doch ein solches Verhältniß, daß der Vermiether in kontraktliche (obligatorische) Beziehung zu dem Unterpächter oder Untermiether trete: alsdann muß die Form der Willenserklärung des Vermiethers oder Verpächters angewendet werden, welche für den vorliegenden Kontrakt, vermöge des Gegenstandes, vorgeschrieben ist, und außerdem muß, sachlich, der Vermiether oder Verpächter seine Willenserklärung unmittelbar dem Untermiether oder Unterpächter gegenüber geben, dergestalt, daß sie beide als vertragschließende Theile erscheinen. Hierdurch unterscheidet sich im Wesentlichen die Erklärung des Vermiethers ꝛc. in dem ersten Falle, wo dieselbe nichts weiter als eine Erlaubniß oder Ermächtigung, welche der Vermiether ꝛc. seinem Miether ꝛc. giebt, ist; dieselbe ist für den Machtgeber ohne Rücksicht auf die Form deshalb bindend, weil ihn sein Dolus hindern würde, gegen die Ausführung seiner Ermächtigung anzustreben. — Uebrigens paßt die vage Bestimmung des §. 133 überhaupt nicht zu den übrigen einschlagenden Gesetzen, weil sie später eingeschoben und die Aenderung der übrigen Bestimmungen versäumt worden ist. In Erwägung der besonderen Bestimmungen über die Form der einseitigen Willenserklärungen, Tit. 4, §§. 94, 95 hat die Praxis den §. 133 auf die einseitigen Verträge, die contractus unilaterales beschränkt. Pl.-Beschl. v. 1. März 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 39). Die Entstehungsgeschichte dieses §. 133 s. in der folg. Anm. 15.

14a) Der Gläubiger, welcher seinem Schuldner gegen eine angenommene Gegenleistung Zahlungsfristen bewilligt hat, kann, ungeachtet des Mangels der gesetzlich nothwendigen Form, nur gegen Rückgabe des Empfangenen von dem Ablommen zurücktreten. §. 156. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 77).

§. 134. Zu Entsagungen und Verzichtleistungen[15]), nicht aber zum Beweise der erfolgten Zahlung, oder sonstigen Erfüllung einer Verbindlichkeit[15a]), sind schriftliche Urkunden erforderlich.

Nähere Bestimmungen a) bei Gerechtigkeiten,

§. 135. Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten[16]), ingleichen

---

15) Mit dieser Bestimmung verhält es sich wie mit der vorigen, sie ist mit ihr gleichzeitig in den fertigen Entwurf eingeschaltet und paßt eben so wenig in den Zusammenhang: daher hier dieselbe Ungewißheit und Meinungsverschiedenheit darüber: ob alle Verzichtleistungen und Entsagungen, und zwar — wie der Wortlaut ist — ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes, die schriftliche Form nöthig haben — was dem §. 387, I, 16 widerspricht, — oder ob auch hier die Unterscheidung des §. 131 hinsichtlich des Gegenstandes, und zwar bei allen Arten oder nur bei einigen Entsagungen und bei welchen? vorausgesetzt ist. Die beiden Einschiebsel §§. 133, 134 sind entstanden auf ein Monitum zu §. 132, daß auch der bloß einseitigen Erklärungen und Versprechungen erwähnt werden könnte, z. B. Quittungen, Konsense u. s. w. Suarez bemerkte darauf: Das Edikt v. 1770 rede von Kontrakten, Verträgen und Versprechungen. Hiernach könnte es scheinen a) als ob bloße Entsagungen eines Rechts der schriftlichen Abfassung nicht bedürfen. Es sei aber das Gegentheil angenommen (Tit. 16, §§. 380, 381), wohingegen b) bei Quittungen scriptura nicht nothwendig erfordert werde. Er glaube, daß man den Satz so formiren könne:

„Auch zur Aufhebung der Verbindlichkeiten, insofern solche durch die bloße Willenserklärung des „Berechtigten erfolgen soll, ist die schriftliche Abfassung nothwendig. Zum Beweise der Erfüllung „einer Verbindlichkeit ist keine schriftliche Urkunde nothwendig. Wenn aber eine Verbindlichkeit „durch andere gesetzmäßige Handlungen gehoben worden, so bedarf es zum Beweise darüber keiner „schriftlichen Urkunden."

Man findet hier die beiden ganz verschiedenen Zwecke der Form: Entstehung (Begründung) einer gültigen Erklärung, und Beweis, wieder mit einander vermengt. S. fährt fort: c) Es giebt noch viele andere einseitige Erklärungen, wodurch weder etwas versprochen, noch eine Verbindlichkeit erlassen wird, z. B. die Konsense der Agnaten in Lehnsachen, die Konsense der Eltern in die Verheirathung der Kinder, die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt. Hier fragt sich: in wiefern zu diesen scriptura erforderlich sei. Da dergleichen Erklärungen gewöhnlich weiter hinausgehende Folgen haben, so dürfte es wohl rathsam sein, die Regel zu etabliren, daß auch einseitige Erklärungen, insofern die Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken, nur durch die schriftliche Abfassung verbindliche Kraft erhalten. Die etwaigen Ausnahmen würden bei den einzelnen negotiis zu bestimmen sein. — Ad marg. ist bemerkt: 1. Entsagung schriftlich, 2. andere einseitige Erklärungen schriftlich, 3. Beweis der Erfüllung nicht schriftlich. Hieraus sind die beiden §§. 133, 134 hervorgegangen und die Aenderung der übrigen verschiedenen Bestimmungen darnach ist unterblieben.

Der §. 34 wirft die verschiedenartigen Entsagungen und Verzichtleistungen ohne Unterscheidung zusammen. Die Herstellung einer Uebereinstimmung mit anderen einschlagenden Sätzen geschieht, auf gleiche Weise wie bei dem §. 133, durch Beziehung des §. 134 auf solche Entsagungen, welche ein Vertrag sind, z. B. Erlaß (pactum remissorium), Akkord, da hier eben nur von Verträgen gehandelt wird und hierzu die Vorschrift I, 16, §. 387 genau paßt; und wenn man dagegen alle anderen Entsagungen und Verzichtleistungen, z. B. Erbschaftsentsagung, Adelsentsagung, Verzicht auf Rechtswohlthaten und Einwendungen, nach der für einseitige Willenserklärungen I, 4, §§. 94 u. 95 schon gegebenen allgemeinen Regel behandelt. S. die vor. Anm. 14. — (4. A.) Wenn in einem Gutsüberlassungsvertrage der Uebertragende sich die Regierung vorbehalten hat, so ist die spätere mündliche und thatsächliche Abtretung derselben nicht als Theil der Erfüllung des Ueberlassungsvertrages zu beurtheilen, sondern als eine Verzichtleistung auf ein kontraktliches Recht anzusehen, welche in mündlicher Form nicht rechtsbeständig ist. Erk. des Obertr. vom 13. Dez. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 329). Vergl. auch die Anm. 85b zu §. 103 d. T.

15a) (4. A.) Weil Zahlung und Erfüllung Realrechtsgeschäfte sind, zu deren rechtsverbindlichmachender Vollziehung eben die Leistung, ohne andere Förmlichkeit, genügt. Die Schrift ist dabei ein bloßes Beweismittel.

16) Und über Grundstücke. Ausdrücklich ist dies in Beziehung auf Eigenthum an Grundstücken nicht vorgeschrieben und die Schriftsteller streiten darüber, ob unbedingt auch bei einem Werthe nicht über 50 Thlr. die schriftliche Form erforderlich sei. Die Praxis hat sich aber dafür entschieden, auf Grund der §§. 16, 17, I. 10 vergl. mit §§. 146, 156 d. T. Das Obertr. hat bisher gleichförmig angenommen: „Zum gültigen Verkaufe eines Grundstückes ist ein schriftlicher Vertrag unbedingt nothwendig." Pr. v. 12. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 363). Ferner: Bd. IV, S. 221; Bd. XIV, S. 51; Bd. XVII, S. 132 und Pr. vom 20. Okt. 1853 (Entsch. Bd. XXVII, S. 36). Auch aus wissenschaftlichen Gründen ist es zu behaupten. Nicht allein, wenn Grundgerechtigkeiten der Gegenstand sind, ist unbedingt ohne Rücksicht auf den Werth die schriftliche Form erforderlich, nach diesem §. 135, sondern auch bei dem nutzbaren Eigenthume (I, 18, §. 691); bei dem Pfandbesitze (I, 20, §. 100); bei Gebrauchs- und Nutzungsrechten (I, 21, §. 233); bei dem Kolonate (I, 21, §. 626).

über beständige persönliche Lasten und Pflichten, erfordern allemal eine schriftliche Abfassung.

b) bei terminlichen Leistungen.

§. 136. Bei terminlichen Leistungen, wo entweder die Zahl der Termine unbestimmt ist, oder sämmtliche Termine zusammen die Summe von 50 Thlrn. übersteigen, sind schriftliche Kontrakte nothwendig.

§. 137. Doch bedarf es bei den Miethen des gemeinen Gesindes keines schriftlichen Vertrages. (Th. II, Tit. 5, Abschn. 1)[17].

c) bei gewagten Verträgen.

§. 138. Bei gewagten Verträgen wird nicht auf die Größe des ungewissen Gewinnes, sondern nur auf das gesehen, was dagegen gesetzt oder versprochen worden.

§. 139. Ist aber von beiden Seiten ein gewagtes Geschäft vorhanden, so muß der Vertrag allemal schriftlich abgefaßt werden[18].

d) bei Konventionalstrafen.

§. 140. Konventionalstrafen werden nicht zu der Summe oder dem Werthe der Sache gerechnet, worüber die Hauptverbindlichkeit eingegangen worden.

§. 141. Uebersteigt aber[19] die Konventionalstrafe selbst die Summe von 50 Thlrn., so ist ein schriftlicher Vertrag nothwendig.

---

Gilt diese Form bei den dinglichen Rechten an Grundstücken für nothwendig, so ist kein logischer Grund nachweisbar, aus welchem bei dem ersten und stärksten dinglichen Rechte, dem Eigenthume, davon abzugehen sei, und die den gleichen Grundsatz bei diesem Rechte aussprechenden §§. 16, 17, I, 10 so zu deuten, daß sie nur zur Beglaubigung bei dem Grundbuche die schriftliche Form forderten, und mit dem allgemeinen Prinzipe in Widerspruch träten.

(4. A.) Zur Erwerbung einer Grundgerechtigkeit genügt es, wie ein Appellationsgericht angenommen hat, nicht, daß der Erwerber mit der mündlichen Einwilligung des Anderen Einrichtungen traf, in Folge deren nur ihm die Ausübung der Grundgerechtigkeit möglich war. Erk. des Obertr. vom 10. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 86.) — Wenn aber eine solche Anlage auf Grund eines lästigen bloß mündlichen Vertrages gemacht worden ist und das dadurch belastete Grundstück nach beiderseitiger Erfüllung jenes Vertrages an einen Dritten veräußert wird, ohne daß der Veräußerer von seinem persönlichen Klagerechte auf Wegschaffung der Anlage Gebrauch gemacht hat oder dasselbe dem Dritten mit zu cediren, so hat dieser kein Recht, auf Befreiung des mit der Last erworbenen Grundstücks zu klagen; der actio negatoria steht der Einwand der älteren Erwerbung, deren Titel nur von dem Autor hätte mit der condictio ob causam oder einer actio rescissoria angegriffen werden können, nun aber unangreifbar ist, entgegen. Erk. des Obertr. v. 2. Dez. 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 289 und Entsch. des Obertr. Bd. XL, S. 25). (5. A.) Es ist auch zur Aufrechthaltung einer, durch mündlichen, beiderseits erfüllten Vertrag, errichteten Grundgerechtigkeit nicht erforderlich, daß derjenige, welcher das Bestehen der Grundgerechtigkeit behauptet, Rechtsnachfolger des Vorbesitzers, welcher den mündlichen Vertrag geschlossen hat, geworden ist. Erk. des Obertr. vom 15. März 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 55). Ist nicht zweifelhaft. Der Vertrag, einmal erfüllt, begründet kein obligatorisches Rechtsverhältniß, sondern hat ein dingliches Recht geschaffen.

17) Das „Abschnitt 1" wird als Druckfehler angezeigt und soll gestrichen werden nach R. vom 29. Dez. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Es ist aber kein Fehler, denn es soll nicht auf Tit. 5 überhaupt, sondern auf den ersten Theil desselben (§§. 1—176), welcher ad marginem die Ueberschrift hat: „I. Von gemeinem Gesinde", verwiesen werden.

18) Der Satz ist angewendet worden auf den Fall, wo zwei Eigenthümer von Lotterieloosen die Hälfte ihres Looses mit einander vertauscht haben (Ullrich, Arch. Bd. XIII, S. 359). Die Anwendung ist bedenklich. Hätte der Eine dem Anderen das halbe Loos verkauft, so wäre der Handel (unter 50 Thlrn.) gültig gewesen, wie man dort selbst behauptet. Hätten beide Loose körperlich getheilt und beiderseitige Hälften mit einander vertauscht werden können, so würde das wohl auch gültig gewesen sein. Warum soll es anders sein, wenn Jeder das gemeinschaftlich gewordene Loos für den Anderen mitbesitzt? Der Gegenstand und dessen Werth ist immer derselbe.

19) Man hat gefragt: Wenn über eine Konventionalstrafe von mehr als 50 Thlrn. ein schriftlicher Vertrag, der Hauptvertrag, dessen Gegenstand sich nicht über 50 Thlr. beläuft, aber nur mündlich errichtet worden, ist das gültig? und hat die Frage einerseits bejahet, andererseits verneint, beides aus einem und demselben Grunde, nämlich wegen des „aber". Man kann die Frage durch eine andere beantworten: Ist die Ausbedingung einer Konventionalstrafe unter einer Bedingung zulässig, z. B. wenn Jemand einem Anderen eine Konventionalstrafe von 60 Thlrn. unter der Bedingung schriftlich verspricht: wenn er ihm nicht eine gewisse Probe bis zum nächsten Ersten zuschicken würde, ist das gültig? Schwerlich kann eine separate Schrift über eine Konventionalstrafe allein, ohne gleichzeitige Hauptverbindlichkeit, anders als so gefaßt sein, daß die Strafe in obligatione, die Leistung in conditione ist; sonst müßte ja die Schrift die Hauptverbindlichkeit gleichfalls enthalten. Warum aber soll ein solcher Vertrag nicht gültig sein?

Schließung schriftlicher Verträge durch Briefwechsel.

§. 142. Zwischen Abwesenden[20]) vertritt die geführte Korrespondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages[21]), in sofern die Bedingungen und die wechselseitige Einwilligung der Kontrahenten daraus zu entnehmen sind[21a]).

§. 143. Ist zu dem Geschäfte, worüber der Vertrag geschlossen worden, die Ausfertigung eines förmlichen Instruments erforderlich, so vertritt der Briefwechsel die Stelle einer Punktation[22]). (§. 120 sqq.)

Fälle, in denen es keines schriftlichen Vertrages bedarf.

§. 144. Es bedarf keines schriftlichen Vertrages, wenn Jemandem Sachen in Verwahrung gegeben werden. (Tit. 14, Abschn. 1.)

§. 145. Ingleichen, wenn Gastwirthen, Fuhrleuten, oder Schiffern Habseligkeiten von Reisenden anvertraut werden.

§. 146. Wenn ein Vertrag[23]) über bewegliche[23a]) Sachen[24]) von beiden Theilen sogleich[25]) erfüllt[26]) wird, so kann, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäftes, der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden.

---

20) Damit werden hier alle Kontrahenten gemeint, welche nicht persönlich zusammen kommen, sondern, wenngleich an Einem Orte anwesend, sie doch ihre Erklärungen brieflich zuschicken.

21) Die Parteien haben es ganz in ihrer Willkür, die Perfektion ihrer Willensübereinstimmung abhängig zu machen, wovon sie wollen. Wenn daher die brieflich Kontrahirenden darüber einig geworden sind, daß vorerst noch eine Punktation aufgesetzt und vollzogen werden solle, so ist nach §§. 116 u. 117 d. T. anzunehmen, daß die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung und Unterschrift der Punktation hat abhängen, und erst mit dieser anfangen sollen — hier um so eher als bei dergleichen mündlicher Abrede, weil es dabei zum Zwecke des schriftlichen Beweises einer Punktation nicht mehr bedarf. Die Korrespondenz vertritt in diesem Falle unter keiner Bedingung die Stelle des schriftlichen Vertrages. Pr. des Obertr. v. 1. März 1813. (Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 29.) — (4. A.) In Betreff der Vertragsschließung mittelst telegraphischer Korrespondenz s. oben, Anm. 82, Abs. 2 zu §. 99.

21a) (4. A.) Die Bedingungen des Vertrages müssen in den Briefen vollständig enthalten, und es darf hinsichtlich dieser Bedingungen nicht lediglich auf die mündlichen Unterhandlungen Bezug genommen sein. Erk. des Obertr. vom 21. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 119).

22) Wird in diesem Falle auf Errichtung eines förmlichen Instruments geklagt, so müssen die einzelnen Punkte, welche aufgenommen werden sollen, alle in der Klage aufgeführt werden. Zweckmäßig ist es, statt dessen der Klage einen Entwurf beizufügen, um erkennen zu lassen, daß darnach der förmliche Vertrag zu verlautbaren.

23) Auch auf Vergleiche findet diese Vorschrift Anwendung. Pr. 1853a vom 19. Februar 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 83). (4. A.) Auch die mündliche Vereinbarung über die Aufhebung eines bereits angetretenen Dienstvertrages ist ein unter dem §. 146 stehender Fall, wenn das Abkommen durch beiderseitige Leistung erfüllt, namentlich das, was der Dienstherr geben soll, gegeben und dagegen der Dienst von der anderen Seite verlassen worden ist. Erk. d. Obertr. v. 14. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 42). M. s. auch Erk. dess. v. 26. Mai 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 203), und v. 10. März 1863, betr. einen mündlichen Vergleich über eine streitige Forderung, nach welchem der Schuldner einen Wechsel über einen geringeren Betrag dem Gläubiger an Zahlungsstatt übergiebt und dieser dagegen seiner Mehrforderung entsagt. (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 114.)

23a) Betreffs unbeweglicher Sachen s. u. Anm. 39 zu §. 156 d. T.

24) Und diesen gleichstehende Rechte. I, 2, §. 7. Pr. 1853a s. die vor. Anm. 23. Auch die aufgetragene Handlung aus einem ausgeführten mündlichen Auftrage ist als bewegliche Sache anzusehen, wenngleich sie sich auf ein Grundstück bezieht. Doch kommt darauf nichts an, denn eine „Handlung" an und für sich, als Gegenstand eines Vertrags, ist weder eine körperliche Sache noch ein Recht, daher gelten für Verträge über „Handlungen" oder „Unterlassungen" eigenthümliche Grundsätze und Regeln. §§. 137, 165—167 d. T. verb. mit Tit. 11 §§. 869 ff. und Tit. 13, Anm. 5 zu §. 7. Vergl. Anm. 27a zu §. 147 d. T.

25) Das „sogleich" hat hier seine eigentliche Bedeutung nicht, es ist überflüssig. Sonst müßte ein mündlicher Vertrag, welcher von dem Einen erst nach einiger Zeit, von dem Anderen aber noch viel später erfüllt worden, wieder aufgerufen werden können. So ist es nicht. Von beiden Seiten abgemachte Geschäfte sollen nicht wieder zerrissen werden. S. die Quelle dieser Bestimmung im Ed. vom 8. Febr. 1770, §. 6 a. E. (4. A.) Ist auch angenommen von dem Obertribunale. Erk. v. 25. Oktbr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 195).

26) Vollständig nämlich. Pr. des Obertr. 436, vom 3. Febr. 1838 (Entsch. III, 341). Für vollständige Erfüllung gilt es aber, wenn Leistung und Gegenleistung ohne Rückstand ausgewechselt

§. 147. Auch kann keiner von beiden Theilen wegen eines solchergestalt abgemachten Geschäftes, auf dem Grunde vorgeblicher mündlicher[27]) Nebenabreden, den andern in Anspruch nehmen[27a]).

§. 148. Wenn über bewegliche körperliche[28]) Sachen außerhalb Landes an einem Orte, wo mündliche Verträge ohne Unterschied gültig sind, dergleichen Verträge geschlossen worden, so kann der Mangel der schriftlichen Abfassung auch in den hiesigen Gerichten nicht vorgeschützt werden.

§. 149. Kaufhandlungen über Meß- und Markt-Waaren[29]), die von Kaufleuten mit andern Personen während der Messe oder des Marktes[30]) geschlossen, und sogleich erfüllt, oder in kaufmännisch geführte Bücher eingetragen worden[30a]), erfordern keinen schriftlichen Kontrakt.

§. 150. Außerdem[31]) müssen auch solche Kaufhandlungen schriftlich abgefaßt,

---

worden sind. Die erst hieraus, aus dem Geben, entstehende Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist nur rechtliche Folge der Erfüllung. Vergl. Pr. des Obertr. v. 24. März 1838 (Schl. Archiv III, S. 638). Eine unvollständige Erfüllung ist es z. B., wenn auf Grund eines mündlichen Kaufs einer Forderung einerseits die Valuta bezahlt und andererseits das Schuldinstrument, ohne schriftliche Cession, übergeben wird. Pr. 1663, vom 12. Dez. 1845 (Entsch. Bd. XIV, S. 237).

(4. A.) Ein mündlicher Vergleich, sagt das Obertr. in einem Erk. vom 8. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 45), nach welchem die Parteien ihren gegenseitigen Forderungen, wenngleich zum Betrage von mehr als 50 Thlrn., entsagen, ist, als ein über bewegliche Sachen sich verhaltender und gleich erfüllter Vertrag, auch ohne hinzukommende schriftliche Abfassung, gültig. — Das ist nicht richtig. Der §. 146 fordert den Hinzutritt einer Realleistung zum formlosen Verbalvertrage, so daß der formlose und deshalb unverbindliche Konsensualkontrakt die Natur eines erledigten Realkontrakts angenommen hat. Ein Vergleich aber besteht aus der bloßen Entsagung zweier, einander gegenüberstehender Personen (§. 134) und bleibt in den Grenzen eines bloßen Verbalvertrages, der nur durch die vorgeschriebene Form Rechtsbeständigkeit erhalten kann.

(4. A.) Die nach vorgängiger Verabredung erfolgte Hingabe und Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt ist rechtsgültig, wenngleich jene Verabredung nur mündlich getroffen ist. Erk. des Obertr. v. 18. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 86).

27) D. h. anderer Nebenbestimmungen, als welche die Gesetze subsidiarisch getroffen haben; denn nur diese gelten.

27a) (5. A.) Die §§. 146, 147 sind auf Verträge über Handlungen nicht anwendbar. Erk. des Obertr. vom 11. Oktbr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 227). Vergl. oben, Anm. 24 zu §. 146 d. T.

28) Eine Beschränkung der Regel §. 111. Warum? ist nicht zu ergründen. Im Entwurfe fehlt das Wort; es findet sich erst in der von einer Kanzleihand geschriebenen Reinschrift des Manuskripts des Gesetzbuchs von Suarez' Hand eingeschaltet. Bornemann, System, Bd. II, S. 461.

29) D. h. Handelswaaren, welche der betreffende Kaufmann in seinem Geschäfte führt, denn der Handel muß ein kaufmännisches Geschäft für ihn sein.

30) Wenn eine Waarenlieferung in ein gehörig geführtes Handlungsbuch eingetragen ist, so hat dies auch außer dem Falle, daß der betreffende Handel auf Messen oder Märkten abgeschlossen worden, die Wirkung, daß das zum Grunde liegende Kaufgeschäft nicht wegen Mangels besonderer schriftlicher Abfassung angefochten werden kann. II, 8, §. 597; Pr.-O. Tit. 10, §. 168; Ed. v. 8. Febr. 1770, §. IV, Pr. des Obertr. 1597, v. 2. Aug. 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 154). (4. A.) Nach dem H.G.B. Art. 317 ist bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten überhaupt nicht mehr bedingt.

30a) (4. A.) Der unter der Herrschaft der französischen Gesetzgebung wohnende Kaufmann, dessen Handelsbücher nicht dem Art. 11 des Code de commerce gemäß foliirt, paraphirt und visirt sind, kann den Mangel der schriftlichen Form eines unter der Herrschaft der preußischen Gesetzgebung geschlossenen mündlichen Handelsgeschäfts nicht durch dessen Eintragung in seine Handelsbücher ersetzen. §. 111 d. T. Erk. des Obertr. vom 11. Februar 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 222). (4. A.) Dieser Rechtssatz fällt in Beziehung auf die preuß. Rheinprovinz fort. Einf.-G. v. 24. Juni 1861, Art. 60, Nr. 2.

31) D. h. wenn nicht sogleich erfüllt, oder nicht in kaufmännische Bücher eingetragen ist, also der Fall sich dazu noch nicht eignete. S. die Anm. 30. Denn nicht alle Kaufgeschäfte eignen sich nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung zur Eintragung, sondern nur diejenigen, welche bereits ein kaufmännisches Resultat von Kredit und Debet geben, namentlich von Seiten des Kaufmanns erfüllt sind. Z. B. über Gegenstände des kaufmännischen Verkehrs zwischen Kaufleuten geschlossene

oder von beiden Theilen dem, nach Vorschrift der Gerichtsordnung, anzuordnenden Meß- oder Marktgerichte mündlich angezeigt werden.

§. 151. Was wegen der schriftlichen Verträge bei kaufmännischen Geschäften, unter Kaufleuten, in und außer den Messen und Märkten Rechtens sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 8, Abschn. 7.)

§. 152. Die von dem Schuldner geschehene Unterschrift[32]) einer Rechnung über gelieferte Waaren oder Arbeiten[33]) vertritt in allen Fällen die Stelle eines schriftlichen Vertrages[33a]).

§. 153. Wenn ein Dritter einem zwischen andern Kontrahenten geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, beitreten will[34]), so muß dieser Beitritt ebenfalls schriftlich erklärt werden.

Von Verlängerungen.

§. 154. Mündliche Verlängerungen eines nach den Gesetzen in Schriften abgefaßten Vertrages gelten nur soweit, als die Gesetze die Zulässigkeit einer stillschweigenden Verlängerung, und deren Fristen, ausdrücklich bestimmen[35]). (Tit. 21, Abschn. 2)[36]).

Rechtliche Folgen, wenn die schriftliche Abfassung unterblieben ist.

§. 155. Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß[37]) mündlich geschlossen, und noch von keinem Theile erfüllt worden[38]), so findet daraus keine Klage statt[38a]).

§. 156. Hat aber ein[39]) Kontrahent von dem Andern die Erfüllung bereits

---

Verträge, deren Erfüllung von beiden Seiten erst an einem noch bevorstehenden Termine erfolgen soll, — namentlich Verträge über künftige Waarenlieferungen oder gewagte Verträge, insbesondere über den Kauf von Staatspapieren auf Zeit (also s. g. „Differenzgeschäfte", über deren Grenzen das Pr. nicht auszudehnen ist, zufolge Erk. dess. vom 23. Septbr. 1862, Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 6) — eignen sich zur Eintragung in die Handlungsbücher nicht. Ist die Eintragung dennoch erfolgt, so kann sie weder einen Beweis liefern, noch die mangelnde schriftliche Form ersetzen. Pr. 800 b, vom 25. Jan. 1840 (Entsch. Bd. V. S. 389). Das Gleiche gilt von einem solchen Handel, der nicht zu den kaufmännischen Geschäften des betreffenden Kaufmanns gehört. II, 8, §§. 563 — 565. Die §§. 150 d. T. und der §. 197, II, 8 haben also verschiedene Wirkungskreise und widersprechen sich nicht. — (4. A.) Die §§. 150 u. 151 treten übrigens in Folge der Einführung des H.G.B. (Art. 317) außer Kraft.

32) Oder die briefliche Anerkennung. Pr. des Obertr. vom 13. Dezbr. 1847 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 225).

33) Die Rechnung darf sich aber in einzelnen Posten nicht auf andere Urkunden oder Vorgänge beziehen. Der Posten z. B. „Saldo 10 Thlr." wird mit der Unterschrift nicht verbindlich anerkannt. §. 190 d. T.

33a) (5. A.) M. s. hierzu unten, die Anm. 62a zu Art. 294 des H.G.B. (Th. II, Tit. 8.)

34) Vergl. o. §. 75 d. T. Darnach auch die Bewilligung der Hauptparteien. Vergl. auch Pr. 269 zu §. 185.

35) Die Grundsätze über die Folgen der unterbliebenen schriftlichen Abfassung gelten in der Regel auch für Verlängerungen der gehörig schriftlich abgeschlossenen Verträge. Vergl. Pr. des rhein. Rev.-Hofes (ohne Datum) von 1851 in J.M.Bl. 1851, S. 349.

36) Es muß „Abschn. 3" heißen. R. vom 29. Dez. 1837 (Jahrb. L, 469). Nicht dort allein finden sich Ausnahmen, sondern auch ein schriftlicher, mit einem Hausoffizianten geschlossener Dienstvertrag kann stillschweigend verlängert werden. Pr. 1921 (Pl.-Beschl.) vom 18. Okt. 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 61).

37) S. über den Fall, wenn aus einem nur von dem Kläger mündlich geschlossenen, von dem Anderen einseitig unterschriebenen Vertrag Wiederklage erhoben wird, das Pr. 1046 in der Anm. 97, Nr. 4 zu §. 116 d. T.

38) Wenn in Folge einer über ein Grundstück geschlossenen Kaufpunktation der Käufer den Verkäufer auch nur mündlich beauftragt, das Grundstück an einen Dritten zu übergeben, oder mit demselben einen förmlichen Kaufkontrakt darüber zu errichten, so ist die demgemäß auch wirklich an den Dritten geleistete Uebergabe, oder die Errichtung des förmlichen Kontrakts mit demselben, eine gültige Erfüllung der Punktation von Seiten des Verkäufers. Pr. 1752, vom 30. Mai 1846. (Entsch. Bd. XIII, S. 169.)

38a) (4. A.) Die §§. 155, 156 finden auch auf schriftliche Verträge, welche hätten *gerichtlich* abgeschlossen werden sollen, analoge Anwendung. Erk. des Obertr. v. 15. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 305).

39) Haben beide Kontrahenten und zwar vollständig erfüllt und ist der Gegenstand eine unbeweg-

ganz oder zum Theil angenommen[40]), so ist er verpflichtet[41]), entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen[41a]), oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten[41b]).

---

liche Sache, mithin der §. 146 unanwendbar, so treten die hier gegebenen Vorschriften wegen Rücktritts und Rückgabe gleichfalls ein. Denn von einem, nach den Gesetzen schriftlich zu errichtenden, aber nur mündlich geschlossenen Kontrakte kann — außer dem Falle des §. 146 — auch derjenige Kontrahent, welcher denselben seinerseits selbst vollständig erfüllt hat, zurücktreten und das Gegebene zurückfordern. Pr. 436, vom 3. Februar 1838 (Entsch. Bd. III, S. 341). Dies ist von mehreren Seiten bestritten, die Praxis in letzter Instanz ist jedoch gleichförmig. M. s. noch die Pr. des Obertr. in der Jur. Wochenschrift 1846, S. 321, und v. 28. Juni und 23. August 1847 (Rechtsf. Bd. II, S. 26 und 184). Dieser Gerichtshof hat auch den Satz ausdrücklich für anwendbar erklärt auf den Fall, wenn der mündlich geschlossene Vertrag eine unbewegliche Sache betrifft und von beiden Seiten vollständig erfüllt ist; und angenommen, daß die Grundsätze der §§. 156 ff. deshalb, weil sie allgemeine Grundsätze über die rechtlichen Folgen, wenn die schriftliche Abfassung eines Vertrages, welcher schriftlich hätte geschlossen werden sollen, unterblieben ist, sind, in allen Fällen Anwendung finden, wofür keine besonderen Vorschriften gegeben sind. Für unbewegliche Sachen giebt es dergleichen nicht; der hierher gezogene §. 233, I, 21 bezieht sich auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassungen. Pr. vom 13. Febr. 1849 in Sachen Bußemann w. Wilke, $^{400}/_{3419}$ III, 48. Vergl. Erk. des Obertr. vom 26. April 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 32).

(4. A.) Ist eine unbewegliche Sache Gegenstand des Vertrages, darüber auch ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt, darin aber die Gegenleistung (das Kaufgeld) anders niedergeschrieben als wirklich ausgemacht worden ist; so ist der Fall dem bloß mündlichen Vertrage gleich. Hier ist die Praxis ergänzend eingeschritten. Wenn nämlich dieser simulirte schriftliche Vertrag von beiden Seiten der wahren Verabredung gemäß vollständig erfüllt, namentlich auch von dem Kaufgelde nichts mehr rückständig ist; so soll es in diesem Falle so gehalten werden wie in dem gleichen Falle bei beweglichen Sachen nach §. 146 d. T. S. Anm. 26 dazu, und unten Pr. 1371, v. 11. Nov. 1843, in der Note 49 zu §. 74, Tit. 11. Erk. des Obertr. v. 2. Oktober 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 7).

40) S. Pr. 1064 und in der Anm. zu I, 11, §. 128.

41) Aber nicht berechtigt, d. h. er ist nicht befugt zu erfüllen, wenn der Geber zurückfordert. Der Rechtsstand ist dieser: Will der Geber bei dem Vertrage stehen bleiben und macht der Empfänger seinerseits zur Erfüllung keine Anstalten, so kann der Geber nicht unbedingt auf Erfüllung klagen, sondern muß dem Empfänger die Wahl lassen zwischen Rückgabe und Erfüllung. Die Praxis hat angenommen, daß der Geber in diesem Falle das Klagepetitum nicht nothwendig alternativ formuliren müsse, vielmehr dasselbe zwar auf Verurtheilung zur Erfüllung richten könne, doch sich den Einwand gefallen lassen müsse, daß die Sache zurückgegeben werde. Das dem Empfänger überlassene Wahlrecht trete also erst dann in Wirksamkeit, wenn der Verkäufer durch Forderung des Kaufpreises Erfüllung fordere; alsdann könne der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises durch wirkliche Rückgabe der Sache beseitigt werden. Erk. des Obertr. v. 29. Sept. 1843 (Jur. Wochenschr. 1844, S. 524), und vom 26. Febr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 205). ([5. A.] In dem Erk. v. 27. September 1864 kehrt das Obertr. jenes Verhältniß wieder um, indem es sagt: „Bei mündlichen Verträgen hat derjenige, welcher zur Erfüllung des Vertrages etwas gegeben, streng genommen nur ein Recht auf Rückgewähr des Gegebenen; der Empfänger kann nach §. 156 die Rückgewähr abwenden, wenn er das seinerseits Versprochene leistet, weiter aber geht sein Recht nicht." Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 201. Mit dem „weiter aber geht sein Recht nicht" wird der mit Recht für unrichtig erklärten Ansicht des Appell.-Gerichts Hamm entgegen getreten, daß der Geber zur Begründung seiner Klage auf Rückgabe oder Vergütung des theilweise Geleisteten — wie nach §. 271 bei einem formell gültigen Konsensualvertrage — sich auch zur Leistung des Rückstandes erbieten müsse, was unjuristisch ist.) Tritt hingegen der Geber selbst zurück, so kann er das Gegebene condictione ob causam unbedingt zurückfordern (§. 161), und der Empfänger kann die Klage nicht durch Anbietung der Gegenleistung beseitigen. Pr. des Obertr. v. 3. u. 17. Febr. 1838 (Entsch. Bd. III, S. 351), und v. 30. Januar 1846 (Schles. Archiv Bd. VI, S. 268). In den Gründen des letzteren wird (S. 271) auszuführen gesucht, daß eine völlige Uebereinstimmung des A. L.R. mit dem Röm. Innominatkontrakte (L. 3, §. 2 D. de cond. causa data XII, 4) bestehe. Für den Fall, daß nicht der Geber, sondern der Empfänger zurücktritt, ist das unrichtig: der Empfänger hat nach R. R. und nach den Grundsätzen der condictio ob causam keine Befugniß abzugehen, er muß unbedingt erfüllen, wenn der Geber Erfüllung verlangt. Das L.R. hingegen hat den entgegengesetzten Grundsatz, daß die Annahme der Leistung nicht zur Gegenleistung verpflichte, §. 156. Das ist eine große Abweichung von dem Röm. Innominatkontrakte.

41a) (5. A.) Wählt der Beklagte die Erfüllung, so kann er trotz seines Wahlrechts begehren, daß auch die mündliche Verabredung bezüglich der zu gewährenden Eigenschaften der Sache für beide Kontrahenten ihre Wirksamkeit behalte. Erk. des Obertr. v. 22. Dezbr. 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 324).

41b) (5. A.) Der §. 165 setzt zu seiner Anwendung voraus, daß der nur mündlich geschlossene

§. 157. Wählt er Letzteres[41c]), so muß er die auf Rechnung des Vertrages erhaltene Sache in dem Stande, wie er sie empfangen hat[42]), zurückgeben[43]).

§. 158. Wegen der Nutzungen, ingleichen wegen der in der Zwischenzeit vorgefallenen Verbesserungen, ist er einem unrechtfertigen Besitzer gleich zu achten. (Tit. 7, §. 223 sqq.)[44]).

§. 159. Kann er die empfangene Sache in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befunden hat[45]), nicht zurückgeben, und will dennoch den mündlichen Vertrag nicht erfüllen, so muß er den mündlich verabredeten Werth[46]) ersetzen.

§. 160. Ist kein Werth verabredet worden, so muß derjenige, welcher die Sache zur Zeit der Uebergabe gehabt hat, ausgemittelt[47]) und ersetzt werden.

---

Vertrag an sich zum definitiven Abschlusse, d. h. zur Perfektion gelangt ist. Erk. des Obertr. vom 22. Dezember 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 327).

41c) (5. A.) Bis zur reellen Ausübung dieses Wahlrechts ist der Empfänger Eigenthümer der empfangenen Sache, das Eigenthum geht erst durch die Zurückgabe auf den Geber zurück. Geht die Sache vorher zu Grunde, krepirt z. B. das betreffende Thier, so trägt er den Schaden und muß nunmehr die andere Alternative unbedingt erfüllen. — Die Rückgabe muß an dem Wohnorte des Gebers zur Zeit des Vertragsschlusses geleistet werden. §. 248 d. T. Der §. 27, Tit. 16 kommt bei Verträgen ausnahmsweise nicht zur Anwendung. Erk. des Obertr. v. 19. Novbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 103).

42) Mehrere fungible Sachen oder Stücke einer Gattung alle. Sind einige davon nicht mehr vorhanden, so muß der Empfänger auch die übrigen behalten, wenn alle zusammen als ein Ganzes zu betrachten sind, so daß die einzelnen Einheiten eine in die andere gerechnet worden, mithin der Empfänger nicht die besseren Stücke verbrauchen und bezahlen, den schlechten Rest aber zurückgeben darf. Vergl. unten die §§. 339—342 und die Anm. dazu. (3. A.) Diese Vorschrift und die sich anschließenden §§. 158—160, 162, 163 und 165 begründen nur einen Einwand; denn sie betreffen im Wesentlichen nur die Gerechtsame, welche dem Bekl., gegenüber dem vom Vertrage abgehenden Kl., zustehen sollen. Der Bekl., nicht der Kl. ist es also, der ein Interesse dabei hat, diejenigen Umstände vorzubringen und zu beweisen, welche die Anwendung jener Bestimmungen voraussetzt. Plen.-Beschl. des Obertr. v. 19. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 335). — Vergl. unten §. 327, und die Anm. 48 zu §. 162.

43) Aus dieser Verpflichtung, die Sache in dem Stande, wie sie empfangen, zurückzugeben, folgt nicht ohne Weiteres, daß der Empfänger keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten habe, die er auf die Erhaltung der Sache bis zu deren Rückgabe verwendet hat. §§. 163, 164; Tit. 7, §§. 216, 236. Pr. 2189 v. 8. März 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 76).

44) Dieser §. kann sich auf die folg. §§. 159 und 160 gar nicht beziehen — wie man als eine Zweifelsfrage aufgeworfen hat — denn in diesen Fällen behält ja der Empfänger Alles.

(5. A.) Wegen dieser Bestimmung soll der zurücktretende Besitzer, nach der Meinung des Obertribunals, gleich einem unredlichen Besitzer, auch Rechnung über die, während der ganzen Dauer seines Besitzes, also auch in der Zeit, wo er noch nicht dachte, unrechtfertiger Besitzer zu werden, gezogenen Früchte zu legen gehalten sein, und zwar „als Strafe für seinen Wankelmuth". Erk. vom 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 9). S. auch unten, Anm. 20, Abs. 2 zu §. 235, Tit. 7. Eine ganz neue Idee, nur ohne juristisches Prinzip.

45) Dabei ist vorausgesetzt, nicht: daß die Sache sich zur Zeit in einem gegen die Uebergabe völlig veränderten Zustande befinde, in welchem sie ihrer Bestimmung gemäß gar nicht gebraucht werden kann, — sondern vielmehr: daß überhaupt nur die vorgenommenen oder eingetretenen Veränderungen die Sache in ihrer Bestimmung und Brauchbarkeit gegen den Zustand zur Zeit der Uebergabe alteriren, als worüber nöthigenfalls Sachverständige mit ihrem Gutachten zu hören sind. Pr. 2152, v. 30. Okt. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 87). Dadurch ist die Frage wegen Deteriorationen abgeschnitten. (4. A.) Ganz richtig sagt daher das Obertr., der Geber mußte das Pferd, wenn es sich nicht mehr in dem Zustande zur Zeit der Hingabe befand, ablehnen und dafür den ganzen (mündlich verabredeten) Werth fordern; nahm er aber das Pferd trotz seiner Verschlechterung zurück, so fiel für ihn auch der Anspruch auf Vergütung, insbesondere für etwanige Verschlimmerungen, fort. Erk. vom 8. März 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 208).

46) Ganz, nicht etwa nur die Differenz zwischen dem verschlechterten und dem verabredeten Werthe mit der Befugniß, auch die verschlechterte Sache zurückzugeben. Der Empfänger hat hier gar kein Recht, sondern nur Pflichten. §. 156 u. Anm. 41.

47) Ist die Sache unschätzbar, so ist die Gegenleistung der Maßstab; denn beide Theile haben sie auf so hoch durch den Umtausch gewürdigt. Nur wenn diese auch unschätzbar ist, kann der Schätzungseid des Berechtigten entscheiden.

§. 161. Hat der, welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will, dem andern Kontrahenten auf Rechnung desselben etwas gegeben, so kann er[47a]) dasselbe zwar ebenfalls zurückfordern;

§. 162. Er muß aber die gegebene Sache in dem Stande wieder annehmen, in welchem sie sich zu der Zeit, da seine Weigerung zur Wissenschaft des Andern gelangt ist, befunden hat[48]).

§. 163. Ueberhaupt hat derjenige Kontrahent, welcher den mündlichen Kontrakt zu erfüllen bereit war, in Ansehung der an den Andern, welcher zurücktritt, zu leistenden Rückgabe durchgehends die Rechte eines redlichen Besitzers[48a]). (Tit. 7, §. 188 sqq.)

§. 164. Ist einem oder dem andern Theile, auf Abschlag des mündlichen Vertrages, etwas bezahlt worden, so muß der, welcher zurücktritt, vom Tage der empfangenen Zahlung, der Andere aber, welcher den Kontrakt zu erfüllen bereit war, vom Tage des ihm angekündigten gegenseitigen Rücktritts, landübliche Zinsen entrichten[49]).

---

47a) (4. A.) Er, der Geber. Ist also auf der einen Seite von Mehreren gemeinschaftlich der Vertrag geschlossen, und hat nur Einer allein von ihnen darauf Etwas gegeben, so kann auch er allein das Gegebene zurückfordern; es steht ihm nicht der Einwand der Gemeinschaft mit den Uebrigen entgegen, weil nicht der gemeinschaftlich geschlossene mündliche Vertrag, sondern das Geben ohne gültige causa der Grund der Rückforderung ist. Erk. des Obertr. v. 18. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 193). Denn die Zurückforderungsklage wird ganz allein durch das bloße, in Folge des formlosen Vertrages geschehene Geben begründet, und es kommt gar nicht darauf an, daß der Geber Eigenthümer des Gegebenen sei. Erk. des Obertr. vom 6. Januar 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 133).

48) Er muß also auch die Meliorationen mitnehmen und vergüten. §. 163. — Wenn aber der Empfänger die Sache nicht mehr hat, so kann der Geber nur aus der Bereicherung desselben mehr fordern als bedungen worden. Vergl. Suarez in Jahrb. Bd. LII, S. 7. — (4. A.) Zur Begründung der Rückforderungsklage ist nicht erforderlich, daß der Kläger in der Klageschrift zur Vergütung alles dessen sich bereit erkläre, gegen dessen Erstattung der Beklagte zur Herausgabe verpflichtet ist. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 19. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 335 und Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 302). (5. A.) Der Kläger braucht daher zur Begründung seines Anspruches in der Klage auch nicht zu behaupten, daß er bereit und im Stande sei, das Grundstück in dem empfangenen Zustande herauszugeben und dabei seinen Verpflichtungen als unrechtfertigen Besitzers zu genügen. Erk. dess. vom 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 4).

(4. A.) Der Empfänger der auf dem Grunde eines wegen mangelnder Form für ihn unverbindlichen Vertrages ihm übergebenen Sache, welcher nur einen Theil der vereinbarten Naturalgegenleistungen gewährt, hiernächst aber statt des rückständigen Theils derselben eine bestimmte Geldsumme zu zahlen übernommen hat, ist, wenn er den Vertrag nicht erfüllen will, nur verpflichtet, entweder die Sache in dem früheren Zustande zurückzugeben, oder den ausgemittelten Werth zur Zeit deren Uebergabe, nach Abzug des Werths der bereits gewährten Gegenleistungen, zu vergüten. Erk. des Obertr. v. 5. Jan. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 179).

48a) (4. A.) Der §. 163 bezieht sich nur auf mündliche Verträge, welche schriftlich hätten errichtet werden müssen, aber nicht auf solche, welche wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit ungültig sind. Erk. des Obertr. vom 22. September 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 58). Auch nicht auf solche, welche wegen Mangels der bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Form nichtig sind, wie z. B. außergerichtliche Parzellirungsverträge. Erk. des Obertr. v. 10. April 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 26), und vom 27. April 1866 (ebend. Bd. LXII, S. 322).

49) 1. Die §§. 163, 164 sind auch anwendbar, wenn von einem mündlichen Kaufvertrage der eine Kontrahent zurücktritt; und der Verkäufer eines Grundstücks, welcher den mündlichen Vertrag aufrecht erhalten will, braucht daher, wenn auch der zurücktretende Käufer ihm das Grundstück nebst allen Nutzungen gewähren muß, das empfangene Kaufgeld erst von dem Tage des ihm angekündigten Rücktritts zu verzinsen. Pr. des Obertr. 973, v. 22. Januar 1841.

(4. A.) Wenn umgekehrt von einem über ein Grundstück nur mündlich abgeschlossenen Kaufvertrage der Verkäufer zurücktritt, so treffen den Käufer, welcher denselben zu erfüllen bereit ist, die Pflichten eines unredlichen Besitzers nicht schon vom Tage des ihm von dem Verkäufer erklärten Rücktritts. Behält hiernach der Käufer die Früchte und Nutznngen, so muß er den rückständig verbliebenen Theil des Kaufgeldes vom Tage der Uebergabe des Grundstücks an landüblich verzinsen. Erk. des Obertr. v. 9. Juli 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 249).

§. 165. Hat der mündliche Vertrag Handlungen[50]) zum Hauptgegenstande gehabt[51]), und sind diese sämmtlich geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede[52]) erfolgen[52a]).

(4. A.) Der Verkäufer, welcher von einem über ein Grundstück bloß mündlich abgeschlossenen, beiderseits durch Uebergabe und Zahlung des Kaufpreises erfüllten Kaufkontrakte zurücktritt, muß das Kaufgeld vom Tage des Empfanges an landüblich verzinsen, obwohl der Käufer die Früchte und Nutzungen des Grundstücks behält. Erk. d. Obertr. v. 13. März 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 240).

2. Eine Klage, welche auf Herausgabe des Gegebenen gegen Erstattung des Empfangenen, auf Grund des §. 156 ff. d. T., gerichtet worden ist, kann, wenn sich im Prozesse ergeben hat, daß der Bekl. als ein redlicher Besitzer zu behandeln sei, nicht aus dem Grunde an und für sich allein ganz oder angebrachtermaßen abgewiesen werden, weil nicht schon in der Klage die Wiederannahme in dem gegenwärtigen Zustande und die Gestattung aller Vortheile des redlichen Besitzers angeboten worden sind; sondern der Richter ist befugt, die Rechte des Bekl. und die dadurch bewirkte Einschränkung der Ansprüche des Klägers festzusetzen. Pl.-Beschl. (Pr. 2289) v. 19. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 329).

50) Oder Unterlassungen. Vergl. unten §§. 869 ff., Tit. 11. Pr. 1700 vom 6. Febr. 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 119), und Erk. v. 10. Febr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 235). (5. A.) Es kommt jedoch in jedem konkreten Falle darauf an, nicht nur, ob ein Uebereinkommen eine Unterlassung zum Hauptgegenstande hat, sondern auch, ob dasselbe nur Rechtsverhältnisse betrifft, welche unmittelbar und allein unter den Kontrahenten zur definitiven Austragung kommen können, oder ob dasselbe auch ein Obligationsverhältniß zu dritten Personen angeht, welche an dem Uebereinkommen nicht Theil genommen haben, auf welches aber der mündlich Verpflichtete nach der Bedeutung des Uebereinkommens soll zurückzugreifen im Stande sein. So sagt das Obertr. in einem Erk. vom. 11. Oktober 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 10). Der Thatbestand, auf welchen diese Theorie angewendet worden, war dieser: Der Kläger, welcher die Exekution und Subhastation gegen seinen Schuldner verfolgte, hatte sich gegen den Bekl. (einen Dritten) mündlich verpflichtet, die Fortsetzung dieses Verfahrens zu unterlassen und der Dritte (der Bekl.) dagegen versprochen, ihm die Schuld des Exequendus zu bezahlen. Der Exekutionsbetreibende erfüllt sein Versprechen, der Andere aber bezahlt hinterdrein nicht und das Obertr. weiset Jenen, unter Vernichtung des Appellationserkenntnisses, auf Grund seiner gemachten Unterscheidung, mit der Forderung ab, weil in dem Versprechen des Bekl. eine Intercession liege, welche ohne Schriftform ungültig sei. Durch diese Entscheidung wird dem Kläger schreiendes Unrecht gethan. Jene untergelegte Unterscheidung ist ohne Rechtsboden, Recht und Gesetz wissen davon nichts. Das Versprechen des Bekl. ist dem Kläger gegenüber keine Intercession, vielmehr ist das Uebereinkommen zwischen Beiden ein zweiseitiger Vertrag (facio ut des), der Kläger hat seinerseits erfüllt, d. h. sein Recht fahren lassen, der status quo ante kann nicht wieder hergestellt werden, folglich ist der Kläger „von Rechts wegen" — wie soll man sagen — gefangen worden, der Schuldner ist vorläufig mit Hilfe des für Recht erkannten Wortbruchs seines Freundes durchgeschlüpft.

(4. A.) Die durch Vergleich übernommene schriftliche Quittirung über die erfolgte Aufhebung einer Schuld ist nicht als eine selbstständige, für sich den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts bildende Leistung, und mithin nicht als eine Handlung in dem Sinne anzusehen, wie sich das Gesetz dieses Ausdrucks bei der Klassifikation der Verträge bedient, — sagt das Obertr. in einem Erk. vom 8. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 45). Wahr. Aber warum? Welchen Sinn verbindet das A. L.R. mit dem Ausdrucke „Handlungen" als Gegenstände von Verträgen? Darüber unten, Anm. 18 zu §. 393, Tit. 11.

51) Anwendungen: 1. Vollziehung eines mündlichen Auftrages. Deshalb kann der Beauftragte auch dann, wenn er zum Ankaufe von Sachen zum Werthe von mehr als 50 Thlrn. bloß einen mündlichen Auftrag hatte, von dem Kommittenten Erstattung der Auslagen, und als Kaufmann Provision fordern. Pr. des Obertr. vom 3. Mai 1845 (Entsch. XI, 345). — (3. A.) Dahin gehört auch die mündlich, unter Zusicherung einer bestimmten Geldsumme aufgetragene Anfertigung eines Werks, z. B. eines Monuments, welches, wenn es auftragsmäßig ausgeführt ist, abgenommen und bezahlt werden muß. „Die Abnahme und Bezahlung eines verdungenen Werkes darf, wenn auch der Werth desselben oder der dafür vereinbarte Preis die Summe von 50 Thlrn. übersteigt, doch deshalb allein, weil der Vertrag nur mündlich geschlossen worden, nicht verweigert werden." Die Anwendung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß nicht die Handlungen als solche, sondern nur ihr Erfolg als der Gegenstand oder Zweck des geschlossenen Vertrages hervortreten oder bezeichnet sind. Pr. des Obertr. 2653, vom 29. Novbr. 1855. (Entsch. Bd. XXXI, S. 374.)

2. Eingehung einer Ehe. Deshalb kann derjenige, der dem Anderen eine unbewegliche Sache unter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form nicht mehr anfechten, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat. Pl.-Beschluß (Pr. 1631) v. 7. Nov. 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 31). Vergl. oben Anm. 64 zu §. 71 d. T.

52) Ist nicht konsequent; denn der Vertrag gilt nicht, weshalb lediglich das Geleistete zu kondi-

§. 166. Sind die Handlungen nur zum Theil geleistet worden, und der Verpflichtete will durch Leistung der übrigen den Vertrag nicht vollständig erfüllen, so

---

ziren wäre, d. h. der Werth der Handlungen, oder der übliche Lohn, möchte er mehr oder weniger betragen, müßte gefordert werden können, da die Handlungen oder Unterlassungen begreiflich nicht wie eine körperliche Sache zurückgegeben werden können. Darauf kommt man auch zurück, wenn kein Preis in Gelde verabredet worden ist. Dieser Grundsatz findet sich angewendet in einem anderen Falle der Ungültigkeit des Vertrages, nämlich wegen kasueller Unmöglichkeit der Erfüllung. Tit. 11, §. 882. Die Bestimmung des §. 165 gründet sich auf Nützlichkeit, um Ausmittelung des Werths abzuschneiden. Deshalb kann sie nur angewendet werden, wenn die Gegenleistung in Gelde verabredet ist; sonst würde die Werthsermittelung auf eine andere Sache oder Handlung, als diejenige ist, welche vergütet werden soll, gerichtet werden, und es würde weder Vertragserfüllung, noch Kondiktion, sondern ein unnennbares juristisches Drittes zur Anwendung kommen. Dies gilt begreiflich nur von Handlungen, welche dem Vermögensrechte angehören. Bei anderen Handlungen, z. B. bei der Heirath, muß es bei der Gegenleistung lediglich verbleiben, da nichts kondizirt werden kann. Pr. 1631 in Anm. 51, Nr. 2. — (3. A.) Uebrigens ist unter der Vergütung nach der mündlichen Abrede die bei Eingehung des mündlichen Vertrages verabredete Vergütung zu verstehen, nicht etwa eine Vergütung, welche hinterdrein, nachdem die zu vergütende Handlung bereits vollständig geleistet war, mündlich verabredet worden ist. Der Satz ist als ein zweifelhafter von dem Obertr. durch das Pr. 2674 v. 2. Dez. 1856 festgestellt. (Entsch. Bd. XXXIV, S. 48.) Worin das Zweifelhafte liegen soll, wird nicht angedeutet und ist sonst nicht findbar. Denn der §. 165 handelt eben von der Wirksamkeit eines zweiseitigen mündlichen Vertrages, wenn der eine Kontrahent vorgeleistet hat. Dann soll, obgleich nach dem Grundsatze des A. L.R. der Vertrag als Konsensualkontrakt nicht bindend ist, es doch bei dem römischen Grundsatze verbleiben und der andere Theil das gegenzuleisten verbunden sein, was er bei Eingehung des Kontrakts versprochen hat. Würde erst hinterher, nach der Vorleistung, die Gegenleistung auf eine bestimmte Summe vereinbart, so wäre das ein neuer Vertrag und zwar ein Vergleich, welcher als Konsensualvertrag nur durch die gesetzliche Form rechtsverbindlich werden kann und nicht Gegenstand der Bestimmung des §. 165 ist, weil dieser nur von dem Realkontrakte facio ut des handelt.

(4. A.) Wenn die versprochene Gegenleistung in einem Prozentsatze (Tantieme) von einem gewissen Einkommen des Geschäftsherrn besteht, z. B. wenn einem Förster von der Holzeinnahme eine Tantieme zugesichert worden ist, so gebührt dieselbe nur von der wirklichen Einnahme, nicht auch von denjenigen Geldern, welche zwar aus den während der Dienstführung geschlossenen Verträgen herrühren, jedoch erst nach der Dienstentlassung fällig geworden, resp. eingegangen sind. Erk. des Obertr. v. 24. Jan. 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 306).

(4. A.) Die mündliche Abrede kann auch durch Bezugnahme auf eine vorhandene Vertragsurkunde getroffen werden. Wenn z. B. ein Gutsbesitzer erklärt, einen von dem Vorbesitzer angestellten Wirthschaftsbeamten auf den Grund dessen früheren schriftlichen Dienstvertrages beibehalten zu wollen, so ist er verpflichtet, die von dem Wirthschaftsbeamten hiernächst geleisteten Dienste nach Maßgabe jenes schriftlichen Vertrages zu vergüten. Erk. d. Obertr. v. 8. Jan. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 241).

52a) (4. A.) In einem Erk. des Obertr. v. 20. Okt. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 297) ist ausgesprochen, daß der §. 165 Kontrahenten voraussetze, welche für sich selbst *rechtsfähig* sind. Dies ist in mehrfacher Hinsicht unrichtig. Zuerst ist der Ausdruck unzutreffend; denn es ist von einem Hausſohne Rede, welcher einer Person 200 Thlr. als Abfindung versprochen hatte, ohne schriftliche Einwilligung des Vaters. Ein Hausſohn ist als solcher durchaus *rechtsfähig*, aber er ist nicht *handlungsfähig*. Sodann würde der §. 165 nicht anwendbar gewesen sein, wenn auch der Versprecher „*für sich selbst rechtsfähig*" (soll heißen handlungsfähig) gewesen wäre; denn er bezieht sich auf den Fall, wo über Handlungen mündlich kontrahirt worden ist, ehe dieselben geleistet worden sind, was bei dem einer Geschwängerten hinterdrein gemachten Versprechen einer Abfindung nicht paßt. Drittens ist es nicht anzuerkennen, daß der §. 165, den richtigen Fall vorausgesetzt, nicht Anwendung finden soll auf einen kontrahirenden Hausſohn, wenn der Vater bloß mündlich genehmigt hat; es ist ja dann ein vollständiger mündlicher Vertrag vorhanden.

(4. A.) Die Regel des §. 165, daß die Gegenleistung nach der mündlichen Abrede erfolgen muß, wenn die Handlung geleistet worden ist, hat dann ihre Ausnahme, wenn für die Gegenleistung eine besondere Form im öffentlichen Interesse gebietend bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, wie z. B. für die Zerstückelungsverträge über Grundstücke. Daher kann derjenige, welcher während der Gültigkeit des Gesetzes vom 3. Jan. 1845 dem anderen Theile ein Trennstück unter der mündlichen Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag auch nach Vollziehung jener Heirath wegen Mangels der gesetzlichen Form anfechten. Erk. des Obertr. vom 8. Dez. 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 362).

(4. A.) Der Spediteur, welcher einen nur mündlich geschlossenen Speditionsvertrag erfüllt hat, kann seine Ansprüche an den Befrachter mit der Klage aus dem Mandate, oder mit der Klage aus einem Vertrage über Handlungen verfolgen. Erk. des Obertr. v. 4. Sept. 1851 (Archiv f. Rechtsf.

kann der Berechtigte von der mündlich verabredeten [53]) Vergütung so viel abziehen, als erforderlich ist, sich die noch rückständigen Leistungen zu verschaffen [53a]).

§. 167. Will hingegen der Berechtigte die Leistung der noch rückständigen Handlungen nicht annehmen, so muß der Werth der schon wirklich geleisteten nach den Gesetzen ausgemittelt und vergütet werden.

§. 168. Uebrigens finden aus einem bloß mündlichen [54]) Vertrage, wegen der von dem einen oder dem andern Theile verweigerten [55]) Erfüllung, keine Forderungen von Entschädigungen oder Interesse statt [56]).

---

Bd. III, S. 248). (5. A.) Das Gleiche gilt auch für den mündlichen und ausgeführten Vollmachtsvertrag. Erk. dess. vom 20. September 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 179). Vergl. Tit. 13, §. 7, Anm. 5 dazu.

(5. A.) Hat bei einem Neubau an der Grenze der Nachbar ein Untersagungsrecht geltend gemacht und dabei mündlich erklärt, daß er mit dem Baue zufrieden sein wolle, wenn die Mauer bis an das Dach abgebrochen werde, und hat der Bauende diese Forderung sogleich erfüllt; so kann der Nachbar von diesem mündlichen Abkommen nicht mehr zurücktreten, vielmehr sind dadurch alle entgegenstehenden früheren Verhandlungen der Parteien über den Bau erledigt. Erk. des Obertr. vom 25. Februar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 164).

53) Besteht diese in Sachen oder geldwerthen Handlungen, so werden diese geschätzt, und von deren Werthe werden die Kosten der noch rückständigen Leistungen abgezogen. Der Rest ist dasjenige, was dem Anderen für die geleisteten Handlungen gebührt. Ist das Resultat ein Deficit, so erhält derselbe nichts, ist aber auch nichts weiter schuldig, nach §. 168 d. T.

53a) (5. A.) Zur Ausführung eines Abzuges auf eine zu leistende Vergütung wird erfordert, daß sowohl die Vergütung als der darauf zu machende Abzug in bestimmten, ihrer Quantität nach feststehenden fungiblen Sachen besteht. Sind die Handlungen und Leistungen spezifischer Art, welche von Zeit, Person und anderen Umständen abhängen und in ihren einzelnen Leistungen und ihrem Umfange im Voraus nicht bestimmt werden können, so sind sie nicht geeignet, unter den Begriff der im §. 166 gemeinten Vergütung, welche die Möglichkeit eines Abzugs gestatten muß, subsumirt zu werden, weil sie nicht die Rechnungsfaktoren darbieten, welche erforderlich sind, um an einer Geldsumme oder einem anderen Werthgegenstande einen Abzug vornehmen zu können. Außerdem enthält der §. 166 eine Vorschrift nur zur Bestimmung, in welchem Umfange derjenige, dem der Rücktritt vom Vertrage zur Last fällt, für seine bereits geleisteten Handlungen die verabredete Vergütung fordern kann; nicht aber verhält er sich über den Anspruch, den der andere Kontrahent für seine Leistungen als Vergütung oder sonst als Entschädigung erheben darf, wofür die §§. 156—160, 163, 167, 168 maßgebend sind. Erk. des Obertr. v. 26. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 262).

54) Aber schriftlich abzufassen gewesenen. R. vom 26. Sept. 1838 (Jahrb. Bd. LII, S. 147). S. Anm. 56.

55) Lediglich auf den Fall der ganz oder theilweise verweigerten Erfüllung bezieht sich diese Vorschrift. Ist der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt, und hat er keine unbewegliche Sache zum Gegenstande, so hat er Geltung und Beständigkeit erhalten, mithin auch rechtliche Folgen. §. 146 und Anm. dazu.

Das ist auch von dem Obertr. angenommen. Den ersten Satz enthält das Pr. 693 v. 29. Mai 1839: „Dies Gesetz bezieht sich nicht auf eine geforderte Vergütung behaupteter Gewährsmängel bei einem, seinem Hauptgegenstande nach bereits erfüllten Vertrage, sondern lediglich auf eine Entschädigung für solche Nachtheile, die einem Kontrahenten *daraus*, daß der verabredete Kontrakt wegen erfolgter Sinnesänderung des einen Kontrahenten gar nicht zur Erfüllung gekommen, oder rückgängig geworden, entstanden sein sollen."

Das Andere sagt das Pr. 1645, v. 21. Nov. 1845: „Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß mündlich geschlossen, aber von beiden Seiten erfüllt worden, so wird der, wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Kontrahenten von dem anderen erhobene Anspruch auf Entschädigung durch die Vorschrift des §. 168 nicht ausgeschlossen."

56) Der Grund ist der Mangel eines gültigen Vertrages, daher eben die entsprechende Klage aus dem Rechtsgeschäfte nicht gegeben ist. Nur wenn durch Leistung ein Realkontrakt daraus geworden ist, findet zwar auch nicht die actio praescriptis verbis (die Kontraktsklage) statt, worin eben eine wichtige Verschiedenheit des L.R. vom R. R. liegt; wohl aber die condictio ob causam, bei welcher selbstverständlich weder von Entschädigung, noch von Interesse die Rede sein kann. (4. A. Deshalb ist der Anspruch auf Vergütung oder Nachleistung wegen nicht gehöriger Erfüllung durch die Vorschrift des §. 168 nicht ausgeschlossen. Vergl. Erk. des Obertr. v. 16. Juni 1853 [Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 75]). Das setzt natürlich einen solchen mündlichen Vertrag voraus, welcher schriftlich hätte abgefaßt werden müssen und deshalb ungültig ist; aus einem an sich gültigen mündlichen Vertrage finden diese

Was Rechtens sei, wenn der schriftliche Vertrag nicht mehr vorhanden ist.

§. 169. Ist ein schriftlich abgefaßter Vertrag verloren gegangen, so sind zur Ausmittelung seines Inhalts alle in den Gesetzen gebilligte Beweismittel zulässig.

§. 170. Hat einer der Kontrahenten den Verlust oder die Vernichtung des Instruments vorsätzlich veranlaßt, so wird die Angabe des Andern von dem Inhalte so lange für richtig angenommen, bis das Gegentheil klar erwiesen ist[57]).

6. Von gerichtlichen Verträgen.

§. 171. Blinde und Taubstumme[57a]) müssen ihre schriftlichen Verträge gerichtlich aufnehmen lassen.

§. 172. Personen, die des Schreibens und Lesens[58]) unkundig oder durch einen Zufall am Schreiben verhindert sind[59]), müssen in Fällen, wo es eines schriftli-

---

Ansprüche allerdings statt. Anm. 54. Aber aus dem Grunde, auf welchem die Unzulässigkeit dieser Ansprüche ruhet, folgt, daß die Bestimmung des §. 168 auch auf solche schriftliche Verträge Anwendung findet, welche gerichtlich oder notariell hätten abgeschlossen werden müssen. Pr. des Obertr. v. 1. Okt. 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 126) und §. 174 d. T.

(3. A.) Zu den Entschädigungen und dem Interesse, welche nach §. 168 nicht gefordert werden können, gehören auch Verzögerungszinsen. Erk. des Obertr. v. 6. Juni 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 25).

57) Die Pr.-Ordnung Tit. 10, §. 120 läßt, wenn eine Partei die zur Aufklärung der Wahrheit erforderlichen Urkunden vorsätzlich wegschafft, den Gegner zur eidlichen Bestärkung des Inhalts. Man hat diesen Widerspruch auf verschiedene Weise zu heben und die Stellen zu vereinigen versucht, er ist aber nicht zu heben, da zwei geschichtlich vorhandene, sich widerstreitende Meinungen der Rechtsgelehrten angenommen worden sind. Man muß daher, wenn man nicht dem Prinzipe des L.R. als der jüngeren Vorschrift — denn das Prinzip der Pr.-O. steht schon im Corp. jur. Frid. und die Stelle ist bei der zweiten Ausgabe, nämlich bei der Redaktion der Pr.-O., unverändert übernommen — allgemein den Vorzug geben will, jeder Stelle ihren besonderen Wirkungskreis anweisen. Dann kommt die Bestimmung des §. 179, als die spezielle für Verträge, bei den über Verträge verfaßten Instrumenten zur Anwendung, und der §. 120, Tit. 10 der Pr.-O. gilt in Beziehung auf alle übrigen Urkunden. (4. A.) So scheint auch das Obertr. die Bestimmungen aufzufassen und angewendet zu haben. Die Voraussetzung der Anwendung des §. 170 bei Verträgen ist, daß das Rechtsgeschäft, welches die fragliche Urkunde zum Gegenstande gehabt haben soll, unstreitig oder erweislich überhaupt wirklich stattgefunden hat. Erk. des Obertr. v. 25. Januar 1859 (Entsch. Bd. XL, S. 297).

57a) (4. A.) Auch bloß Taube oder bloß Stumme, welche nicht schreiben und Geschriebenes lesen können. Vergl. A. G.O. III, 3, §§. 4, 5 u. Not.-Gesetz vom 11. Juli 1845, §. 11, wo die in den §§. 4 u. 5 vorgeschriebene Prozedur, welche jene Kunde voraussetzt, den Notaren zur Pflicht gemacht ist. Ohne diese Kunde können also Notare mit Tauben oder Stummen nicht prozediren.

58) Wer zwar seinen Namen schreiben aber sonst Geschriebenes nicht lesen kann, ist einem Analphabeten gleich. Anh. zur A. G.O. §. 72; Erk. des Obertr. vom 25. März 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 210), u. 17. Okt. 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 365). Dagegen ist „derjenige, welcher einen Vertrag unterschrieben hat, und Geschriebenes lesen kann, als schriftlich verpflichtet anzusehen, und es findet, wenn er auch ein Mehreres nicht, als seinen Namen, schreiben kann, die Einrede, daß die schriftliche Form nicht beobachtet sei, nicht statt." Pr. des Obertr. vom 24. Januar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 108). (5. A.) Wieder angewendet in dem Erk. dess. vom 21. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 73).

Den Analphabeten gleich stehen in dieser Beziehung auch diejenigen Personen, welche die Schrift, in welcher das Instrument abgefaßt ist, weder lesen noch schreiben können, wenn sie auch andere Schrift lesen und schreiben. Denn der Kontrahent muß im Stande sein, sich von der Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen mit der Verabredung zu überzeugen (Pr. des Obertr. v. 11. Febr. 1837, Entsch. Bd. I, S. 164), weil die Schrift nicht bloß wesentliche Form, sondern auch Beweismittel ist. (3. A.) Dies gilt namentlich von Juden, welche in jüdischen Schriftzügen zu schreiben und zu lesen verstehen, deutsch aber außer ihrem Namen nicht schreiben, noch Geschriebenes lesen können: solche sind in Beziehung auf einen in deutscher Sprache abgefaßten, von ihnen unterschriebenen Vertrag als Analphabeten zu erachten. Angenommen von dem Plenum des Obertr. am 2. Juli 1855, Pr. 2635. (J.M.Bl. 302 und Entsch. Bd. XXXI, S. 1.)

59) Ueber die Beweislast läßt sich nur in jedem einzelnen Falle nach Beschaffenheit der behaupteten Thatsache urtheilen. Muß z. B. Jemand seine Unterschrift unter einer Urkunde anerkennen, oder wird sonst bewiesen, daß er eigenhändig unterschrieben habe, und er behauptet, daß er Geschriebenes nicht lesen und mehr als seinen Namen nicht schreiben könne, so wird er dies zu beweisen haben; denn er hat geschrieben, und wenn Jemand schreibt, so hat er eine Anzeige gegen sich, daß er auch lesen kann. (4. A.) Gelingt der Beweis, so ist der mit der Unterschrift versehene Revers oder Vertrag für den Unterschreibenden unverbindlich. Vergl. Erk. des Obertr. vom 10. Dez. 1850 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XII, S. 5). — Auf Personen, die zwar von fremder Hand Geschriebenes vorgeblich

chen Kontrakts bedarf, solchen gerichtlich oder vor einem Notario[60]) errichten[61]).

§. 173. Bei gemeinen Landleuten dieser Art[61a]) ist die Aufnehmung vor den Dorfgerichten[62]) mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers hinreichend[63]).

§. 174. Außergerichtliche, auch schriftliche Verträge solcher Personen, bei welchen die §§. 171, 172, 173 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, werden den bloß mündlich geschlossenen gleich geachtet[64]).

§. 175. Kann ein solcher Kontrahent dem Protokoll oder Kontrakt auch seine Namensunterschrift nicht eigenhändig[65]) beifügen, so muß er das Instrument an der zur Unterschrift bestimmten Stelle mit Kreuzen oder einem anderen gewöhnlichen Handzeichen bemerken[65a]).

---

nicht lesen, jedoch Etwas mehr als ihren Namen schreiben können, findet die Vorschrift des §. 172 keine Anwendung. Erk. des Obertr. v. 14. Juni 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 261).

60) Die Protokolle der Verwaltungsbeamten haben für Analphabete keine verbindende Kraft. Eine Ausnahme machen die Licitationsprotokolle, welche zufolge des §. 9 der V. v. 27. Juni 1811 (G.S. S. 208) über Veräußerungen von Domänen und deren Pertinenzien von den Regierungen aufgenommen sind, welchen ebendieselben rechtlichen Wirkungen, als dergleichen gerichtlichen Verhandlungen, auch rücksichtlich der meistbietend gebliebenen Analphabeten beigelegt werden. Pr. 3, von 1832.

61) Haben schreibensunkundige Personen einen Vertrag, der schriftlich zu errichten gewesen, von einem Anderen aufsetzen lassen, und genehmigen sie demnächst vor dem Richter nach vorheriger Vorlesung diesen Aufsatz seinem Inhalte nach, findet ihn auch der Richter deutlich und dem Willen der Parteien entsprechend abgefaßt, so bedarf es keiner nochmaligen vollständigen Niederschreibung desselben zum Protokolle; der Aufsatz kann vielmehr mit dem Protokolle über die erfolgte Vernehmung der Parteien ausgefertigt werden, um als ein gerichtlicher Vertrag zu gelten. Pr.-O. Tit. 10, §. 125. Pr. des Obertr. 1558, v. 5. April 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 185).

Gegen Wechselerklärungen ist der Einwand, daß der Aussteller zwar seinen Namen schreiben, sonst aber nicht schreiben und auch Geschriebenes nicht lesen könne, im Wechselprozesse überhaupt unzulässig. Pr. 2269, v. 6. Februar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 353).

61a) (3. A.) Gemeine Landleute dieser Art sind eben solche, welche nicht schreiben können (§. 172), sonst aber keinen bei Verhandlungen mit Anderen beschwerlich werdenden Mangel haben. In diesem Falle aber, namentlich also auch bei gemeinen Landleuten, die der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, ist die Aufnahme desselben vor den Dorfgerichten mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers nicht hinreichend. Pr. des Obertr. vom 24. Mai 1854. (Entsch. Bd. XXVIII, S. 53.)

62) II, 7, §. 79. Zu einem gehörig besetzten Dorfgerichte sind außer dem Schulzen und Gerichtsschreiber, nicht sämmtliche in einer Gemeine bestellte Schöppen erforderlich, sondern nur zwei. Pr. des Obertr. 1615, v. 27. Septbr. 1845.

63) Die nachträgliche Wiederholung vor Gericht ist zur formellen Gültigkeit nicht erforderlich, wo es nicht besonders vorgeschrieben.

64) Wenn ein Vertrag, welcher zu seiner Rechtsgültigkeit der schriftlichen Abfassung bedarf, nur von dem einen Kontrahenten gehörig unterschrieben, von dem anderen des Schreibens und Lesens unkundigen Kontrahenten dagegen bloß mit Kreuzen unterzeichnet ist, und deshalb für den Letzteren keine verbindliche Kraft hat, so kann der Erstere sich auf diese mangelhafte Vollziehung des Vertrages nicht berufen, und von demselben ohne weiteres nicht zurücktreten. Er hat nur das Recht, von dem anderen Kontrahenten zu verlangen, daß dieser entweder ebenfalls den Vertrag in rechtsgültiger Form vollziehe, oder sich die gänzliche Aufhebung gefallen lasse. Pr. des Obertr. 495, v. 29. Juni 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 214). — Dazu kann er ihm aber eine Frist bestimmen, mit deren Ablaufe er auch seinerseits von selbst entbunden ist, wenn vor Ablaufe derselben keine verbindliche Vollziehung erfolgt. Anm. 97, Nr. 4 a. E. zu §. 116 d. T. — Hat der Analphabet die Erfüllung angenommen und will nicht zurücktreten, so kann er nicht einwenden, daß mündlich andere Bedingungen, als die niedergeschriebenen, verabredet worden. Pr. v. 11. Februar 1837 (Entsch. II, 126).

So lange der Analphabet die privatschriftliche Punktation über ein Grundstück oder über einen anderen Gegenstand, worüber schriftlich kontrahirt werden muß, noch nicht in rechtsgültiger Form als verbindlich anerkannt hat, kann er auch in jeder Form, wofern es nur ausdrücklich geschieht, von dem Geschäfte wieder zurücktreten. Ist dies aber geschehen, so ist auch der andere Kontrahent nicht weiter gebunden. Pr. des Obertr. 1636, v. 1. Novbr. 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 163).

65) Anm. 97 zu §. 116 d. T.

65a) (3. A.) Vergl Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845, §. 13. Die Handzeichen sollten eigenhändig gezeichnet werden. Es ist aber sehr üblich, daß der Schreiber der Urkunde die Zeichen macht und

§. 176. Unter diesen Zeichen muß der Richter oder Notarius gehörig attestiren, daß und warum sie von dem Kontrahenten statt der Unterschrift gebraucht worden.

§. 177. Kann der Kontrahent auch keine solche Zeichen beifügen, so muß ein von ihm gewählter[66]) Beistand die Unterschrift in seinem Namen leisten; und daß dieses geschehen sei, von dem Richter oder Notario attestirt werden.

§. 178. Die unterlassene Beobachtung dieser Vorschriften (§§. 175, 176, 177) benimmt zwar für sich allein dem Vertrage noch nichts an seiner verbindlichen Kraft; der Richter oder Notarius aber wird wegen der daraus entstehenden Weitläufigkeiten und Kosten verantwortlich.

Anh. §. 5. Personen, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, müssen Jemand mit zur Stelle bringen[67]), der, es sei ein Rechtsanwalt oder sonst ein glaubhafter Mann, in ihrem Namen die Unterschrift verrichtet[68]).

Diese Vorschrift muß der Richter solchen Kontrahenten, deren Stand oder Ansehen es zweifelhaft

daß der Betheiligte dabei nur die Feder oben am Ende anfaßt, woraus bisweilen ein Anfechtungsgrund gemacht wird. Das Obertr. hat in einem solchen Falle den Satz angenommen: „Einer notariellen Verhandlung kann deshalb, weil der Betheiligte das die Unterschrift vertretende Handzeichen nicht selbstständig, sondern mit Hülfe eines Anderen gefertigt hat, die beweisende Kraft nicht versagt werden. Es genügt vielmehr, wenn der Betheiligte bei Fertigung des Handzeichens in einer Weise mitgewirkt hat, daß daraus sein Wille erkennbar ist, das Handzeichen als Zeichen seiner Genehmigung der aufgenommenen Verhandlung beizufügen." Erk. v. 22. Nov. 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 245).

66) Oder von dem Richter zugeordneter, wenn die Partei keinen mitbringt oder wählt. Anh. z. A. G.O. §. 70. — Nicht bloß bei prozessualischen, sondern auch bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß der Richter, wenn die schreibensunkundige Partei unterläßt, zum Zwecke der zu verrichtenden Unterschrift einen glaubhaften Mann mitzubringen, derselben den Schreibzeugen von Amtswegen zuordnen. Pr. des Obertr. 1822 (Pl.-Beschl.) v. 15. Januar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 3).

67) S. die vor. Anm. — 1. Wenn ein Protokollführer zugezogen, ist der Beistand nicht erforderlich. (Zus. 3 zu Anh. §. 5 u. Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 460.) Allein der Umstand, daß der zugezogene Unterschriftszeuge eine Gerichtsperson ist, reicht nicht aus, um eine, mit Analphabeten abgehaltene Verhandlung als eine von zwei Gerichtspersonen aufgenommene zu erachten. Pr. I, v. 8. Januar 1848 (Entsch. XVI, 101).

2. Wenn bei zweiseitigen Verträgen beide Kontrahenten des Schreibens unkundig sind, so ist der Umstand für sich allein, daß der instrumentirende Richter Beiden ein und denselben Unterschriftszeugen zugeordnet hat, noch nicht ausreichend, um den Vertrag auf einseitiges Anrufen des einen Theils für nichtig zu erklären. Dass. Pr. Nr. II.

68) Der bei einer gerichtlichen, ohne Protokollführer aufgenommenen Verhandlung zugezogene Unterschriftsbeistand muß den Namen der schreibensunfähigen Partei selbst schreiben (cfr. §. 46, Tit. 2, Th. II A. G.O.), und es genügt nicht, wenn der Richter neben den von der Partei gemachten Kreuzen die Namen geschrieben, und der Beistand bemerkt hat, daß die Kreuze in seiner Gegenwart gemacht worden. Pr. 749, v. 31. Oktober 1839. (3. A.) Von dieser Meinung ist das Obertr. durch Pl.-Beschl. v. 7. Mai 1855 wieder abgegangen, welcher lautet: „Bei einer von einem Richter ohne Zuziehung eines Protokollführers mit einem Schreibensunerfahrenen aufgenommenen Verhandlung ist es nicht erforderlich, daß der zugezogene Unterschriftsbeistand den Namen des Schreibensunerfahrenen oder irgend einen Theil desjenigen Vermerks selbst schreibt, der die Handzeichen des Schreibensunerfahrenen betrifft. Es genügt vielmehr die bloße Namensunterschrift des Beistandes." (J.M.Bl. S. 176 und Entsch. Bd. XXX, S. 393.)

So oder so, Beides ist, juristisch betrachtet, gleichgültig, Jedes hat gleich gute Gründe für sich, wie denn auch die Gründe dieses Plenarbeschl. keinen Grän gewichtiger sind als die des Pr. 749; aber Eins ist von Nöthen: wir müssen Rechtsgewißheit haben und uns darauf verlassen können, daß die Meinungen in solchen Dingen nicht wie Kleidungsstücke gewechselt werden. Der vorliegende Wechsel hat keinen zwingenden Grund und fördert nichts.

Desgleichen bleibt eine ohne Protokollführer aufgenommene Verhandlung für den Analphabeten unverbindlich, wenn die Kreuze nur von dem Richter attestirt sind, wenngleich ein mit dem Analphabeten erschienener Assistent für sich selbst, ohne als Schreibzeuge adhibirt worden zu sein, die Verhandlung unterschrieben hat. Pr. 246 v. 5. Mai 1837.

Die von einer einzelnen Gerichtsperson mit einer schreibensunkundigen Partei aufgenommene Verhandlung ist aus dem Grunde, weil das Protokoll keine Angabe darüber enthält: „daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat", für die schreibensunkundige Partei nicht unverbindlich. Pr. 2065 (Pl.-Beschl.) v. 6. Novbr. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 66).

machen, ob sie lesen oder schreiben können, gleich vor dem Anfang der Verhandlung bekannt machen, und auf deren Befolgung dringen. Ist diese Vorschrift nicht befolgt, so ist die Verhandlung für die Partei, welche nicht schreiben und Geschriebenes lesen kann, unverbindlich[69]).

3. K.O. v. 20. Juni 1816 (G.S. S. 203).

Der Zuziehung eines glaubhaften Mannes zu gerichtlichen Verhandlungen mit solchen Personen, welche des Schreibens und Lesens unerfahren sind, bedarf es nicht, sobald die Verhandlung von dem Richter unter Zuziehung[70]) eines Aktuars, vereideten Protokollführers oder zweier Gerichtsschöppen aufgenommen wird.

4. K.O. v. 8. Oktober 1837 (G.S. S. 154).

Ein zugezogener, gehörig vereideter Dolmetscher gehört zu den vereideten Protokollführern und ist deshalb zugleich die zweite Gerichtsperson.

§. 179. Wer der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig ist[70a]), wird Einem, der nicht schreiben kann, gleich geachtet. (§. 172)[71]).

§. 180. Ist der Richter oder Notarius der Sprache eines solchen Kontrahenten nicht kundig, so muß ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden.

§. 181. Vereinigen sich die Parteien über einen unvereideten Dolmetscher[72]), so muß dieses im Protokolle ausdrücklich bemerkt werden[73]).

§. 182. Mit dem Hauptinstrumente zugleich muß der Richter oder Notarius dem der Sprache unkundigen Kontrahenten eine Uebersetzung desselben zur Unterschrift vorlegen[74]). (§. 178.)

---

69) S. o. die Anm. 64 zu §. 174.

70) S. Pr. I, v. 8. Januar 1848 o. in der Anm. 67, Nr. 1.

70a) (4. A.) Gänzlich unkundig. Auf den Fall einer unvollständigen Kenntniß der fremden Sprache findet die Bestimmung keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 4. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 266).

71) Deshalb ist es unerheblich, wenn ein Solcher seine Unterschrift rekognoscirt, oder den Diffessionseid (Pr.=O. 10, §. 134) nicht leistet. Dem Leugnenden muß der Beweis seiner Sprachkunde geführt werden. — (5. A.) Schriftliche Verträge eines der Sprache, worin die Schrift abgefaßt worden, Unkundigen können auch nicht als mündliche bestehen bleiben, es sei denn, daß das Zustandekommen eines dem Schriftstücke entsprechenden mündlichen Vertrages bewiesen wird. Erk. des Obertr. vom 2. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 354).

72) Davon muß der instrumentirende Beamte, unabhängig von der Angabe des Dolmetschers, sich Ueberzeugung verschaffen.

73) Auch wenn die Verhandlung nur eine einseitige Erklärung enthält. R. v. 16. April 1840 (J.M.Bl. S. 150).

74) Hierauf kann der Sprachkundige gültig verzichten. Anh. zur A. G.O. (I, 10, §. 19) §. 75. Vergl. R. v. 16. April 1840 (J.M.Bl. S. 153). (3. A.) Zur gehörigen Verzichtleistung ist erforderlich, daß der Vermerk über die Verdolmetschung und Verzichtleistung in der dem Erklärenden verständlichen Sprache aufgenommen worden. Erk. des Obertr. v. 10. Oktbr. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 54). (4. A.) Der Verzicht ist daher nicht bloß in der deutschen, sondern auch in der Sprache jener Partei in die Verhandlung aufzunehmen; durch Nichtbeobachtung dieser Vorschrift wird jedoch dem übrigen Inhalte der Verhandlung die Beweiskraft nicht entzogen, wenn anderweit nachgewiesen werden kann, daß der Verzicht der der deutschen Sprache nicht mächtigen Partei in der nur in deutscher Sprache aufgenommenen Verhandlung richtig niedergeschrieben ist. Ges. v. 26. Jan. 1857 (G.S. S. 64).

Der Vermerk in einer öffentlichen Urkunde: daß dem der Sprache, in welcher dieselbe verfaßt ist, unkundigen Kontrahenten deren Inhalt verdolmetscht worden, ist nicht hinreichend, und derselbe kann die Vorlegung einer Uebersetzung des Hauptinstruments und deren Unterschrift von Seiten des unkundigen Kontrahenten oder eines Nebenprotokolls nicht ersetzen. Vielmehr tritt, im Mangel einer gehörigen Verzichtleistung, die gesetzliche Folge ein, daß die Verhandlung gegen den der Sprache unkundigen Kontrahenten nicht beweisend ist und der Vertrag nur gültig bleibt, wenn dessen Richtigkeit sonst nachgewiesen werden kann (§. 184). Pr. des Obertr. 2316, v. 9. Oktbr. 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 184). (4. A.) Dieser Rechtssatz bezieht sich nur auf Verträge und auf das Beweisverfahren durch Urkunden in fremder Sprache, nicht auf Audienzprotokolle über die mündlichen Verhandlungen in Prozessen. Erk. des Obertr. v. 24. November 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 34).

§. 183. Stimmt die Ueberſetzung mit dem Original nicht überein, ſo gilt erſtere zum Vortheil des Unkundigen.

§. 184. Die Unterlaſſung dieſer Vorſchriften (§§. 180, 181, 182) macht zwar den Vertrag, wenn deſſen Richtigkeit ſonſt nachgewieſen werden kann[75]), nicht ungültig, wohl aber den Richter wegen Weitläufigkeiten und Koſten verantwortlich.

V. Von Verſtärkung der Verträge

1. durch Anerkenntniß[75*]);

§. 185. Derjenige, welcher ſich ſchriftlich oder zum Protokoll zu einem mündlich geſchloſſenen[75a]) Vertrage bekannt hat[76]), kann, ſo weit[77]) als die Verabredun-

75) Hier hat man wieder nur das Zeichen der Perfektion eines Vertrages als Zweck der Form im Sinne gehabt, nicht den des Beweiſes, welcher aliunde geführt werden kann.

75*) (5. A.) Das Anerkenntniß iſt, nach dem A. L.R., nur Beſtärkungsmittel für Verträge, keineswegs, wie behauptet worden, ein ſelbſtſtändiger Verpflichtungsgrund, da es vielmehr ſeine Verbindlichkeit aus der urſprünglichen causa debendi herleitet und dieſe in ſich aufnehmen muß. Erk. des Obertr. vom 4. Juni 1866 (Entſch. Bd. LVII, S. 316).

Als ein neues Erzeugniß der Rechtsbildung durch Theorie und Praxis iſt der ſ. g. „Anerkennungsvertrag" aufzufaſſen, welcher in der bloßen Anerkennung, kraft des geeinigten und gethätigten Willens, ohne Angabe einer anderen causa, gleich den kaufmänniſchen Verpflichtungsſcheinen nach Art. 301 des H.G.B., einen ſelbſtſtändigen klagbaren Verpflichtungsgrund darſtellen ſoll und bereits in dem ſächſiſchen Geſetzbuch §§. 1397 ff. ſeinen Vertreter gefunden hat. Die Theorie dieſes Vertrages iſt gemeinrechtlich entwickelt von dem Ober-Appellationsgerichtsrathe Dr. Bähr in dem Werke „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Auflage 1867)". Die Lehre hat auch auf Grund des Allgemeinen Landrechts ihren Anhänger gefunden in dem Obertribunalsrath Meyer, welcher in der Abhandlung „zur Lehre vom Anerkennungsvertrag und der cautio indiscreta nach Preußiſchem Rechte" (in Hinſchius, Zeitſchrift für Geſetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. II [Berlin 1868], S. 754 ff.) ausführt, daß ſich aus der Behandlung, welche das Anerkenntniß in den §§. 185 ff. d. T. erfahre, nicht herleiten laſſe, daß das Allgemeine Landrecht, wenn es auch das Weſen des Anerkennungsvertrages, ſo wenig wie andere frühere Geſetzgebungen erkannt haben und deſſelben nicht ausdrücklich erwähnt, denſelben nicht zulaſſe. Er kommt zu dem Reſultat:

> daß der Anerkenntnißvertrag durch die Beſtimmungen des Allgemeinen Landrechts nicht ausgeſchloſſen wird, daß alſo nichts im Wege ſteht, ihm in dem Bereiche deſſelben Anerkennung zu verſchaffen, daß ſonach eine Klage auf Grund eines Anerkenntniſſes in geſetzlicher Form, wo dieſe geboten iſt, an ſich einen gültigen Klagegrund erhält und daß es dem Verpflichteten obliegt, im Wege des Einwandes denſelben, ſei es wegen der dem Vertrage entgegenſtehenden Mängel, ſei es unter den Bedingungen der condictio indebiti wegen Ungültigkeit der Vorausſetzung, der causa, anzufechten.

Wichtiger und einſchneidender als dieſer allgemeine Grundſatz erſcheint ihm für die Praxis die Frage, ob eine cautio indiscreta ungültig und nicht geeignet ſei, eine rechtliche Verpflichtung herbeizuführen. Indeß widerlegt er, mit guten Gründen, auch dieſes Bedenken und reſumirt ſchließlich: es werde anzuerkennen ſein, daß das Allgemeine Landrecht der Entwickelung und Durchführung der Lehre vom Anerkenntnißvertrage nicht entgegenſteht, daß ein Verpflichtungsſchein, eine cautio, nicht bloß ein Beweismittel iſt, ſondern als formaler, von der causa abgelöſeter ſelbſtſtändiger Rechtsakt aufzufaſſen iſt, auch wenn die causa debendi nicht angegeben worden, daß der Satz cautio indiscreta non valet zu verwerfen iſt. — Durch das beſprochene Inſtitut würden wir einen neuen allgemeinen Formal-Vertrag, einen neuen Literal-Vertrag, oder — wenn mündliche Form beliebt würde — eine neue Stipulation haben, und die übrigen genannten Verträge würden wieder Ausnahmen ſein. In der That iſt nicht findbar, warum das nicht gehen ſollte. Allein die Schwierigkeit bei einer geſchloſſenen Geſetzgebung, wie wir ſie haben, liegt darin, daß es nicht genügt, daß die Geſetzgebung nicht ausdrücklich entgegen iſt, ſondern daß eine ſo wichtige Inſtitution ausdrücklich anerkannt ſein muß, um vor Gericht Geltung zu finden.

75a) (4. A.) Dies iſt ſo aufgefaßt worden, daß einer ſchriftlichen Vertragsurkunde, wenn ſie rechtlich wirkſam ſein ſoll, immer eine mündliche Stipulation (Promiſſion) des Ausſtellers vorausgehen müßte. So iſt es nicht. Auch ſolche Urkunden, welchen eine ausdrückliche mündliche Willenserklärung des Ausſtellers nicht vorangegangen iſt, deren Inhalt aber dem vorher kundgegebenen Willen des anderen Kontrahenten entſpricht, wie das bei Verträgen, die unter Abweſenden brieflich geſchloſſen werden, der gewöhnliche Fall iſt (§. 142), wie auch bei Verträgen ſtummer Perſonen (§. 24), ſind von verbindlicher Kraft. Erk. des Obertr. v. 22. Mai 1860 (Entſch. Bd. XLIII, S. 40).

76) Das ſchriftliche Anerkenntniß eines mündlich geſchloſſenen Vertrages kann auch in dem mit einem Dritten abgeſchloſſenen Vertrage abgegeben ſein, dem der andere Kontrahent des erſteren nicht förmlich beigetreten iſt, wenn jenes Anerkenntniß nur in der nicht zu verkennenden Abſicht abgegeben worden, die durch den mündlichen Vertrag begründete Verbindlichkeit auch zum Beſten des anderen mündlichen Kontrahenten auszuſprechen. Pr. 269, v. 12. Mai 1837.

Damit derjenige, welcher ſich ſchriftlich oder zum Protokolle zu einem mündlich geſchloſſenen Ver-

gen[77a]) aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen[78]).

---

trage bekennt, des Einwandes der mangelnden schriftlichen Abfassung verlustig erachtet werden könne, genügt es nicht, daß er den mündlichen Abschluß des Vertrages als bloße Thatsache einräume. Das Anerkenntniß muß auch in der Absicht erfolgen, die verbindende Kraft des Vertrages einzuräumen. Pr. 1510, v. 22. November 1844 (Entsch. Bd. X, S. 361). — Das Anerkenntniß eines mündlichen Vertrages setzt den Willensausdruck der Verpflichtung voraus. Pr. v. 20. Febr. 1849, Nr. III (Entsch. Bd. XVIII, S. 242). — Es setzt voraus, erstlich: auf Seiten des Erklärenden den animum se so obligandi als noch gegenwärtig vorhanden, und gerade jetzt zu beurkunden, — und zweitens: daß ein mündlicher Vertrag über einen bloß der schriftlichen Abfassung bedürfenden Gegenstand vorliege. Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 188. (4. A.) Daher bezieht sich der §. 185 nicht auf Zugeständnisse im Prozesse, für welche der §. 82, Tit. 10 Proz.-Ordn. maßgebend ist. Erk. v. 13. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 172).

Ein von dem hier vorausgesetzten Falle ganz verschiedener ist der, wenn der eine Kontrahent seinen Antrag vollständig in Schriften gemacht und der andere seinerseits nur mündlich angenommen hat. Dies ist der oben in der Anm. 64 erwähnte Fall.

77) Nämlich außer den wesentlichen Bestandtheilen in Nebenbestimmungen. Denn erhellen nicht alle Essentialien, so hat das Schriftstück keinen rechtlichen Werth. — (4. A.) In Uebereinstimmung hiermit sagt das Obertr., daß die in dem Schriftstücke gänzlich mangelnde causa debendi nicht durch den Beweis der mündlichen Vereinbarung einer solchen ersetzt werden kann; ein derartiger Beweis ergebe eben nur eine mündliche Vereinbarung, der an und für sich schriftlich aufzunehmende Vertrag sei somit in einem wesentlichen Punkte nicht schriftlich und daher nicht klagbar. Erk. v. 27. Oktbr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 317). Vergl. auch das Erk. v. 13. Januar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 196). — In dem Erk. vom 25. September 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 193) sagt das Obertr. bestätigend: Die Worte des §. 185 besagen nur, daß ein allgemein gehaltenes schriftliches Anerkenntniß — ohne Aufnahme der wesentlichen Bestimmungen des mündlichen Vertrages — ungenügend ist, um den Einwand des mangelnden schriftlichen Vertrages zu beseitigen; sie besagen aber nicht, daß ein solches Anerkenntniß präziser und spezieller gefaßt sein müsse, als ein von vorne herein schriftlich errichteter Kontrakt; sie schließen mithin die Anwendbarkeit des §. 130 (auf ein solches Anerkenntniß) nicht aus. Diese Ausschließung hatte der Appellationsrichter angenommen.

77a) (4. A.) Also Verabredungen, Verträge, müssen der Gegenstand des Anerkenntnisses, von welchem hier im §. 185 die Rede ist, sein. Daher erlange eine bloß mündliche Erbschaftsentsagung durch nachheriges schriftliches Anerkenntniß keine Gültigkeit. Erk. des Obertr. v. 31. Januar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 274).

78) Die Wirkung des einseitigen förmlichen Anerkenntnisses eines formlosen Vertrages ist nicht völlige Gleichstellung desselben mit dem Vertrage selbst, sondern nur die Ausschließung des Einwandes der mangelnden Form. Man hat gewollt, „daß ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich defectum scripturae hebe, sondern daß es nur dem agnoscenti obstire, wenn dieser sich auf den Mangel der Schriftlichkeit berufen wollte". Deshalb bedarf es z. B. nicht noch der Kassation des Anerkenntnisses nach I, 5, §. 387, zur Aufhebung des Vertrages außer der wechselseitigen Einwilligung. Pr. des Obertr. v. 24. Juni 1850. (Entsch. Bd. XX, S. 93, 95.) — Hieraus erhellet zugleich, daß die Vorschrift auf den Fall, wenn die Kontrahenten ausgemacht haben, daß ihre Vereinbarung — die sonst die schriftliche Form entbehren könnte — schriftlich abgefaßt werden soll (§. 117), unanwendbar ist. — Ferner ergiebt sich, daß das Anerkenntniß auf die Zeit der mündlichen Vereinbarung zurückwirkt, da aus derselben geklagt werden kann und der Einwand der mangelnden Form ausgeschlossen ist. Vergl. Pr. des Obertr. v. 3. April 1840 (Schles. Arch. IV, 524), und §. 188 d. T. Eine Ausnahme machen die wegen Unfähigkeit der Kontrahenten ungültigen Verträge. §§. 37 und 38 und 192 d. T. — In dem Ganzen ist zwar keine Logik, denn der Mangel der Schrift verhält sich zum mündlichen Vertrage ja gar nicht wie die exceptio zur actio, da der mündliche Vertrag keine Klage begründet; aber man verbraucht das Material so gut es geht, man strebt doch nach der Jurisprudenz. (4. A.) Dem durch sein Anerkenntniß einseitig Gebundenen giebt man nach Analogie der §§. 11—13 d. T. das Recht, dem Anderen eine Frist zur Abhülfe des Formmangels zu setzen und wenn dieselbe fruchtlos verlaufen ist, auch seinerseits zurückzutreten. Oben, Anm. 64 zu §. 74 d. T. — Auch derjenige, welcher die über einen mündlich abgeschlossenen, schriftlich zu errichtenden Vertrag abgefaßte schriftliche Urkunde durch seine Unterschrift vollzogen und dem anderen Kontrahenten übergeben hat, kann den Mangel der Unterschrift des Letzteren nicht vorschützen. Erk. des Obertr. v. 6. April 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 6). Das gilt auch von Schlußscheinen über Handelsgeschäfte. Erk. dess. v. 18. November 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 63).

(4. A.) Welche Wirkung ein Anerkenntniß gegen einen Dritten habe, ist in Frage gekommen. In einem Erk. des Obertr. v. 8. Oktbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 268) wird der Satz

§. 186. Durch das Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrages werden diejenigen Einwendungen gehoben, welche sich auf den Mangel einer freien oder ernstlichen Einwilligung[79]) beziehen.

§. 187. Doch muß das Anerkenntniß zu einer Zeit erfolgt sein, wo das bei der ersten Schließung des Vertrages entgegengestandene Hinderniß gehoben war[79a]).

§. 188. Alsdann erstreckt sich aber auch die Wirkung eines ohne Einschränkung erfolgten Anerkenntnisses bis auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück.

§. 189. Solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages[80]) und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhaltes deutlich erhellet, begründen ein stillschweigendes Anerkenntniß.

---

hingestellt: Der Successor muß das gegen sich gelten lassen, was der Autor in Betreff der veräußerten Sache nach geschehener Veräußerung anerkannt hat. Das ist nicht anzuerkennen. Weiter wird gefolgert: Daher ist die Erklärung des Autors, der die nämliche Sache an verschiedene Personen veräußert hat, und demnächst den dem Datum nach älteren, in gültiger Form abgeschlossenen Kaufvertrag eines dieser Käufer rekognoscirt, auch anerkennt, diesem das Eigenthum der Sache vor jenem anderen Verkaufe übertragen zu haben, nicht ohne rechtliche Wirkung für den zweiten Käufer. — Dies ist keine Folge aus jenem falschen Folgesatze; der zweite Käufer wird durch das Anerkenntniß des Verkäufers als eines Dritten gar nicht verbindlich; die Frage gehört vielmehr der Lehre vom Beweise an.

(5. A.) Der §. 185 verlangt nicht, daß der Vertrag ein von beiden Seiten unbedingter sein müsse. Es wird nur vorausgesetzt, daß die schriftliche Erklärung mit dem Willen gegeben sei, sich dadurch nach der mündlichen Verabredung dem anderen Theile, mag auch dieser sich noch eine Bedenkzeit vorbehalten haben, wenn er nur innerhalb derselben acceptirt, zu verpflichten. Erk. des Obertr. vom 17. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 114).

79) Also z. B. auf den Einwand des Zwanges, oder Betruges und Irrthums. Solche der Form nach gültige aber wegen mangelhafter Willensbestimmung anfechtbare Verträge konvalesciren durch bloße spätere Handlungen des zur Anfechtung Berechtigten. §. 189. Diesen Grundsatz wendet die Praxis auch auf den Fall an, wenn ein nur mündlich Bevollmächtigter in Fällen, wo es einer schriftlichen Vollmacht bedurfte, in der gesetzlichen Form gehandelt hat. Dieser Vertrag soll auch durch eine mündliche, selbst stillschweigende Genehmhaltung des Machtgebers, dem Dritten gegenüber, rechtsverbindlich werden. Pl.-Beschl. (Pr. 2196) vom 22. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 29). — (5. A.) Eine zum öffentlichen Gebrauche bei den Grundakten gegenüber dem Besitzer über seinen Titel, z. B. einen von dem angeblich Nichtverfügungsberechtigten abgeschlossenen Tauschkontrakt, von dem nunmehrigen Verfügungsberechtigten abgegebene Erklärung: daß er den Vertrag genehmige, steht diesem auch zu Gunsten des dabei nicht gegenwärtigen anderen Kontrahenten, welcher ja in dem früher abgeschlossenen Vertrage seinerseits schon Alles acceptirt hat und davon nicht zurückgetreten ist, entgegen. Erk. des Obertr. vom 30. Oktober 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 57).

79a) (3. A.) Diese Bedingung der Rechtsgültigkeit des Anerkenntnisses muß von der Partei, welche sich auf das Anerkenntniß beruft, bewiesen werden, wenn der Anerkennende das Vorhandensein zur Zeit des Anerkenntnisses leugnet. Vergl. Erk. des Obertr. v. 29. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 21).

80) Diese Bestimmungen beziehen sich immer nur auf Anerkennung eines Vertrages. Was von Anerkenntnissen über eine Schuld oder über ein sonstiges Rechtsverhältniß gilt, ist im Allgemeinen nicht zu sagen; es kommt auf den einzelnen Fall an. Das Anerkenntniß einer Schuld z. B. ist ein constitutum debiti proprii, welches nothwendig den Entstehungsgrund der Schuld (causa debendi) angeben und anerkennen muß; denn von diesem gilt der Grundsatz: daß das Anerkenntniß als solches kein Entstehungsgrund eines Rechtes oder einer Verpflichtung (Rechtsverhältnisses) ist. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 352, wo aber ganz allgemein dies behauptet wird. Dagegen enthält das Anerkenntniß im Personenrechte bisweilen in sich selbst seinen Rechtsgrund, z. B. das Anerkenntniß der Vaterschaft. In Prozessen ist auch nicht der Ausdruck der causa debendi nothwendig. Das Obertr. hat folgende Sätze ausgesprochen: 1. Das Anerkenntniß einer Verpflichtung, ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Verpflichtung, begründet diese selbst noch nicht. Dies gilt insbesondere: 2. von Anerkenntnissen in vorbereitenden Urbarialverhandlungen, welche die Errichtung eines förmlichen Urbarium nicht zur Folge gehabt haben. Dagegen ist: 3. die Gültigkeit eines Zugeständnisses im Prozesse, wodurch der Beklagte die Forderung des Klägers einräumt, nicht davon abhängig, daß aus der Erklärung des Zugestehenden der Entstehungsgrund der Forderung hervorgeht. Pr. v. 3. März 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 345). Der zweite Satz ist bestritten und die Gesetzgebung hat (bezüglich auf Landemialqualität) das Gegentheil vorgeschrieben, im Ges. v. 2. März 1850, §. 40: „Es genügt, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes derselben, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat." (G.S. S. 90; Zus. 8 zu §. 719, Tit. 18.)

§. 190. Fehlt es an einer hinreichenden Kenntniß des Vertrages, so ist gar kein verbindliches Anerkenntniß vorhanden.

§. 191. Liegt in der Handlung nicht die Genehmigung des Vertrages nach seinem ganzen[81]) Inhalte, sondern nur eines Theils desselben, so kann die Wirkung des Anerkenntnisses auf die dadurch nicht genehmigten Theile keineswegs ausgedehnt werden.

§. 192. In wiefern ein wegen persönlicher Unfähigkeit eines Kontrahenten ungültiger Vertrag durch desselben nachheriges Anerkenntniß zur Gültigkeit gelange, ist §§. 37, 38 festgesetzt[82]).

2. durch Entsagung der Einwendungen;

§. 193. Eine im Kontrakte nur in allgemeinen Ausdrücken geschehene Entsagung der Einwendungen hat keine rechtliche Wirkung.

§. 194. Auch solchen Einwendungen, welche den Vertrag von Anfang an ungültig machen[82a]), kann darin nicht entsagt werden.

§. 195. Ein Gleiches findet von Einwendungen statt, die sich auf ein Verbotsgesetz gründen.

§. 196. Solchen Einwendungen, die einem Dritten zu Statten kommen, kann ein Kontrahent zu dessen Nachtheil nicht entsagen.

§. 197. Andere Einwendungen, welchen im Kontrakte ausdrücklich[83]) entsagt worden, können in der Folge nicht mehr vorgeschützt werden.

§. 198. Doch muß der Sinn und Inhalt der Einwendungen in dem Vertrage dergestalt ausgedrückt sein, daß der Entsagende deutlich hat einsehen können, worauf er eigentlich Verzicht leiste.

§. 199. Durch eidliche Bestärkung enthält kein Vertrag mehrere Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen[84]).

3. durch gerichtliche Bestätigung;

§. 200. Gerichtliche Bestätigung ist bei Verträgen nach gemeinen Rechten nicht nothwendig[85]).

§. 201. Wo sie hinzukömmt, begründet sie die Vermuthung, daß der Vertrag gesetzmäßig abgeschlossen worden.

§. 202. Gerichtliche Bestätigung setzt allemal ein gerichtliches Anerkenntniß der Kontrahenten voraus.

---

81) Eine Theilzahlung z. B. ist eine das Ganze genehmigende Handlung nicht, wohl aber eine Klage gegen den Anderen auf Erfüllung.

82) S. o. Anm. 37 zu §. 37 d. T.

82a) (2. A.) Dabei ist an den Mangel in den zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts nothwendigen Erfordernissen gedacht. Unten, Tit. 16, §. 401.

83) Der Ausdruck ist nach seinem gewöhnlichen Wortsinne zu nehmen, nach welchem der Gegensatz das Stillschweigende ist. Keineswegs können, diesem Wortlaute des Gesetzes zuwider, Einwendungen, welchen vermeintlich stillschweigend im Vertrage entsagt worden, zurückgewiesen werden, wie von Einigen behauptet worden ist. Der §. 382, Tit. 16 bezieht sich gar nicht auf die Abschließung eines Vertrages.

Die Entsagung aller ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel mit der Wirkung, daß die Entscheidung des kompetenten Gerichts erster Instanz zu Gunsten des anderen Theils gegen den Entsagenden ohne Weiteres als ein rechtskräftiges Urtel vollstreckbar wird, ist als eine vertragsmäßige Festsetzung für gültig zu achten. Pr. des Obertr. v. 1. Februar 1845. (Entsch. Bd. XII, S. 473.)

84) Die hier befindliche Bezugnahme des Textes auf Theil II, Tit. 20 fällt weg. Das neue Strafgesetzbuch enthält keine entsprechende Bestimmung. Damit fällt die Strafbarkeit der außergerichtlichen Eide (II, 20, §§. 1425—1430) weg, wenn die Handlung nicht sonst als strafbar qualificirt werden kann.

(2. A.) Der §. 199 entscheidet einen sehr alten Meinungsstreit über die Wirksamkeit eidlicher Bekräftigungen von Verträgen, gegen die Auth. Sacramentum und das päbstliche Recht. Das Nähere: Recht der Forderungen Bd. II, S. 323 ff.

85) Eine Ausnahme machen die Rechtsgeschäfte, welche zu ihrer Gültigkeit eine causae cognitio und die richterliche Bestätigung erfordern, z. B. der antichretische Pfandkontrakt I, 20, 227; die Adoption II, 2, §. 667. Außer solchen Ausnahmefällen ist die Bestätigung auch in sofern aufgehoben, als sie auf Provinzialrechten beruhete. Ges. v. 23. April 1821, §. 2. (G.S. S. 43.)

§. 203. Die Erfüllung eines gerichtlich bestätigten Vertrages kann durch Einwendungen gegen die Gültigkeit und den Inhalt desselben, welche nicht sogleich klar gemacht worden, nicht aufgehalten werden[86].

§. 204. Die gerichtliche Bestätigung versteht sich jederzeit ohne Nachtheil der Rechte eines Dritten.

4. durch Draufgabe §§a).

§. 205. Draufgabe (Arrha) ist das, was als Zeichen des geschlossenen Vertrages entrichtet wird[87].

§. 206. Was auf Abrechnung der übernommenen Verbindlichkeiten vorausgegeben worden, wird Angeld genannt[87a].

§. 207. Wo die Gesetze oder der Vertrag selbst nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmen, ist die Draufgabe zugleich als Angeld anzusehen.

§. 208. Ist aber die Draufgabe von anderer Art als dasjenige, was der Gebende vermöge des Kontrakts zu leisten hat, so hat dieselbe nicht die Eigenschaft eines Angeldes.

§. 209. Was wegen der Brautgeschenke und bei dem Miethgelde des Gesindes Rechtens sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 1, Absch. 2; Tit. 5, Absch. 1)[88].

§. 210. Der Empfänger der Draufgabe kann sich, durch Zurückstellung derselben, von der übernommenen Verbindlichkeit nicht befreien.

§. 211. Auch der Geber kann sich durch Aufopferung der Draufgabe von der Erfüllung des Vertrags nicht losmachen[89].

Was Rechtens sei a) wenn die Draufgabe zugleich eine Wandelpön, oder

§. 212. Ist das Gegentheil, und daß gegen Verlust oder Ersatz der Draufgabe der Rücktritt von dem Vertrage stattfinden solle, ausdrücklich[90] verabredet, so vertritt die Draufgabe die Stelle einer Wandelpön. (§. 312 sqq.)

§. 213. Tritt in einem solchen Falle der Geber zurück, so behält der Empfänger die Draufgabe, kann aber keine weitere Entschädigung fordern.

§. 214. Tritt der Empfänger zurück, so muß der Geber mit Erstattung der Draufgabe statt der Entschädigung sich begnügen[91].

---

86) Wenn nämlich das Instrument den abgekürzten Prozeß begründet. Dann müssen und können die illiquiden Einwendungen in separato ausgeführt werden. Das widerspricht nicht dem §. 126, Tit. 10 Pr.-O. Dort ist lediglich davon Rede, in wiefern der Gegenbeweis gegen die Urkunde über die Thatsache, daß die Erklärung der Parteien in derselben richtig, der Verlautbarung entsprechend, niedergeschrieben worden, zulässig sei; über die Einwendungen gegen das Rechtsgeschäft wird dort nichts bestimmt.

86a) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 982, 1226. Dazu Glück, Erläuterungen, Th. XVI, S. 92 flg. Heimbach, Arrha, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 459. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg., Bd. II, §. 113.

87) Die Draufgabe hat als Zeichen der perfekten Kontraktsschließung, d. h. als Form, nur in der Gesindemiethe noch ihre wahre Bedeutung. G.O. §. 22.

87a) (4. A.) Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, dessen Erfüllung zukünftig ist, ein Angeld gegeben, und über dieses Angeld ein Wechsel ausgestellt worden ist, so enthält dessen Einziehung nicht die Rücknahme des Angeldes als solchen, beziehungsweise nicht die Wiederaufhebung der angefangenen Erfüllung des Vertrages. Erk. des Obertr. v. 29. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 243).

88) Hier wiederholt sich die Anm. 17 zu §. 137 d. T.

89) Vorausgesetzt, daß der Hauptvertrag bereits in verbindender Form abgeschlossen worden ist. Ist das nicht geschehen (§. 221), so entstehen aus dem Geben und Nehmen der arrha (pactum arrhale) besondere Verbindlichkeiten, worüber sich die folgenden Vorschriften verhalten.

90) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller wollen für die arrha confirmatoria eine Vermuthung gelten lassen. Dieser Lehre ist der Satz dieses §. nachgebildet.

91) Hiernach sind die Rechte beider Theile ungleich; der Empfänger müßte in diesem Falle die arrha doppelt zurückgeben. So ist es auch wirklich nach L. 17 C. de fide instrum. und pr. J. de emt. et vend. (III, 24).

Wird die Erfüllung durch Zufall verhindert, so ist die arrha, wie sie ist, zurückzugeben, deshalb

§. 215. Hat aber einer von beiden Theilen mit Erfüllung des Vertrages bereits den Anfang gemacht, so kann, wenn auch die Draufgabe wirklich als Wandelpön gegeben worden, dennoch weder der, welcher schon zum Theil erfüllt, noch der, welcher diese Erfüllung angenommen hat, wider den Willen des Andern zurücktreten.

§. 216. In allen Fällen[92]) geht das Eigenthum der Draufgabe, mit allen seinen Wirkungen sogleich auf den Empfänger über.

b) wenn sie keine Wandelpön ist.

§. 217. Ist von einer eigentlichen Draufgabe, die nicht als Wandelpön gegeben worden, die Rede, und der Vertrag geht durch die Schuld des Empfängers zurück, so hat der Geber die Wahl: ob er, außer der übrigen ihm zukommenden Entschädigung, die Draufgabe in Natur, so wie sie ist, zurücknehmen, oder den Werth, welchen sie zur Zeit der Uebergabe hatte, fordern wolle.

§. 218. Geht der Vertrag durch die Schuld des Gebers zurück, so verliert derselbe die Draufgabe[92a]).

§. 219. Doch muß ihm deren Werth[93]) auf die dem Empfänger noch etwa außerdem zu leistende Entschädigung zu gute gerechnet werden.

§. 220. Wird der Vertrag ohne besonderes[94]) Verschulden eines oder des andern Theils rückgängig, so muß die Draufgabe, so wie sie alsdann ist, zurückgegeben und genommen werden.

§. 221. Ein Gleiches findet statt, wenn der Vertrag durch wechselseitige Einwilligung beider Theile wieder aufgehoben wird, oder wegen Mangels der rechtlichen Erfordernisse nicht bestehen kann[95]).

§. 222. Ist in diesem Falle (§§. 220, 221) die Draufgabe nicht mehr vorhan-

---

wie sie ist, weil keine Strafe und keine Verbindlichkeit zur Entschädigung eintritt. Der Geber hat nur die condictio ob causam. Vergl. §. 220.

92) Nach G. R. ist darüber Meinungsverschiedenheit. Die wahre arrha ist ein bloßes Beweisstück, der Zweck fällt deshalb weg, wenn der Vertrag erfüllt oder rückgängig wird. Daraus folgt, daß jede Sache als arrha gegeben werden kann (die Römer pflegten einen Ring zu geben, L. 11, §. 6 D. de act. emti XIX, 1), daß der Empfänger nicht Eigenthümer wird und daß sie, in den gedachten beiden Fällen, zurückgegeben werden muß. Anders ist es mit dem deutschen Handgelde, dessen Eigenthum auf den Empfänger durch die Uebergabe übergeht, mag es abgerechnet werden, oder als Zugabe verbleiben sollen. Diese Verschiedenheiten macht unser §. 216 gleich durch das „in allen Fällen". Die Folge davon ist, daß der Empfänger im Falle der gehörigen Erfüllung die Draufgabe behält, wenn sie auch nicht angerechnet worden ist. §. 208.

92a) (4. A.) Diese Vorschrift findet auch auf das Angeld (§. 206) Anwendung. Erk. des Obertr. vom 31. Oktober 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 173). — (5. A.) Dagegen führt das Obertr. später aus: „Daraus, daß die mit der Hauptleistung gleich geeigenschaftete Draufgabe als Angeld anzusehen ist, folgt in keiner Weise, daß auch das Angeld (die Abschlags- und Vorleistung) der Draufgabe gleichstehe und auch auf dieses der §. 218 Anwendung leide. — Das im Arch. Bd. XLIII, S. 172 abgedruckte Erkenntniß stellt den Unterschied mit Beziehung auf Bornemann und Koch an sich richtig auf, der Schluß aber, daß §. 218 auch auf das Angeld Anwendung finde, welcher gar nicht weiter motivirt ist, ist ungerechtfertigt; — Bornemann und Koch ziehen jene Folgerung nirgends." Erk. vom 17. Mai 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 218 u. Entsch. Bd. LVIII, S. 28).

93) Der gemeine Werth zur Zeit des Eigenthumserwerbes, d. i. der Uebergabe, weil der Empfänger um so viel reicher geworden.

94) Auf dieses „besondere" ist kein Gewicht zu legen; es bedeutet ein Uebergewicht der Schuld auf der einen Seite. Nach der Regel muß jeder Theil ein mäßiges Versehen verantworten. Es können drei Fälle eintreten. a) Keiner hat ein Versehen begangen. Dieser Fall ist von selbst begreiflich. b) Beiden fällt ein gleicher Grad von Schuld zur Last. Dann kompensirt sich dieselbe und es ist wieder kein „besonderes" Versehen des Einen die Ursache der Rückgängigkeit. c) Nur der Eine begeht ein verpflichtendes Versehen, oder der Eine ein mäßiges, der Andere aber ein grobes. Dann ist der Fall des „besonderen" Versehens des Einen vorhanden.

95) In beiden Fällen (§§. 220, 221) ist die condictio sine causa auf Rückgabe des Gegebenen und noch Vorhandenen gegeben. L. 11, §. 6 D. de act. emt. (XIX, 1); L. 2 C. quando liceat ab emt. (IV, 45). Anerkannt von dem Obertr. in dem Pr. vom 13. Dezember 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 172). — Vergl. auch das Pr. 1618 in der Anm. 9 zu Tit. 4.

den, so muß der Werth derselben, wie er zur Zeit des Empfanges gewesen ist[96]), erstattet werden.

§. 223. Liegt der Mangel bloß in der Unterlassung der schriftlichen Abfassung, so hat es bei den Vorschriften §. 156 sqq. sein Bewenden.

§. 224. Hat Jemand von einer Person, welcher die Gesetze die Fähigkeit, einen solchen Vertrag zu schließen, versagen, eine Draufgabe angenommen[97]), so findet, zum Vortheil des Gebers, die Vorschrift des §. 217 Anwendung.

§. 225. In allen[98]) Fällen, wo von Erstattung einer Draufgabe, die in Gelde oder andern verbrauchbaren Sachen besteht, die Rede ist, muß statt der Rückgabe in Natur, eben so viel von derselben Art zurückgegeben werden.

VI. Nebenbestimmungen bei Verträgen. 1. Bedingung, Zweck, Bewegungsgrund.

§. 226. Die Kontrahenten können die Rechte, welche sie einander einräumen, durch Beifügung von Bedingungen, Zwecken, Bewegungsgründen, oder sonst, sowohl in dem Haupt- als in den Nebenverträgen, nach Gutbefinden bestimmen, erweitern, oder einschränken. (Tit. 4, §§. 99 sqq.)

§. 227. Unerlaubte Bedingungen, welche nach den Gesetzen bei Willenserklärungen überhaupt nicht stattfinden, entkräften einen jeden Vertrag, welchem sie beigefügt worden (Tit. 4, §. 137).

§. 228. Ist nicht der Hauptvertrag selbst, sondern nur eine gewisse Nebenbestimmung oder Abrede an eine solche unerlaubte Bedingung gebunden, so wird auch nur diese[99]) dadurch entkräftet.

§. 229. Daß ein Vertrag unter besondern Bedingungen geschlossen worden, wird, auch bei mündlichen gültigen Verträgen, nicht vermuthet[100]).

2. Zeit.

§. 230. Ist die Zeit der Erfüllung in dem Vertrage nicht bestimmt, so tritt, bei entstehendem Zweifel, die richterliche Bestimmung ein[1]).

---

96) Der Satz widerspricht dem ganz richtigen Prinzipe §. 220; nur die actio in factum wegen Bereicherung ist gerechtfertigt; die unbedingte Forderung des ursprünglichen Werthes der vielleicht zufällig untergegangenen Sache ist nicht gerecht.

97) Ist der Empfänger ein Unfähiger, so findet in allen Fällen nur die Bereicherungsklage statt. Von dem als Universalmittel geläufigen Institute der „nützlichen Verwendung" in juristischer Bedeutung kann hier gar nicht Rede sein.

98) Die Satzung ist nicht gerecht. Die Differenz kann das Fünffache sein. Man denke an die Getreidepreise von 1847, wo der Scheffel Roggen 5 Thlr. galt, und von 1849, wo er einige und 20 Sgr. galt. Wie soll der Schuldlose dazu kommen, einen solchen Verlust zu tragen?

99) Nebenverträge sind nicht Bestandtheile des Hauptvertrages. Deshalb bleibt dieser unbetroffen, wenn auch die Nebenabrede hinfällt. Das ist die Regel. Die Verabredung kann aber von der Art sein, daß sie eine Bestimmung des Gegenstandes des Hauptvertrages ausmacht und nicht wegfallen kann, ohne den Gegenstand zu verändern. In diesem Falle ist die scheinbare Nebenabrede ein Bestandtheil des Hauptvertrages nnd macht diesen selbst hinfällig, wenn sie unzulässig ist. Vergl. das Pr. des Obertr. v. 11. März 1847 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I. S. 20), wo das Gleiche angenommen ist für den Fall, wenn der Vertrag (mit seinen Nebenabreden) ein zusammenhängendes Ganzes bildet, was wohl auf die Bestandtheile des Hauptvertrages zu beziehen ist; denn äußerlich ist ein solcher Vertrag immer ein zusammenhängendes Ganzes. Die Frage ist sonach eine thatsächliche.

100) Die praktische Bedeutung des Satzes tritt nicht hervor. Von selbst versteht es sich, daß die Bedingung, welche eine Partei behauptet, bewiesen werden muß. Auch auf die stillschweigenden oder sich von selbst verstehenden Bedingungen kann der Satz sich schwerlich beziehen sollen, da diese weder vermuthet, noch bewiesen zu werden brauchen, z. B. bei dem Versprechen eines Heirathsgutes die Bedingung: wenn eine Heirath erfolgt. Vielleicht hat man an den Fall gedacht, welchen Paulus L. 54, §. 1 D. locati entscheidet.

1) Wenn der Tag, aber nicht die Stunde bestimmt ist, so kommt, bei fortdauernden wiederkehrenden Leistungen, nicht diese Vorschrift, sondern der Grundsatz des §. 47, Tit. 3 zur Anwendung. Pr. des Obertr. vom 6. August 1841 (Schles. Arch. Bd. VI, S. 376).

Die Entscheidung des Richters wird dadurch veranlaßt, daß die Partei, welche die Zeit für gekommen hält, schlechtweg klagt, und der Beklagte die Einrede der Vorzeitigkeit macht. Dann verurtheilt der Richter zur Leistung auf diejenige Zeit, welche er für geeignet hält. Eine Abweisung zur Zeit ist in diesem Falle nicht sachgemäß, vielmehr kann die pluspetitio tempore nur auf den Kostenpunkt Einfluß haben.

§. 231. Dabei muß der Richter auf die wahrscheinliche Absicht der Parteien bei dem Geschäfte; auf den Zweck, wozu der, dem etwas geleistet werden soll, sich solches vorbedungen hat; und auf die übrigen bei Schließung des Vertrages vorgewalteten Umstände Rücksicht nehmen.

§. 232. Niemand kann die Erfüllung eines ohne nähere Zeitbestimmung geschlossenen lästigen Vertrages eher fordern, als bis er selbst, den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, bereit und im Stande ist[1a]).

§. 233. Bei einem bloßen[1b]) wohlthätigen Vertrage hängt die unbestimmt gebliebene Zeit der Erfüllung von dem Verpflichteten ab, so weit nur durch den Verzug das dem Andern eingeräumte Recht nicht wieder vereitelt wird.

§. 234. Bei einem Vertrage, zu dessen Erfüllung besondere Kunst- oder Sachkenntniß gehört, muß die ermangelnde Zeitbestimmung von dem Richter nach dem Gutachten der Sachverständigen ergänzt werden.

§. 235. Ist durch unbestimmte Ausdrücke eine nahe Zeit der Erfüllung angedeutet worden, so kann letztere zu jeder Zeit gefordert werden.

§. 236. Ist die Erfüllung in unbestimmten Ausdrücken, nach Möglichkeit oder nach Gelegenheit[2]), versprochen worden, und die Verbindlichkeit entsteht an sich nicht aus dem Vertrage allein, sondern es war schon vor dem Vertrage ein rechtlicher Grund dazu vorhanden, so tritt, der zweifelhaften Ausdrücke ungeachtet, dennoch die richterliche Bestimmung nach obigen Vorschriften (§§. 230—234) ein.

§. 237. Ist aber die Verbindlichkeit an sich bloß durch den Vertrag erst begründet worden, und in diesem die Erfüllung in dergleichen unbestimmten Ausdrücken versprochen, so hängt die Zeit derselben von der Bestimmung des Verpflichteten lediglich ab[2a]).

---

1a) (4. A.) Auch die für den Fall des Rücktritts vom Vertrage vereinbarte Wandelpön kann der bei dem Vertrage stehen bleibende Kontrahent nur dann einklagen, wenn er seinerseits zur Erfüllung des Vertrages zur gehörigen Zeit bereit und im Stande gewesen ist. Erk. des Obertr. vom 11. und 21. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 175). Vergl. §§. 310, 312 d. T.

1b) Ob der §. 233 auch auf belohnende Schenkungen Anwendung finde, ist zweifelhaft, weil die Theorie des A. L.R. über diese Materie ganz unklar und zufällig ist. M. s. Anm. 24 zu §. 1169, Tit. 11. Nach dem Wortlaute muß der §. 233 ausgeschlossen sein, denn die belohnende Schenkung wird von dem A. L.R. nicht als ein bloß wohlthätiger Vertrag angesehen.

2) Oder nach Gelegenheit, sowie es die Umstände des Verpflichteten zulassen, oder nach Möglichkeit und sobald er ohne seinen Ruin Zahlung leisten könne, oder sobald er zu besseren Vermögensumständen gelangt sein würde (Note 159, Abs. 2 zu §. 163, Tit. 4) und dergl. Die §§. 236—240 beziehen sich auf den Fall, wenn in dem Vertrage eine unbestimmte Zeit beigefügt ist, und die Zeit der Erfüllung der Willkür des Verpflichteten überlassen worden ist. Ist dies geradezu geschehen, so tritt der Satz §. 238 in Anwendung. Vergl. L. 4 D. locati und Wernher, Sel. obs. Tom. I, P. III, obs. 113. Hat hingegen der Verpflichtete seine Willkür durch Bezugnahme auf seine individuellen Vermögensumstände in solchen unbestimmten Ausdrücken beschränkt, so kommt es auf die Auslegung derselben an. Gemeinrechtlich behauptet man ohne Unterscheidung des Verpflichtungsgrundes, daß das Ermessen des Richters eintrete. Gmelin, von Aufsätzen über Verträge, §. 31, S. 55. Das L.R. macht hier die Unterscheidung zwischen den Fällen des §. 236 und den des §. 237. Nur bei der Klasse von Fällen des §. 236 soll richterliche Bestimmung entscheiden, wobei denn die gebrauchte Redeformel in Betracht zu ziehen ist. Das Obertr. hat die Redensart: nach Möglichkeit und sobald er ohne Ruin leisten könne, so ausgelegt, daß die Erhaltung des Schuldners als der Zweck der Nachsicht anzunehmen, daß aber eine erhöhte Einnahme noch nicht die Ueberzeugung gewähre, daß der Schuldner ohne seinen Ruin zahlen könne; denn es seien daneben auch die nothwendigen (vermehrten) Ausgaben anzuschlagen. Pr. v. 1. Sept. 1848 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 304). Dabei ist nur der Ausgangspunkt der Betrachtung als uneigentlich zu bezeichnen. Nicht von der Nachsicht des Gläubigers, sondern von der Willkür des Schuldners ist auszugehen. Denn von einer Nachsicht kann in allen den Fällen nicht die Rede sein, wo die kontraktliche Zeitbestimmung in Betracht kommen soll: der Schuldner ist nicht schuldig, früher zu zahlen, als er versprochen hat. Aber es ist deutlich, daß der Promittent seine Willkür in der Zeit der Erfüllung durch den Eintritt solcher Vermögenszustände beschränkt hat, welche ihm die Erfüllung neben der Aufrechthaltung seines Nahrungsstandes gestatten; und diese Veränderung in seinen Umständen ist es denn auch allein, welche seiner Willkür ein Ende macht.

2a) (4. A.) Ist z. B. in einem Kaufvertrage die Zahlung des Kaufgeldes in dergleichen unbe-

§. 238. In diesem letzteren Falle, ingleichen, wenn die Zeit der Erfüllung der Willkür des Verpflichteten ausdrücklich überlassen ist [3]), findet die Anstellung einer Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt [3a]).

§. 239. Inzwischen darf der Verpflichtete nichts vornehmen [4]), was dahin abzielt, die Erfüllung des Vertrages unmöglich zu machen.

§. 240. Kann der Vertrag, vermöge der Natur des Gegenstandes nach dem Tode des Verpflichteten nicht mehr erfüllt werden, so verliert derselbe durch das vor der Erfüllung erfolgende Absterben des Verpflichteten seine Kraft.

§. 241. Vor Ablauf des im Vertrage bestimmten Zeitraums kann, wider den Willen des einen oder des andern Theils, die Erfüllung weder gefordert, noch geleistet werden.

§. 242. Wer den Vertrag ohne des Andern Genehmigung, vor der bestimmten Zeit erfüllt, haftet, bis zum Ablauf des Termins, für alle die Sache treffenden Zufälle.

§. 243. Eine zu früh geleistete Handlung wird für nicht geleistet angesehen, und muß zur bestimmten Zeit wiederholt, oder wenn dieses nicht geschehen kann, der Berechtigte schadlos gehalten werden.

§. 244. In sofern jedoch der Berechtigte aus der zu früh geleisteten Handlung Vortheile gezogen hat, muß er sich dieselben auf die Erfüllung oder auf die ihm zukommende Entschädigung anrechnen lassen.

§. 245. Ueberhaupt kann der Berechtigte, welcher die Erfüllung ohne Vorbehalt angenommen hat [5]), sich des Einwandes, daß sie zu früh geleistet worden, in der Folge nicht mehr bedienen.

§. 246. Der Verpflichtete, welcher die Erfüllung vor Ablauf des bestimmten Termins freiwillig [6]) geleistet hat, kann dieselbe unter dem Vorwande, daß sie zu früh geleistet worden, nicht zurücknehmen.

§. 247. Die im Vertrage mangelnde Bestimmung des Ortes der Erfüllung muß bei entstehendem Streite von dem Richter nach der Natur des Geschäftes, und der deutlich erhellenden Absicht der Kontrahenten [6a]) ergänzt werden. 3. Ort.

---

stimmten Ausdrücken versprochen, so ist es entschieden unrichtig, daß der Richter dafür hält, die richterliche Bestimmung wegen der Zahlungszeit müsse eintreten, weil die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises, abgesehen von dem Vertrage, auch durch den Empfang der gekauften Sache und deren Verbrauch begründet sei. Erk. des Obertr. v. 21. April 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 316).

3) Z. B. in der Erklärung einer Person, daß sie ihr Grundstück für einen bestimmten Preis verschreiben lassen wolle, jedoch mit dem Vorbehalte, die Zeit der Uebergabe zu bestimmen. Pr. des Obertr. vom 29. November 1847 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 177).

3a) (5. A.) Der Verpflichtete ist in dem hier vorausgesetzten Falle nicht befugt, durch letztwillige Verfügung die Zeit der Erfüllung über seinen Tod hinaus zu verschieben. Erk. des Obertr. vom 1. Dezember 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 25).

4) Wenn es doch geschieht, so kann Sicherstellung gefordert werden.

5) Mit dem Augenblicke, wo die Annahme vollzogen ist, ist der Vorbehalt abgeschnitten, sonst würde die bereits erklärte Willensübereinstimmung einseitig abgeändert werden. Der Vorbehalt ist also wirksam nur vor der Annahme oder doch gleichzeitig mit der Annahme auszusprechen.

6) Wenn auch aus einem Irrthume über die Fälligkeit, selbst dann, wenn der Termin nicht ein bestimmter, sondern ein ungewisser, der Zeit nach, war, vorausgesetzt, daß die Zeitbestimmung nicht eine solche, welche eine Bedingung enthält. §. 163, Tit. 4. Dann ist die condictio indebiti zulässig; denn es ist vor Eintritt der Bedingung noch gar keine Schuld vorhanden. I, 16, §§. 168, 169. Vergl. L. 10, 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 6).

6a) (4. A.) Also nach der stillschweigenden Willenserklärung der Kontrahenten. Die Interpretationsregel des §. 247 harmonirt mit dem Röm. Rechte. Die Operation des Richters ist nicht eine Ergänzung der Willenserklärung, sondern eine Auslegung. Wenn alle Auslegungsregeln verlassen, so nimmt der Richter zum §. 248 seine Zuflucht; es wird dann angenommen, daß es die Kontrahenten so gewollt haben.

Der Miether z. B. ist nicht verpflichtet, dem Vermiether, wenn er mit ihm an demselben Orte,

§. 248. Kann der Streit nach dieser Regel nicht entschieden[7]), und soll nach dem Vertrage etwas gegeben[7a]) werden, so muß die Ablieferung an dem Orte, wo der Berechtigte zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat[7b]), erfolgen.

§. 249. Bei bloß wohlthätigen Verträgen aber kann der Berechtigte die Erfüllung nur da, wo der Verpflichtete sich aufhält, fordern.

§. 250. Ist bloß von einer zu leistenden Handlung die Rede, so wird im Mangel anderer Bestimmungen der Ort, wo der Verpflichtete zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat, für den Ort der Erfüllung angesehen.

§. 251. Wenn mehrere Oerter zur Erfüllung bestimmt sind, so hat im zweifelhaften Falle der Verpflichtete die Wahl, an welchem derselben er erfüllen wolle[8]).

VII. Auslegungsregeln.

§. 252. Die bei Willenserklärungen überhaupt vorgeschriebenen Auslegungsregeln gelten auch bei Verträgen. (Tit. 4, §§. 65 bis 74)[8a]).

---

aber nicht in demselben Hause wohnt, die fälligen Miethsgelder in seine jedesmalige Wohnung zu überbringen, nach Analogie des §. 93, Tit. 11. Erk. des Obertr. v. 17. Juni 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 32).

7) Die subsidiarisch vorgeschriebene allgemeine Regel enthält der §. 27, Tit. 16. Darnach ist der Erfüllungsort da, wo der Verpflichtete sich aufhält. Darunter muß der Aufenthaltsort zur Zeit der Fälligkeit verstanden werden, nicht jeder beliebige spätere. Von dieser Regel gelten aber folgende Ausnahmen: 1. Handlungen sollen dort geleistet werden, wo der Schuldner zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat. §. 250 d. T. 2. Zahlungen, die sich nicht auf Verträge gründen, sind da zu leisten, wo der Schuldner wohnt (I, 16, §. 52), worunter ebenfalls der Wohnsitz, d. h. nicht die Ortschaft, in welcher der Schuldner seinen Wohnsitz hat, sondern die Wohnung des Schuldners im eigentlichen Sinne (Ver. des J.M. vom 26. Mai 1846 und K.O. v. 30. Juni d. J., J.M.Bl. S. 254 ff.) zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit verstanden werden muß. Darnach müßte der Bestohlene seine Entschädigung von dem entfernt wohnenden Diebe abholen, wenn die Bestimmung so allgemein zu verstehen wäre, wie sie lautet. Dann hätte der Beschädigte nicht seine volle Entschädigung, und müßte überdies die Gefahr tragen. So ist es jedoch nicht gemeint. Tit. 7, §§. 243, 244; Tit. 14, §. 462. 3. Zahlungen aus einer öffentlichen Kasse, außer dem Falle eines Darlehns, müssen im Kassenlokale empfangen werden, I, 16, §. 53. 4. Zahlungen aus einem Darlehn dort, wo der Gläubiger zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat (I, 11, §. 769), und, wenn er seinen Wohnsitz verändert hat und das Darlehn eingetragen ist, nach der Wahl des Schuldners da, wo das Hypothekenbuch geführt ist. I, 11, §. 774. 5. Soll nach einem Vertrage (für andere Obligationen fehlt die Bestimmung, z. B. über die Rückgabe gestohlener Sachen; Anwendungen des vorausgesetzten Grundsatzes aber sind: Tit. 7, §§. 243, 244; Tit. 14, §. 462) etwas gegeben werden (ein Genus oder eine Spezies, außer Geldzahlung), so muß es da geschehen, wo der Berechtigte zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat. §. 248 d. T. 6. Wechselzahlungen in dem Geschäftslokale des Schuldners. A. D. W.O. Art. 4, Nr. 8 und Art. 97. — Ein leitender Grundgedanke fehlt.

7a) (4. A.) Der Ausdruck bezieht sich auch auf Zahlung. Erk. v. 13. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 108).

7b) (4. A.) Das ist bei unbeweglichen Sachen unmöglich, wenn der Gläubiger nicht zufällig an dem Orte, wo die Sache liegt, gewohnt hat, und bei beweglichen Sachen wird gerade in dem am häufigsten vorkommenden Falle, beim Kaufe nämlich, ein anderer Grundsatz vorgeschrieben. I, 11, §§. 128 bis 133. Vergl. Anm. 82 dazu.

Der Ausdruck „gewohnt hat" bezieht sich sowohl auf den Wohnort als auf die Wohnung. Daher sind die auf ein Geben (dare) im Gegensatze von facere gerichteten lästigen Verträge in dem Wohnorte und zwar in der Wohnung des Gläubigers zur Zeit des geschlossenen Vertrages zu erfüllen. Erk. des Obertr. v. 27. Oktober 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 200). — Vergl. unten §. 360 d. T. und die Anm. 87a dazu; ferner §. 769, Tit. 11, und §. 52, Tit. 16 und die Anm. 21 dazu.

8) Ohne Unterschied, ob sie kopulativ oder alternativ genannt sind.

8a) (4. A.) Die Auslegungsregeln sind Rechtsgrundsätze und deren Verletzung ist ein Vernichtungsgrund im Sinne des §. 4, Nr. 1 der V. v. 14. Dez. 1833. Erk. des Obertr. v. 19. Juni 1857 und v. 6. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 116). (5. A.) Dem widerspricht das Obertr. in dem Erk. vom 5. Mai 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 160) geradezu, ohne sich dabei jenes Ausspruches zu erinnern.

(4. A.) Hat der Appellationsrichter zwar im Wesentlichen der Thatsachen gedacht, welche der Implorant behufs Auslegung des Vertrages geltend gemacht hat, aber dieselben unter dem Gesichtspunkte der Interpretation überhaupt nicht beleuchtet, so ist aus diesem Grunde sein Erkenntniß zu vernichten. Erk. des Obertr. vom 15. Juli 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 202).

§. 253. Im zweifelhaften Falle ist mehr auf das zu sehen, was der Verpflichtete versprochen, als was der Berechtigte angenommen hat[9]).

§. 254. Wenn nach gepflogenen Traktaten und verschiedenen wechselseitig abgegebenen Erklärungen ein Vertrag unter Abwesenden wirklich zu Stande gekommen, gleichwohl aber es zweifelhaft ist, nach welcher der verschiedenen Erklärungen der Vertrag eigentlich geschlossen sei, so muß auf diejenige, durch die derselbe seine Vollendung zuerst erhalten hat, Rücksicht genommen werden. (§. 79.)

§. 255. Ist nicht auszumitteln, welches die frühere Erklärung sei, so ist der Vertrag nach dem mindern Gebote desjenigen, bei dessen Verbindlichkeit der Zweifel obwaltet, für abgeschlossen zu achten.

§. 256. Ist ein Kontrakt nach Maß und Gewicht geschlossen, so wird vermuthet, daß dasjenige gemeint sei, welches an dem Orte, wo die Uebergabe geschehen soll, eingeführt ist[10]).

An die Stelle der Maß- und Gewichtsordnung für die preuß. Staaten vom 16. Mai 1816 (G.S. S. 142) tritt das nachstehende Bundesgesetz:

5. Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund. Vom 17. August 1868 (Bundes-Ges.-Bl. S. 473).

Wir ꝛc. verordnen im Namen des Norddeutschen Bundes, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt:

Art. 1. Die Grundlage des Maßes und Gewichtes ist das Meter oder der Stab, mit decimaler Theilung und Vervielfachung.

Art. 2. Als Urmaß gilt derjenige Platinstab, welcher im Besitze der königlich preußischen Regierung sich befindet, im Jahre 1863 durch eine von dieser und der kaiserlich französischen Regierung bestellte Kommission mit dem in dem kaiserlichen Archive zu Paris aufbewahrten Mètre des Archives verglichen und bei der Temperatur des schmelzenden Eises gleich $1{,}000000201$ Meter befunden worden ist.

Art. 3. Es gelten folgende Maße: A. Längenmaße. Die Einheit bildet das Meter oder der Stab. Der hundertste Theil des Meters heißt das Centimeter oder der Neu-Zoll. Der tausendste Theil des Meters heißt das Millimeter oder der Strich. Zehn Meter heißen das Dekameter oder die Kette. Tausend Meter heißen das Kilometer. B. Flächenmaße. Die Einheit bildet das Quadratmeter oder der Quadratstab. Hundert Quadratmeter heißen das Ar. Zehntausend Quadratmeter heißen das Hektar. C. Körpermaße. Die Grundlage bildet das Kubikmeter oder der Kubikstab. Die Einheit ist der tausendste Theil des Kubikmeters und heißt das Liter oder die Kanne. Das halbe Liter heißt der Schoppen. Hundert Liter oder der zehnte Theil des Kubikmeters heißt das Hektoliter oder das Faß. Fünfzig Liter sind ein Scheffel.

Art. 4. Als Entfernungsmaß dient die Meile von 7500 Metern.

Art. 5. Als Urgewicht dient das im Besitze der königlich preußischen Regierung befindliche Platinkilogram, welches mit Nr. 1 bezeichnet, im Jahre 1860 durch eine von der königlich preußischen und der kaiserlich französischen Regierung niedergesetzte Kommission mit dem in dem kaiserlichen Archive zu Paris aufbewahrten Kilogramme prototype verglichen und gleich $0{,}999999543$ Kilogramm befunden worden ist.

---

9) Das ist nicht so zu verstehen, als wenn das Versprechen und die Annahme übereinzustimmen brauchten; denn in dem Falle der Nichtübereinstimmung würde der Vertrag nicht zu Stande gekommen sein, mithin der Auslegung nicht bedürfen. Vielmehr ist vorausgesetzt, daß unstreitig Willensvereinbarung stattgefunden hat und hinterher nur darüber Streit entsteht: über was oder wie viel man einig geworden.

10) Liegt der Ort in Preußen, so darf die Ueberlieferung, bei Strafe, nur nach preuß. Maße und Gewichte geschehen; und wenn ein fremdes Maß oder Gewicht verabredet worden ist, so muß es auf preuß. reduzirt werden. V. v. 13. Mai 1840 (Zus. 8) §. 4. Hiernach wird also nicht mehr bloß vermuthet, sondern es wird dafür gehalten, daß auf preuß. Maß, in dem gedachten Falle, kontrahirt worden, wenn der Vertrag nicht ein Anderes enthält. — Vergl. H.G.B. Art. 336.

Art. 6. Die Einheit des Gewichts bildet das Kilogramm (gleich 2 Pfund). Es iſt das Gewicht eines Liters deſtillirten Waſſers bei + 4 Gr. des hunderttheiligen Thermometers.

Das Kilogramm wird in 1000 Gramme getheilt mit decimalen Unter-Abtheilungen.

Zehn Gramme heißen das Dekagramm oder das Neu-Loth.

Der zehnte Theil eines Gramms heißt das Decigramm, der hundertſte das Centigramm, der tauſendſte das Milligramm.

Ein halbes Kilogramm heißt das Pfund.

50 Kilogramm oder 100 Pfund heißen der Centner.

1000 Kilogramm oder 2000 Pfund heißen die Tonne.

Art. 7. Ein von dieſem Gewichte (Art. 6) abweichendes Medizinal-Gewicht findet nicht ſtatt.

Art. 8. In Betreff des Münzgewichts verbleibt es bei den im Art. 1[11]) des Münzvertrages vom 24. Januar 1857 gegebenen Beſtimmungen.

Art. 9. Nach beglaubigten Kopien des Urmaßes (Art. 2) und des Urgewichts (Art. 5) werden die Normalmaße und Normalgewichte hergeſtellt und richtig erhalten.

Art. 10. Zum Zumeſſen oder Zuwägen im öffentlichen Verkehre dürfen nur in Gemäßheit dieſer Maß- und Gewichtsordnung gehörig geſtempelte Maße, Gewichte und Waagen angewendet werden.

Der Gebrauch unrichtiger Maße, Gewichte und Waagen iſt unterſagt, auch wenn dieſelben im Uebrigen den Beſtimmungen dieſer Maß- und Gewichtsordnung entſprechen. Die näheren Beſtimmungen über die äußerſten Grenzen der im öffentlichen Verkehr noch zu duldenden Abweichungen von der abſoluten Richtigkeit erfolgen nach Vernehmung der im Art. 18 bezeichneten techniſchen Behörden durch den Bundesrath.

Art. 11. Bei dem Verkaufe weingeiſtiger Flüſſigkeiten nach Stärkegraden dürfen zur Ermittelung des Alkoholgehaltes nur gehörig geſtempelte Alkoholmeter und Thermometer angewendet werden.

Art. 12. Der in Fäſſern zum Verkauf kommende Wein darf dem Käufer nur in ſolchen Fäſſern, auf welchen die den Raumgehalt bildende Zahl der Liter durch Stempelung beglaubigt iſt, überliefert werden.

Eine Ausnahme hiervon findet nur bezüglich desjenigen ausländiſchen Weines ſtatt, welcher in den Originalgebinden weiter verkauft wird.

Art. 13. Gasmeſſer, nach welchen die Vergütung für den Verbrauch von Leuchtgas beſtimmt wird, ſollen gehörig geſtempelt ſein.

Art. 14. Zur Eichung und Stempelung ſind nur diejenigen Maße und Gewichte zuzulaſſen, welche den in Artikel 3 und 6 dieſer Maß- und Gewichtsordnung benannten Größen, oder ihrer Hälfte, ſowie ihrem Zwei-, Fünf-, Zehn- und Zwanzigfachen entſprechen. Zuläſſig iſt ferner die Eichung und Stempelung des Viertel-Hektoliter, ſowie fortgeſetzter Halbirungen des Liter.

Art. 15. Das Geſchäft der Eichung und Stempelung wird ausſchließlich durch Eichungsämter ausgeübt, deren Perſonal von der Obrigkeit beſtellt wird. Dieſe Aemter werden mit den erforderlichen, nach den Normalmaßen und Gewichten (Art. 9) hergeſtellten Eichungsnormalen, beziehungsweiſe mit den erforderlichen Normalapparaten verſehen. Die für die Eichung und Stempelung zu erhebenden Gebühren werden durch eine allgemeine Taxe geregelt (Art. 18).

Art. 16. Die Errichtung der Eichungsämter (Art. 15) ſteht den Bundesregierungen zu und erfolgt nach den Landesgeſetzen. Dieſelben können auf einen einzelnen Zweig des Eichungsgeſchäfts beſchränkt ſein, oder mehrere Zweige deſſelben umfaſſen.

Art. 17. Die Bundesregierungen haben, jede für ſich oder mehrere gemeinſchaftlich, zum Zweck der Aufſicht über die Geſchäftsführung und die ordnungsmäßige Unterhaltung der Eichungsämter die erforderlichen Anordnungen zu treffen. In gleicher Weiſe liegt ihnen die Fürſorge für eine periodiſch

---

11) (5. A.) Dieſer lautet:
Das Pfund, in der Schwere von 500 Grammen, wie ſolches bereits bei der Erhebung der Zölle zur Anwendung kommt, ſoll in den vertragenden Staaten der Ausmünzung zur Grundlage dienen und auf deren Münzſtätten als ausſchließliches Münzgewicht eingeführt werden, auch zu dieſem Zwecke eine ſelbſtſtändige Eintheilung in Tauſendtheile mit weiterer dezimaler Abſtufung erhalten. (G.S. S. 314.)

wiederkehrende Vergleichung der im Gebrauche der Eichungsämter befindlichen Eichungsnormale (Art. 15) mit den Normalmaßen und Gewichten ob.

Art. 18. Es wird eine Normal-Eichungskommission vom Bunde bestellt und unterhalten. Dieselbe hat ihren Sitz in Berlin[11a]).

Die Normal-Eichungskommission hat darüber zu wachen, daß im gesammten Bundesgebiete das Eichungswesen nach übereinstimmenden Regeln und dem Interesse des Verkehrs entsprechend gehandhabt werde. Ihr liegt die Anfertigung und Verabfolgung der Normale (Art. 9), so weit nöthig auch der Eichungsnormale (Art. 15), an die Eichungsstellen des Bundes ob, und ist sie daher mit den für ihren Geschäftsbetrieb nöthigen Instrumenten und Apparaten auszurüsten.

Die Normal-Eichungskommission hat die näheren Vorschriften über Material, Gestalt, Bezeichnung und sonstige Beschaffenheit der Maße und Gewichte, ferner über die von Seiten der Eichungsstellen innezuhaltenden Fehlergrenzen zu erlassen. Sie bestimmt, welche Arten von Waagen im öffentlichen Verkehr oder nur zu besonderen gewerblichen Zwecken angewendet werden dürfen, und setzt die Bedingungen ihrer Stempelfähigkeit fest. Sie hat ferner das Erforderliche über die Einrichtung der sonst in dieser Maß- und Gewichtsordnung aufgestellten Meßwerkzeuge vorzuschreiben, sowie über die Zulassung anderweiter Geräthschaften zur Eichung und Stempelung zu entscheiden. Der Normal-Eichungskommission liegt es ob, das bei der Eichung und Stempelung zu beobachtende Verfahren und die Taxen für die von den Eichungsstellen zu erhebenden Gebühren (Art. 15) festzusetzen und überhaupt alle die technische Seite des Eichungswesens betreffenden Gegenstände zu regeln.

Art. 19. Sämmtliche Eichungsstellen des Bundesgebiets haben sich, neben dem jeder Stelle eigenthümlichen Zeichen, eines übereinstimmenden Stempelzeichens zur Beglaubigung der von ihnen geeichten Gegenstände zu bedienen.

Diese Stempelzeichen werden von der Normal-Eichungskommission bestimmt.

Art. 20. Maße, Gewichte und Meßwerkzeuge, welche von einer Eichungsstelle des Bundesgebiets geeicht und mit dem vorschriftsmäßigen Stempelzeichen beglaubigt sind, dürfen im ganzen Umfange des Bundesgebiets im öffentlichen Verkehr angewendet werden.

Art. 21. Diese Maß- und Gewichtsordnung tritt mit dem 1. Januar 1872 in Kraft.

Die Landesregierungen haben die Verhältnißzahlen für die Umrechnung der bisherigen Landesmaße und Gewichte in die neuen festzustellen und bekannt zu machen, und sonst alle Anordnungen zu treffen, welche, außer den nach Art. 18 der technischen Bundescentralbehörde vorbehaltenen Vorschriften, zur Sicherung der Ein- und Durchführung der in dieser Maß- und Gewichtsordnung, namentlich in Artikel 10, 11, 12 und 13 enthaltenen Bestimmungen erforderlich sind.

Art. 22. Die Anwendung der dieser Maß- und Gewichtsordnung entsprechenden Maße und Gewichte ist bereits vom 1. Januar 1870 an gestattet, insofern die Betheiligten hierüber einig sind.

Art. 23. Die Normal-Eichungskommission (Art. 18) tritt alsbald nach Verkündung der Maß- und Gewichtsordnung in Thätigkeit, um die Eichungsbehörden bis zu dem im Art. 22 angegebenen Zeitpunkt zur Eichung und Stempelung der ihnen vorgelegten Maße und Gewichte in den Stand zu setzen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Bundes-Insiegel.

6. Gesetz, betreffend die Einführung eines allgemeinen Landesgewichts. Vom 17. Mai 1856. (G.S. S. 545.)

§. 1. Das durch die Verordnung vom 31. Oktober 1839 (Gesetz-Sammlung 1839 Seite 325) zunächst für den Zollverkehr eingeführte Pfund soll fortan die Einheit des preußischen Gewichts sein. Das preußische Pfund ist hiernach gleich einem Pfunde und $2,_{209158142}$ Loth des bisherigen preußischen Gewichtes. Es wird ein diesem Verhältniß entsprechendes Gewichtsstück angefertigt werden, welches als Urgewicht des preußischen Staates gelten und alsdann für das Gewicht des preußischen

11a) (5. A.) Die Normal-Eichungskommission ist errichtet und hat in Berlin ihren Sitz genommen; sie wird die durch die Bestimmungen in den Art. 18 und 23 ihr übertragenen Funktionen unter der Benennung „Normal-Aichungskommission" ausüben. Mit der Leitung dieser Bundesbehörde ist der Direktor der königl. Sternwarte in Berlin beauftragt. Bekanntmachung des Kanzlers des Nordd. Bundes vom 16. Februar 1869 (Bundesges.-Bl. S. 46).

Pfundes allein maßgebend sein soll. Auch soll das Verhältniß des letzteren zu dem durch das Gesetz vom 10. März 1839 (Gesetz-Sammlung 1839 Seite 94) festgesetzten Urmaße des preußischen Staates ermittelt und öffentlich bekannt gemacht werden.

§. 2. Hundert Pfund (§. 1) machen einen Centner, und Vierzig Centner oder Viertausend Pfund eine Schiffslast aus.

§. 3. Das Pfund wird in Dreißig Loth, das Loth in Zehn Quentchen, das Quentchen in Zehn Zent, der Zent in Zehn Korn getheilt. Noch kleinere Theile werden ohne besondere Benennung durch Dezimal-Bruchtheile des Korns angegeben.

§. 4. Ein von dem Handelsgewichte abweichendes Medicinalgewicht findet ferner nicht statt. Der §. 25 der Anweisung zur Verfertigung der Probemaße und Gewichte vom 16. Mai 1816 (Gesetz-Sammlung 1816 S. 149)[12]) wird aufgehoben.

Gesetz, betr. das preußische Medizinalgewicht, vom 16. März 1867 (G.S. S. 386).

Wir ꝛc. verordnen für den Umfang Unserer Monarchie, einschließlich des Jadegebietes, unter Zustimmung beider Häuser des Landtages, was folgt:

§. 1. Das Pfund, wie solches durch den §. 1 des G. vom 17. Mai 1856 als Einheit des preußischen Gewichts festgestellt ist, soll auch als Medizinalgewicht zur Anwendung kommen.

Dieses Pfund ist hiernach gleich Einem Pfunde und $5_{,104579}$ Unzen (1 Pfund 5 Unzen 2 Skrupel $10_{,3}$ Gran) des bisherigen Medizinalgewichts.

§. 2. Das Pfund wird als Medizinalgewicht in fünfhundert Theile getheilt, mit dezimaler Unterabtheilung.

Der fünfhundertste Theil des Pfundes erhält den Namen „Gramm".

Die dezimalen Unterabtheilungen des Gramm werden, der betreffenden Abstufung seines zehnten, hundertsten und tausendsten Theils entsprechend, mit den Namen „Dezigramm", „Centigramm" und „Milligramm" bezeichnet.

§. 3. Die vorstehenden Bestimmungen treten mit dem 1. Januar 1868 in Kraft.

Von diesem Zeitpunkt ab dürfen andere als diesem Gesetz entsprechende Gewichte in den Apotheken nicht angewendet werden.

Die in den Gesetzen gegen die Benutzung unrichtiger, zum Wiegen bestimmter Werkzeuge und gegen den Besitz ungestempelter Gewichte angedrohten Strafen treten auch in dem Falle ein, wenn nach dem genannten Zeitpunkte in den Apotheken dem gegenwärtigen Gesetze nicht entsprechende, wenngleich mit dem Stempel einer Eichungsbehörde versehene Gewichte benutzt oder vorgefunden werden.

§. 4. Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten und der Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten werden mit der Ausführung dieses Gesetzes beauftragt.

Urkundlich ꝛc.

§. 5. Eben so findet ein von dem Handelsgewichte abweichendes Juwelengewicht ferner nicht statt.

§. 6. Aufgehoben.

Gesetz über das Münzgewicht vom 5. Mai 1857 (G.S. S. 325).

Wir ꝛc. verordnen mit Zustimmung beider Häuser des Landtags Unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Das preußische Pfund, wie solches durch den §. 1 des Gesetzes vom 17. Mai 1856 als Einheit des preußischen Gewichts festgestellt ist, soll beim Wiegen der Münzen und Münzmetalle sowohl in Unseren Münzstätten als auch im öffentlichen Verkehr, ausschließlich zur Anwendung kommen.

§. 2. Das Pfund wird zu diesem Zwecke in Tausendtheile getheilt. Die Theilung des Tausendtheils erfolgt in dezimaler Abstufung. Der zehnte Theil desselben erhält den Namen „Aß".

§. 3. Die Bestimmungen dieses Gesetzes treten für den ganzen Umfang der Monarchie gleichzeitig mit dem Gesetze über das Münzwesen vom 4. Mai d. J. in Kraft. Von diesem Tage an

12) (5. A.) An deren Stelle ist die Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund, vom 17. August 1868 (Zus. 5) getreten.

sind die §§. 19 und 20 der Anweisung zur Verfertigung der Probemaße und Gewichte vom 16. Mai 1816 und der §. 6 des Gesetzes wegen Einführung eines allgemeinen Landesgewichts vom 17. Mai 1856 aufgehoben.

§. 4. Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten ist mit der Ausführung dieses Gesetzes beauftragt.

§. 7. Andere als diesem Gesetz entsprechende Gewichte dürfen weder im Verkehr angewendet, noch von den Eichungsbehörden gestempelt werden. Die in den Gesetzen gegen die Benutzung unrichtiger, zum Wiegen bestimmter Werkzeuge und gegen den Besitz ungestempelter Gewichte angedrohten Strafen treten auch in dem Falle der Benutzung und des Besitzes solcher, dem gegenwärtigen Gesetze nicht entsprechenden Gewichte ein, welche von dem im §. 12 bestimmten Zeitpunkte mit dem Stempel eines inländischen Eichungsamtes versehen waren.

§. 8. Bei der Erhebung der öffentlichen Abgaben, welche in Gemäßheit der bestehenden Vorschriften nach dem bisherigen Gewichte entrichtet werden, kommt, so weit nicht durch Verabredung mit anderen Staaten etwas Anderes bestimmt ist, das durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschriebene Gewicht dergestalt in Anwendung, daß derjenige Betrag, welcher von dem bisherigen preußischen Centner oder der bisherigen preußischen Schiffslast erhoben worden, fortan von dem durch dieses Gesetz bestimmten Centner, beziehungsweise der darin bestimmten Schiffslast (§. 2) zur Erhebung gelangt. Der dadurch aufkommende Mehrbetrag an Mahl- und Schlachtsteuer wird den pflichtigen Städten aus der Staatskasse erstattet.

§. 9. Auch bei dem Verkauf des Salzes kommt das durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschriebene Gewicht zur Anwendung. Die Tonne Salz (Verordnung vom 22. Nov. 1842, Gesetz-Sammlung 1842 Seite 310) ist zu 378 Pfund 24 Lth. zu rechnen und hiernach das Gewicht der kleineren Gebinde und Verkaufswaagen, beziehungsweise der Debitspreis für dieselben unter angemessener Abrundung, vom Finanzminister zu bestimmen.

§. 10. Zur Ausführung der in der Verordnung vom 17. Mai 1839 und der Ordre vom 12. April 1840 wegen des Verkehrs auf den Kunststraßen (Gesetz-Sammlung 1839 Seite 80; 1840 Seite 108), in dem Chausseegeld-Tarif vom 29. Februar 1840 (Gesetz-Sammlung 1840 Seite 94), sowie in den veröffentlichten Spezial-Tarifen zur Erhebung von Kommunikationsabgaben enthaltenen Bestimmungen in Betreff der Belastung der Fuhrwerke und des Tarifsatzes für beladene Fuhrwerke, kommt für die Ermittelung des Gewichts der Ladung, beziehungsweise des Fuhrwerks, das durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschriebene Gewicht dergestalt in Anwendung, daß an die Stelle des bisherigen ohne Weiteres der durch dieses Gesetz vorgeschriebene Centner tritt; die Gewichtssätze selbst aber unverändert bleiben.

§. 11. Die §§. 18, 21 bis 24 und 26 der Anweisung zur Verfertigung der Probemaße und Gewichte vom 16. Mai 1816, so wie die Verordnung vom 31. Oktober 1839, betreffend die Einführung des Zollgewichts, werden hierdurch aufgehoben.

§. 12. Die Bestimmungen in den §§. 1 bis 3 und 5 bis 11 treten für den ganzen Umfang der Monarchie, mit Ausnahme der hohenzollernschen Lande, mit dem 1. Juli 1858 in Kraft. Der Zeitpunkt, mit welchem die Vorschrift im §. 4 in Kraft treten soll, wird durch königliche Verordnung festgesetzt werden. Die Einführung des Gesetzes in den hohenzollernschen Landen, unter Aufhebung der entgegenstehenden, zur Zeit daselbst geltenden gesetzlichen Bestimmungen, bleibt königlicher Verordnung vorbehalten.

§. 13. Die Eichungsbehörden sind verpflichtet, die nach dem gegenwärtigen Gesetze zur Stempelung geeigneten Gewichtsstücke (§. 7), wenn dieselben bis zum 1. August 1858 zur Eichung gestellt und gleichzeitig entsprechende gestempelte alte Gewichtsstücke von vorschriftsmäßiger Beschaffenheit vorgelegt werden, gebührenfrei zu eichen und zu stempeln; sind die vorgelegten alten Gewichte von anderer Art als die zu stempelnden neuen Gewichte, so sind die tarifmäßigen Gebühren für die Eichung der ersteren auf die Gebühren für die Stempelung der neuen Gewichtsstücke anzurechnen. Der auf den vorgelegten alten Gewichtsstücken befindliche Eichungsstempel ist zu kassiren.

7. V. wegen Feststellung des Wispelmaßes, v. 1. Dezember 1843. (G.S. S. 1844, S. 43.)

Unter einem Wispel oder Winspel beim Getreidehandel sollen überall 24 Berliner Scheffel zu 3072 Kubikzoll verstanden werden.

8. V. die Verbindlichkeit zur Anwendung gestempelter Maße und Gewichte betreffend. Vom 13. Mai 1840 (G.S. S. 127).

§. 1. In allen Fällen, wo etwas nach Maß oder Gewicht verkauft wird, darf die im Inlande erfolgende Ueberlieferung nur nach preußischem, gehörig gestempeltem Maße oder Gewichte geschehen. Ist im Vertrage ein fremdes Maß oder Gewicht verabredet, so muß dasselbe bei jeder Ueberlieferung auf preußisches Maß oder Gewicht reduzirt werden[13]).

Die Uebertretung dieser Vorschrift hat für jeden der Kontrahenten eine polizeiliche Geldbuße von 1—5 Thlrn. zur Folge. Auch wird das dabei gebrauchte ungestempelte oder fremde Maß oder Gewicht konfiszirt[14]).

§. 2. Das in der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816[15]) und in der K.O. v. 28. Juni 1827[16]) in Ansehung der Waarenverkäufer enthaltene Verbot des Besitzes oder Gebrauchs ungestempelter Maße oder Gewichte findet auf sämmtliche Gewerbetreibende dergestalt Anwendung, daß dieselben, bei Vermeidung der darin vorgeschriebenen Strafen, kein ungestempeltes Maß oder Gewicht von der Art, wie es zum Einkauf oder Verkauf von Waaren in ihrem Gewerbebetriebe dient, besitzen oder gebrauchen dürfen.

8a. Gesetz vom 24. Mai 1853, die Stempelung und Beaufsichtigung der Waagen im öffentlichen Verkehr betreffend (G.S. S. 589).

Wir ꝛc. verordnen, mit Zustimmung der Kammern, was folgt:

§. 1. In allen Fällen, wo nach den Bestimmungen der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816 (jetzt der Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund vom 17. August 1868, Zus. 5), und der Verordnung vom 13. Mai 1840, gestempelte Gewichte angewendet werden müssen, soll die Verwiegung auch nur mittelst gestempelter Waagen geschehen.

§. 2. Zur Stempelung sollen nur zugelassen werden:

1) gleicharmige Balkenwaagen;
2) die unter dem Namen: „römische Waagen" bekannten Schnellwaagen;
3) solche Brückenwaagen, bei denen das Gegengewicht zum Gewichte der Last, im Zustande des Gleichgewichts, sich wie Eins zu Zehn, oder wie Eins zu Hundert verhält.

§. 3. In den Fällen, wo es nach Inhalt des gegenwärtigen Gesetzes (§. 1) der Anwendung einer gestempelten Waage bedarf, ist die Anwendung von Brückenwaagen nur beim Verwiegen solcher Lasten zulässig, deren Gewicht zwanzig Pfund oder mehr beträgt.

Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten ist ermächtigt, die Anwendung von Brückenwaagen auch für Lasten von geringerem Gewichte zu gestatten, wenn dies nach den Umständen ohne Gefährdung der Betheiligten sich als zulässig ergiebt.

§. 4. An jeder Brückenwaage muß auf einem Schilde das zum Grunde liegende Verhältniß durch die Bezeichnung: Dezimalwaage oder Centesimalwaage, sowie die Tragfähigkeit derselben, ingleichen der Name und Wohnort des Verfertigers, angegeben sein.

---

13) S. d. Vergleichung des preuß. Kubik- und preuß. Hohlmaßes, sowie des Zollgewichtes mit den Anhaltschen, Dänischen, Englischen, Französischen, Hamburger, Hannoverschen, Lübeckischen, Mecklenburgischen, Sächsischen, Wiener, Böhmischen Maßen und Gewichten in der Ges.Samml. 1844, S. 486.

14) (4. A.) Nicht-Gewerbetreibende, welche sich beim Verkaufe eines nicht gestempelten Maßes oder Gewichtes bedienen, unterliegen der durch den §. 1 angedrohten Strafe. Diese Bestimmung ist durch den §. 348, N. 2 des Str.G.B., der sich nur auf Gewerbetreibende bezieht, und den Art. II des Einf.Ges. vom 14. April 1851 nicht aufgehoben. Erk. des Obertr. v. 15. April 1859 (J.M.Bl. S. 178).

15) (5. A.) An deren Stelle ist die Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund, vom 17. August 1868 Art. 10—13 (Zus. 5) getreten.

16) S. die vor. Anm. 15.

§. 5. Die zu Verwiegungen auf Brückenwaagen bestimmten Gewichtsstücke können nach der, dem Dezimalsysteme der Verwiegung entsprechenden Theilung, bis auf das geringste Gewicht von 0,1 Loth, und zwar sowohl im Preußischen Handelsgewichte, als für den gesetzlich nach Zollgewicht zulässigen Verkehr, im Zollgewichte getheilt werden.

§. 6. Die erste amtliche Prüfung und Stempelung der Brückenwaagen muß bei einer Provinzial-Eichungskommission oder bei dem Eichungsamte zu Berlin oder von einem von diesen Behörden ermächtigten Sachverständigen erfolgen. Ueber die geschehene Prüfung und Stempelung ist dem Besitzer eine Bescheinigung zu ertheilen.

§. 7. Die Bestimmungen der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816 und der Verordnung vom 13. Mai 1840[16a])

über das Verbot des Besitzes ungestempelter Maße und Gewichte, über die Erhaltung der fortdauernden Richtigkeit der gestempelten Maße und Gewichte,

finden auch auf die Waagen Anwendung.

Dem Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten steht die Befugniß zu, die in Gemäßheit des §. 18 der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816 auch auf die gestempelten Waagen Anwendung findende jährliche Frist zur erneuerten Prüfung der Richtigkeit bis auf drei Jahre zu verlängern.

§. 8. Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten ist ermächtigt, den Gebrauch anderer, als der nach §. 2 stempelfähigen Wiegevorrichtungen im öffentlichen Verkehre ausnahmsweise in solchen Fällen zu gestatten, wo es nach der Beschaffenheit der Wiege-Vorrichtung und nach dem Zwecke der Verwiegung ohne Gefährdung der Betheiligten sich als zulässig ergiebt*).

Die Genehmigung einer solchen Ausnahme ist, unter Darlegung der Konstruktionsverhältnisse, durch Zeichnung und Beschreibung oder durch ein Modell der anzuwendenden Vorrichtung, besonders nachzusuchen und nöthigenfalls nur mit den geeigneten Einschränkungen und Bedingungen zu ertheilen.

§. 9. Die wegen Revision der Maße und Gewichte bestehenden Vorschriften finden auch auf die Waagen und auf die sonstigen nach §. 8 zugelassenen Wiege-Vorrichtungen Anwendung.

§. 10. Die Uebertretung der in den §§. 1, 3, 4 und 7 enthaltenen Bestimmungen, sowie der nach §. 8 von dem Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten etwa für besondere Wiege-Vorrichtungen angeordneten Einschränkungen und Bedingungen, zieht, wenn sie Gewerbetreibenden zur Last fällt, die im §. 348 des Strafgesetz-Buchs bestimmte Strafe; wenn sie dagegen den in den §§. 13 und 14 der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816[16b]) bezeichneten Behörden und Personen zur Last fällt, die in den §§. 13 und 18 derselben bestimmte Ordnungsstrafe nach sich.

Die in dem genannten §. 348 des Strafgesetz-Buchs für den Besitz einer unrichtigen Waage angedrohte Strafe findet auf gestempelte Waagen nicht Anwendung.

§. 11. Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten ist beauftragt, die zur Ausführung dieses Gesetzes erforderliche nähere Instruktion zu erlassen, auch die Gebühren-Taxe der Eichungsbehörden für die ihnen darnach obliegenden Verrichtungen festzustellen.

§. 12. Das gegenwärtige Gesetz tritt am 1. Januar 1855 in Kraft.

8b. Instruktion über das Verfahren bei der Prüfung und Stempelung der Waagen, vom 20. Juli 1853 (Oppeln. Amtsbl. 1853. Extra-Beil. zu Stück 51).

Da nach Inhalt des Gesetzes vom 24. Mai 1853 in allen Fällen, wo nach den Bestimmungen der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816 und der Verordnung vom 13. Mai 1840 ge-

16a) S. die vor. Anm. 15.

*) Auf Grund dieser Vorschrift hat der Min. im Allgemeinen genehmigt, daß zum Zwecke der amtlichen Verwiegungen in den Rübenzucker-Fabriken ungleicharmige Hebelwaagen unter folgenden Bedingungen gebraucht werden dürfen:

1) das Verhältniß der beiden ungleichen Hebelarme darf kein anderes als das von 1 zu 10 sein, damit dieselben gestempelten Gewichte, welche bei den Dezimal-Brückenwaagen in Anwendung kommen, auch bei den Dezimal-Hebelwaagen in gleicher Weise benutzt werden können;

2) die Konstruktion des Waagebalkens des ungleicharmigen Hebels muß im Uebrigen den Bedingungen entsprechen, welche im §. 2 der Instr. vom 20. Juli 1854 für die Konstruktion gleicharmiger Waagebalken vorgeschrieben sind. (Oppeln. Amtsbl. 1853, Extrabeil. zu Stück 51, S. 20.)

16b) Vergl. die Anm. 15. Die Strafbestimmungen bleiben unberührt.

stempelte Gewichte angewendet werden müssen, auch die Verwiegung nur mittelst gestempelter Waagen geschehen darf, und da zugleich bestimmt ist, daß zur Stempelung nur zugelassen werden sollen:

1) die gleicharmigen Balkenwaagen;
2) die unter dem Namen der römischen Waage bekannten Schnellwaagen;
3) solche Brückenwaagen, bei denen das Gegengewicht zum Gewicht der Last sich verhält, wie 1 : 10 oder wie 1 : 100;

so wird über das Verfahren bei der Prüfung und Stempelung obiger Arten von Waagen die folgende Anweisung ertheilt:

### A. Gleicharmige Waagen.

§. 1. Bei der Prüfung einer neuen, zur Stempelung vorgelegten Waage der oben genannten Art kommt vornehmlich die Beschaffenheit des Waagebalkens in Betracht. Hinsichtlich der dazu gehörigen Schalen ist nur darauf zu sehen, daß sie mit den zu ihrer Aufhängung dienenden Ketten oder Schnüren, ohne Ausgleichung durch willkürliches Anhängen eines Bleistückes, Drahtes oder eines anderen Ausgleichungsmittels, das mit den Schalen nicht unzertrennlich verbunden ist, gleiche Gewichte haben.

Eine Stempelung der Waagschalen ist aber nicht erforderlich, da die Uebereinstimmung ihrer Gewichte durch die Richtigkeit des Waagebalkens hinreichend gesichert ist.

§. 2. Was den Waagebalken betrifft, so muß derselbe eine regelmäßige, tüchtige Ausführung, und in seinen beiden Schenkeln eine solche Uebereinstimmung der Gestalt zeigen, daß das bloße Auge keine Verschiedenheit wahrnehmen kann.

Nach der Länge und den Abmessungen des Balkens in seinem mittleren Querschnitte richtet sich die Tragfähigkeit derselben; d. h. die größte Belastung, welche ohne Gefahr einer nachtheiligen Biegung einer jeden Waagschale zugemuthet werden kann, weshalb diese bei der Prüfung zu konstatiren ist.

In der zur Unterstützung dienenden Scheere muß der Balken mittelst einer in seiner Mitte unwandelbar befestigten Stahlschneide, deren nach unten gekehrte Schärfe in stählernen Pfannen ruht, in einer vertikalen Ebene frei spielen, ohne daß er selbst oder seine Zunge seitwärts anstreichen kann.

Die erwähnte Zunge muß mit dem Waagebalken, senkrecht über der Mittelschneide desselben, auf eine unveränderliche Weise verbunden sein. Sie muß eine gerade Linie bilden, die beim Einspielen vertikal steht, während die Mittellinie des Balkens dann eine horizontale Lage hat.

Zum Aufhängen der Waagschalen dienen zwei mit ihren Schärfen nach oben gekehrte Stahlschneiden, die mit den Enden des Balkens so verbunden sein müssen, daß sie unter sich und mit der als Drehachse dienenden Mittelschneide parallel sind. Außerdem müssen alle drei Schneiden auf der vertikalen Ebene des Waagebalkens senkrecht stehen, und die gehörige Härtung haben, um gegen eine zu schnelle Abnutzung gesichert zu sein.

Die Pfannen in den Gehängen der Waagschalen müssen auf den zugehörigen Stahlschneiden ohne alle Klemmungen und seitliche Reibungen frei spielen. Auch ist darauf zu sehen, daß sie nur mit den äußersten Schärfen der Schneiden in Berührung kommen können.

Die Art der Aufhängung, bei welcher an den Enden des Waagebalkens statt der nach oben gekehrten Stahlschneiden hohle Pfannen befestigt, die zugehörigen Schneiden aber in den Gehängen angebracht sind, ist ganz fehlerhaft, und darf eine auf diese Weise konstruirte Waage nicht zur Eichung zugelassen werden.

§. 3. Die fernere Prüfung, welche der Stempelung vorhergehen muß, betrifft die Erforschung der Richtigkeit und Empfindlichkeit.

Zur Richtigkeit eines Waagebalkens gehört, neben den im vorigen Paragraphen genannten Erfordernissen, zweierlei:

1) daß der Balken für sich im Gleichgewichte sei, und
2) daß er gleicharmig sei.

Das Vorhandensein der ersten Bedingungen zeigt sich sofort, wenn die Zunge des von den Schalen befreiten Waagebalkens genau einsteht, und in diese Stellung nach einigen Schwankungen wieder zurückkehrt, nachdem man sie durch Anstoß etwas daraus entfernt hat.

Dieselbe Probe, jedoch mit gleicher Belastung der beiden Arme des Waagebalkens, giebt auch Aufschluß über das Zutreffen der zweiten Bedingung.

Hat man nämlich an beiden Armen genau gleiche Gewichte aufgehängt, so haben die Arme gleiche Länge, sobald die Zunge richtig einsteht. Muß man aber auf der einen Seite ein kleines Uebergewicht zulegen, um das genaue Einstehen herbeizuführen, so ist der nach dieser Seite gekehrte Arm kürzer, als der ihm gegenüberstehende.

Im letzteren Falle wird der Unterschied beider Längen in Theilen des kürzeren Armes erhalten, indem man das Uebergewicht durch eines dergleichen Gewichte dividirt. Hätte man z. B. bei einer Belastung von 10 Pfund auf jeder Seite dem links hangenden Gewichte $^1/_4$ Loth zulegen müssen, um die Zunge zum Einstehen zu bringen, so würde der rechte Arm des Balkens um $^1/_4 : 320$, d. h. um $^1/_{1280}$ länger sein, als der linke, oder: die Längen beider Arme würden sich in diesem Falle wie 1281 : 1280 verhalten.

Da es aber immer sehr schwierig bleibt, einen Waagebalken genau gleicharmig herzustellen, so kann eine Abweichung, die nicht mehr als $^1/_{3000}$ der Länge eines Armes beträgt, als unschädlich nachgesehen werden.

§. 4. Was die Empfindlichkeit betrifft, so wird diese nach der mehr oder mindern Abweichung der Zunge aus der vertikalen Stellung im Zustande des Gleichgewichts bei einem gewissen Uebergewicht auf der einen Waagschale, d. h. nach dem größeren oder geringeren Ausschlage beurtheilt. Aus theoretischen Gründen ist dieser Ausschlag unter übrigens gleichen Umständen desto größer, die Waage also um so empfindlicher, je länger ihr Balken und je leichter derselbe konstruirt ist. Außerdem hat die Lage seines Schwerpunktes, so wie der Umstand, ob die beiden Anhängepunkte der Waagschalen mit dem mittleren Unterstützungspunkte des Balkens — die mit letzterem verbundenen drei Stahlschneiden — in eine gerade oder gebrochene Linie fallen, einen bestimmten Einfluß.

Am häufigsten kommt es vor, daß die Mittelschneide etwas oberhalb der graden Linie liegt, welche durch die Endschneiden gezogen werden kann, und dies ist insofern als ein Uebelstand zu betrachten, als sich dann der Waagebalken bei einer größeren Belastung weniger empfindlich zeigt, als bei geringeren Belastungen. Dagegen ist der Ausschlag, den die Zunge für ein bestimmtes Uebergewicht anzeigt, von der Größe der Belastung unabhängig, sobald jene drei Schneiden genau in einer geraden Linie liegen, weshalb bei der Prüfung genau darauf gesehen werden muß, daß dies so viel als möglich der Fall sei.

§. 5. Gleichwohl wird es nicht ausbleiben, daß die Belastung der beiden Waagschalen immer noch fortfährt, einen gewissen Einfluß auf die Größe des Ausschlages auszuüben, da schon die nie ganz zu vermeidende Reibung der Stahlschneiden in den zugehörigen Pfannen, und besonders die der mittleren Schneide, so wie nicht minder die aus der Elasticität des Balkens entspringende Biegung desselben einen solchen Einfluß bedingt. Mit Rücksicht auf diese Umstände, welche beide der Belastung proportional sind, wird vorgeschrieben, daß die Empfindlichkeit einer bis zur größten Tragfähigkeit belasteten Waage mit einem Uebergewichte geprüft werden soll, welches im Verhältniß zu einem der gleichen Gewichte, die sich auf der Waage das Gleichgewicht halten, auf jeden Centner ein Loth beträgt.

Man darf sich aber nicht damit begnügen, die genannte Prüfung nur auf einer Seite vorzunehmen, sie muß ebenso auch auf der anderen Seite geschehen, wo dann die Zunge nach beiden Seiten hin einen gleich großen Ausschlag geben muß.

§. 6. Hat man sich auf diese Weise die Ueberzeugung verschafft, daß eine zur Eichung vorgelegte Waage den Anforderungen entspricht, welche die Sicherheit des Publikums nöthig macht, so erfolgt die Stempelung ihres Balkens in der Mitte eines jeden Armes, einmal mit dem preußischen Adler, und zum anderen mit dem Ortsnamen der betreffenden Eichungsbehörde.

Letztere ist verpflichtet, dem Eigenthümer oder demjenigen, der die Eichungsgebühren entrichtet, einen nach §. 17 der Instruktion vom 14. Dezember 1816 ausgefertigten Beglaubigungsschein zu übergeben.

§. 7. Finden dagegen nach dem pflichtmäßigen Gutachten der Eichungsbehörde in Bezug auf die in §. 2 genannten allgemeinen Konstruktionserfordernisse wesentliche Mängel statt, oder geben die in §§. 3 bis 5 vorgeschriebenen Proben in Absicht auf die Richtigkeit und Empfindlichkeit nicht die verlangten Resultate, so darf die Stempelung der Waage nicht eher erfolgen, als bis jene Mängel vollständig beseitigt sind.

Trägt aber eine solche mangelhafte Waage noch von einer früheren Eichung her die Stempelung an sich, so ist letztere durch einen darüber gemachten Kreuzhieb vermittelst eines scharfen Meißels zu kassiren, und die Waage ist bei der abermaligen Vorlage wie eine neue zu behandeln.

### B. Römische Waage.

§. 8. Die unter dem Namen der römischen Waage bekannte Schnellwaage besteht aus einem ungleicharmigen Balken, der auf gleiche Weise, wie bei der vorigen Wiegevorrichtung, mittelst einer an beiden Seiten vortretenden Stahlschneide in stählernen Pfannen, der sogenannten Scheere ruht. Eine eben solche Schneide, nur mit nach oben gekehrter Schärfe, ist am Ende des kurzen Armes angebracht, und diese trägt vermittelst eines gabelförmigen, mit Stahlpfannen versehenen, Gehänges einen Doppelhaken zum Anhängen der Waagschale, oder zur unmittelbaren Aufhängung der zu wiegenden Körper.

Um das Gewicht der letztern zu bestimmen, dient ein unveränderliches Gegengewicht, das sogenannte Laufgewicht, welches an dem langen Arme des Waagebalkens so aufgehängt ist, daß es versuchsweise hin und her geschoben werden kann, bis der Waagebalken in horizontaler Stellung zum Gleichgewicht kommt.

Diese Stellung wird auf gleiche Weise, wie bei der gleicharmigen Waage, durch eine auf dem Waagebalken befestigte, in der Scheere frei spielende Zunge angezeigt. Endlich ist auf dem langen Arme des Waagebalkens eine Theilung mit beigesetzten Zahlen angebracht, um mittelst derselben das Gewicht der am kurzen Arm hängenden Last ohne Weiteres ablesen zu können.

§. 9. Damit eine Wiegevorrichtung der fraglichen Art zur Eichung zugelassen werden kann, muß dieselbe durch ihre äußeren Konstruktionsverhältnisse folgenden Anforderungen entsprechen:

1) Der Waagebalken muß eine regelmäßige Bearbeitung und eine hinreichende Stärke haben, um selbst bei der schwersten Belastung nicht gebogen zu werden.
2) Der vertikale Querschnitt des Balkens muß überall ein Rechteck mit horizontalen und vertikalen Seiten sein. Am langen Arme müssen alle diese Rechtecke gleiche Breite haben, während die Höhen nach dem äußersten Ende des Armes zu etwas abnehmen können.
3) Waagebalken mit Querschnitten in Gestalt eines übereck gestellten Quadrates sind zur Eichung nicht zulässig.
4) Wenn man es nicht vorzieht, den Waagebalken blank zu lassen, so kann er geschwärzt oder bronzirt, und allenfalls mit einem dünnen Firniß überzogen werden. Ein dick aufgetragener Anstrich mit Oelfarbe ist dagegen nicht zulässig.
5) Die Stahlschneiden müssen die gehörige Härtung und eine solche Zuschärfung haben, daß sie die ebenfalls gehärteten Pfannen nur mit der äußersten Kante berühren.
6) Beide Schneiden müssen so mit dem Waagebalken verbunden sein, daß sie auf der Seitenfläche des letzteren senkrecht stehen, und daß eine durch ihre Schärfen gelegte gerade Linie mit der Zunge einen rechten Winkel bildet.
7) Wird eine Waagschale zur Aufnahme der zu wägenden Gegenstände angewendet, so muß das Gewicht derselben mit Einschluß der zu ihrer Aufhängung dienenden Kette, Oesen und des zugehörigen Gehänges, eine ganze Zahl von Pfunden betragen, welche auf der vorderen Seitenfläche des Gehänges in vertiefter Schrift angegeben sein muß.
8) Das Laufgewicht darf nicht, wie dies bei den ordinären Schnellwaagen in der Regel zu geschehen pflegt, vermittelst eines Hakens unmittelbar auf dem Rücken des Waagebalkens hängen, sondern auf letzteren muß eine Hülse geschoben sein, an beiden Seiten mit vorstehenden Stahlschneiden und einem gabelförmigen Gehänge versehen, dessen unteres Verbindungsstück einen Haken zum Aufhängen des Laufgewichts trägt.
9) Die an beiden Seiten der Hülse vortretenden Stahlschneiden müssen mit ihren nach oben gekehrten Schärfen eine gerade Linie bilden, die mit den Schärfen der beiden vorgenannten Schneiden parallel ist. Auch muß diese Linie wo möglich in der durch die beiden ersten Schärfen gelegten Ebene sich befinden; wenigstens darf sie nicht tiefer als einen Viertelzoll unterhalb dieser Ebene, niemals aber oberhalb derselben liegen.
10) Das Laufgewicht muß die Gestalt einer Kugel haben, und oben mit einer eingegossenen Oese

aus Schmiedeeisen zur Aufhängung an den vorerwähnten Haken versehen sein. Diese Kugel in Verbindung mit dem gabelförmigen Gehänge und der verschiebbaren Hülse, bildet das ganze Gegengewicht, welches stets eine ganze, auf der Hülse in vertiefter Schrift angegebene, Zahl von Pfunden betragen muß. Eine anderweite Ausgleichung durch zugefügte Blei- oder Drahtstücke darf nicht daran vorkommen.

11) Die Theilung am langen Arm des Waagebalkens muß auf einer der Seitenflächen desselben angebracht, und eine gleichmäßige sein; d. h. je zwei auf einander folgende Theilstriche müssen immer gleiche Entfernungen von einander haben.

12) Die genannten Entfernungen dürfen nicht kleiner, als eine preußische Linie sein, und die den Theilstrichen beizusetzenden Zahlen dürfen nur die ganzen Pfunde ausdrücken, während etwa vorkommende Theilstriche für Bruchtheile des Pfundes ohne numerische Bezeichnung zu lassen sind.

13) Die Hülse muß auf dem abgeschrägten Rande der einen Seite, welche über die vorerwähnte Theilung fortgleitet, mit einem scharf eingerissenen senkrechten Striche versehen sein, der als Index dient, um durch das Zusammentreffen desselben mit irgend einem Theilstriche der Skala das entsprechende Gewicht richtig ablesen zu können.

§. 10. Häufig werden die Schnellwaagen auch mit zwei Skalen zum Wiegen leichter und schwerer Lasten angefertigt, wo dann die eine Skala auf der vorderen Seite des Balkens, die andere aber auf der Rückseite desselben so angebracht ist, daß zu ihrem Gebrauch der Waagebalken umgekantet werden muß. Letzterer ist bei dieser Einrichtung mit zwei Scheeren zu seiner Unterstützung versehen, welche in verschiedenen Abständen von dem Aufhängepunkte der Waagschale am Ende des kurzen Armes — dem sogenannten Laſtpunkte — angebracht sind.

Beim Gebrauche der leichteren Skala findet der Waagebalken, wie im Vorhergehenden angegeben, seine Unterstützung in der am weitesten von dem Laſtpunkte entfernten Scheere, während die diesem Punkte am nächsten befindliche Scheere an der zugehörigen Stahlschneide frei herabhängt. Das Umgekehrte von diesem findet statt, sobald nach Umkantung des Waagebalkens die Skala für schwere Belastungen in Gebrauch genommen wird; woraus hervorgeht, daß die zu beiden Scheeren gehörigen Stahlschneiden eine entgegengesetzte Stellung haben müssen.

Im Gleichen muß die als Laſtpunkt dienende Stahlschneide mit zweien, bezüglich nach unten und nach oben gekehrten Schärfen versehen sein, damit das zugehörige gabelförmige Gehänge beim Umkanten des Waagebalkens nur um das äußerste Ende des kurzen Armes herum gedreht zu werden braucht, um für beide Skalen zur Aufhängung der Last gleich geeignet zu sein.

Betreffend die Hülse für das Laufgewicht, welches für den Gebrauch beider Skalen dasselbe bleibt, so muß diese beim Umkanten des Waagebalkens vorher von denselben ab- und nachher wieder aufgeschoben werden, damit ein und derſelbe Strich als Index für beide Skalen dient. — Schnellwaagen, deren Hülsen mit zwei auf den entgegengesetzten Seiten eingerissenen Zeigerstrichen versehen sind, den einen für die leichte, den anderen für die schwere Skala bestimmt, dürfen nicht geeicht werden.

Im übrigen gelten für beide Skalen dieselben konstruktiven Bedingungen, welche im §. 9 für eine Skala vorgeschrieben sind, und es ist also für eine solche Schnellwaage in Absicht auf die Beurtheilung ihrer Eichungsfähigkeit eine doppelte Prüfung nöthig.

§. 11. Was die Richtigkeit einer Schnellwaage betrifft, so wird diese vornehmlich durch die Eintheilung der Skala, die Schwere des Gegengewichts, und die Stellung des Zeigerstriches auf der Hülse desselben bedingt.

Die Länge des kurzen Armes, d. h. die Entfernung des Laſtpunktes von dem Unterstützungspunkte des Balkens, kommt nur soweit in Betracht, als zwischen dieser Länge, der Pfundenzahl des Gegengewichtes, der Entfernung zweier Theilstriche von einander und der Differenz der zugehörigen Gewichtsangaben eine bestimmte Beziehung stattfindet, mittelst welcher die eine dieser Größen aus der anderen berechnet werden kann. Diese Beziehung besteht darin, daß die Länge des kurzen Armes sich zu der Entfernung je zweier Theilstriche von einander, wie die Größe des Gegengewichtes zu der jener Entfernung entsprechenden Gewichtsdifferenz verhält.

Bei der Prüfung der Richtigkeit einer vorgelegten Schnellwaage hat man aber nicht nöthig, auf

eine solche Berechnung einzugehen, sondern man kann sich durch folgendes Verfahren eine genügende Ueberzeugung von der Richtigkeit verschaffen.

§. 12. Zuvörderst befreit man den Waagebalken von der aufgeschobenen Hülse, und bringt ihn durch hinreichende Beschwerung des Lastpunktes ins Gleichgewicht. Eine kleine Störung des letzteren muß dann eine schwankende Bewegung zur Folge haben, bei welcher die Zunge nach beiden Seiten hin einen Ausschlag von gleicher Größe anzeigt.

Nächstdem versieht man den langen Arm wie zum wirklichen Gebrauche mit dem Laufgewichte, und überzeugt sich, ob die Zunge jedesmal richtig einspielt, wenn nach einander der an der Hülse befindliche Zeigerstrich auf zwei, möglichst weit von einander entfernten, Theilstrichen der Skala gestellt wird, während gleichzeitig die diesen Theilstrichen entsprechenden Belastungen angebracht sind. Trifft diese Probe zu, so hat man sich nur noch zu überzeugen, ob der Abstand zwischen jenen Theilstrichen in so viel gleiche Theile, wie die Differenz der zugehörigen Belastungen Pfunde enthält, getheilt ist, und ob auch die übrigen Theile der Skala hinsichtlich der Größe damit übereinstimmen.

Es ist am zweckmäßigsten, die obige Prüfung an zwei Theilstrichen vorzunehmen, von denen der eine in der Nähe des ersten, der andere aber in der Nähe des letzten Theilpunktes der Skala liegt, und zur mehreren Sicherheit kann man dann dieselbe Probe noch für einen dritten, zwischen jenen liegenden Theilstrich wiederholen.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß bei einer Schnellwaage mit zwei Skalen die vorstehend angegebene Prüfung auf jede ihrer Skalen ausgedehnt werden muß.

§. 13. Hinsichtlich der Empfindlichkeit einer Schnellwaage wird festgestellt, daß diese mit einer Gewichtszulage von drei Loth auf den Centner geprüft werden soll, wobei folgendermaßen zu verfahren ist.

Man bringt zuerst, wie vorhin angegeben, eine dem Maximum der Tragfähigkeit nahe kommende Belastung an der Waage ins Gleichgewicht, indem man das Laufgewicht auf den entsprechenden Theilstrich der Skala stellt, so daß die Zunge richtig einspielt. Legt man dann derselben nach Verhältniß ihrer Schwere das entsprechende Uebergewicht zu, so muß der Zeiger nach der Seite des kurzen Armes hin einen deutlichen Ausschlag anzeigen.

Ist dies der Fall, so schiebt man das Laufgewicht um so viel weiter, daß abermals Gleichgewicht eintritt, und nimmt das Uebergewicht von der Belastung fort; alsdann muß die Zunge denselben Ausschlag nach der entgegengesetzten Seite hin anzeigen.

§. 14. Ist nach sorgfältiger Beobachtung des vorstehend angegebenen Prüfungsverfahrens eine Schnellwaage als vorschriftsmäßig konstruirt und richtig befunden, so muß sowohl der Waagebalken als auch das Gehänge der Schale und die Hülse des Laufgewichtes mit dem preußischen Adler und dem Stempel der betreffenden Eichungsbehörde gestempelt werden.

Bei dem Waagebalken erfolgt diese Stempelung beim ersten und letzten Theilstrich der Skala; bei der Hülse auf beiden Seiten unmittelbar neben dem als Zeiger dienenden Strich, so daß eine Verrückung desselben ohne Zerstörung des Stempels unausführbar wird, und bei dem Gehänge auf der vorderen Seite desselben.

Ist der Waagebalken mit einer zweiten Skala versehen, so muß diese nach befundener Richtigkeit in gleicher Weise wie die erste gestempelt werden.

§. 15. In der von den Eichungsbehörden auszustellenden Eichungsbescheinigung ist außer der laufenden Nummer und dem Namen dessen, der die Eichung verlangt hat, noch anzugeben:

1) die Bemerkung, ob die Schnellwaage eine einfache oder doppelte (mit nur einer Skala, oder mit zwei derselben versehen) ist;
2) die Länge eines Theiles der Skala, der zwischen zwei, möglichst weit von einander entfernten, und mit einer ganzen Zahl von Pfunden bezeichneten, Theilstrichen enthalten ist;
3) der Werth dieser Länge, ausgedrückt durch die Differenz jener Zahlen, welche namhaft zu machen sind, und die Angabe der etwa vorhandenen Unterabtheilungen für halbe, viertel Pfunde ꝛc.;
4) die Schwere des Gegengewichts einschließlich der Hülse und des zugehörigen Gehänges.

### C. Brückenwaagen.

§. 16. Die unter der Benennung „Brückenwaagen" bekannten Wiegevorrichtungen werden nach sehr verschiedenen Prinzipien konstruirt, die in Absicht auf Zuverlässigkeit bald mehr, bald weniger

Gewähr leisten. Für jetzt können nur diejenigen Vorrichtungen, welche unter dem Namen der Straßburger Brückenwaage bekannt sind, und die seit einer Reihe von Jahren im öffentlichen Verkehr ziemlich allgemeine Verbreitung gefunden haben, zur Eichung zugelassen werden.

In wiefern künftig auch noch andere Arten von Brückenwaagen als eichungsfähig anerkannt werden können, bleibt einer besonderen Bestimmung nach Maßgabe der inzwischen hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit gemachten Erfahrungen vorbehalten.

§. 17. Die wesentlichen Bestandtheile einer Straßburger Brückenwaage, welche bei der Prüfung vorzüglich in Betracht kommen, sind folgende:

1) Der ungleicharmige Waagebalken, dessen Drehpunkt in einer auf dem Ständer befestigten Stahlpfanne angebracht ist, und der am Ende seines längeren Armes die Schale zur Aufnahme der verjüngten Gewichte trägt. Am kürzeren Arme befinden sich zwei Aufhängepunkte: der am äußersten Ende zur Aufhängung des Tragehebels, der dem Drehpunkte zunächst liegende zum Tragen der Brücke dienend.
2) Der unter der Brücke horizontal gelagerte Tragehebel, aus zweien, auf der hohen Kante stehenden Eisenstangen von hinreichender Stärke, in Gestalt eines gleichschenkligen Dreiecks zusammengesetzt. Die Basis dieses Dreiecks bildet das hintere Ende des Tragehebels, und hier sind unter den Schenkeln desselben zwei, eine gerade Linie bildende Stahlschneiden befestigt, welche, in unbeweglichen Stahlpfannen ruhend, dem Hebel zum Stützpunkte dienen. Mit dem vorderen Ende ist dagegen der Hebel durch eine senkrechte Eisenstange am äußeren Ende des kurzen Armes vom Waagebalken aufgehangen.
3) Die waagerechte Brücke, zur Aufnahme der Last bestimmt, deren Gewicht ermittelt werden soll. Vermittelst einer senkrechten Eisenstange hängt sie einerseits am kurzen Arm des Waagebalkens, während sie andererseits auf zweien Stahlschneiden ruht, die auf den Schenkeln des Tragehebels so befestigt sind, daß ihre nach oben gekehrten Schneiden in eine gerade Linie fallen.
4) Zur horizontalen Stellung der Brücke, wie überhaupt zur richtigen Aufstellung des ganzen Apparates, dient ein Pendelzeiger, der an der vorderen Seite des den Waagebalken tragenden Ständers so angebracht ist, daß die Spitze desselben senkrecht über einen festen Punkt steht, wenn die Brücke waagerecht ist.
5) Außerdem sind noch zu erwähnen: die Zunge zur Anzeige des eingetretenen Gleichgewichts, und der Regulator, um die Gewichte sämmtlicher Theile so auszugleichen, daß bei der unbelasteten Vorrichtung die Zunge richtig einsteht. Diese beiden Theile sind am langen Arme des Waagebalkens angebracht.

§. 18. Alle vorgenannten Bestandtheile müssen sorgfältig gearbeitet und in solchen Abmessungen ausgeführt sein, wie sie dem Maximum der Tragfähigkeit der Brückenwaage entsprechen, ohne andererseits die todte Masse derselben unnöthig zu vermehren. Vornehmlich ist darauf zu sehen, daß alle Verbindungen zwischen den beweglichen Theilen und deren feste Unterstützungen mittelst gehärteter Schneiden und Pfannen so hergestellt seien, daß in denselben eine möglichst freie Drehbewegung ohne merkliche Reibung stattfinden kann, sowie daß diese Theile nirgend eine Seitenreibung erleiden, wodurch Irrthümer herbeigeführt werden würden.

Beim Waagebalken müssen aus ähnlichen Gründen, wie bei der gleicharmigen Waage, die drei Aufhängepunkte mit dem Unterstützungspunkte des Balkens wo möglich genau, jedenfalls aber doch sehr nahe in einer geraden Linie liegen, welche Linie im Gleichgewichtsstande eine horizontale Lage hat. Ein Gleiches gilt in sofern auch von dem Tragehebel, als bei diesem die Schneiden der an ihm befestigten Stahlprismen in einer waagerechten Ebene liegen müssen.

§. 19. Außerdem ist darauf zu sehen, daß sowohl die beiden Stahlschneiden, auf welchen das hintere Ende der Brücke ruht, als auch die beiden zur Unterstützung des Hebels dienenden Schneiden, jedesmal eine gerade Linie bilden; sowie daß jene Schneiden nach oben, diese dagegen nach unten gekehrt sind, was wesentlich zur dauernden Erhaltung ihrer Richtigkeit beiträgt.

Zuweilen begegnet man auch der umgekehrten Anordnung, so daß beispielsweise die zum Auflager der Brücke dienenden Stahlschneiden an deren unterer Fläche, die zugehörigen Pfannen dagegen auf den Schenkeln des Tragehebels befestigt sind. Allein das ist eine fehlerhafte, zu falschen Resulta-

ten Anlaß gebende Konstruktion, weshalb eine Brückenwaage, an welcher dieselbe vorkommt, nicht gestempelt werden darf.

§. 20. Was die Richtigkeit einer Brückenwaage anbetrifft, so müssen in dieser Beziehung folgende zwei Bedingungen erfüllt werden:

1) muß es hinsichtlich des zum Gleichgewichte erforderlichen Gegengewichtes gleichgültig sein, auf welche Stelle der Brücke die zu wägende Last gelegt wird;
2) muß ein bestimmtes Verhältniß zwischen den sich das Gleichgewicht haltenden Gewichten stattfinden, welches Verhältniß kein anderes als das von 1 : 10 oder von 1 : 100 sein darf.

Für das Zutreffen der ersten Bedingung ist erforderlich, daß der kurze Arm des Waagebalkens und die Länge des Tragehebels durch die vorerwähnte Verbindung des vorderen und hinteren Endes der Brücke mit diesen Theilen in demselben Verhältnisse getheilt werden. Findet diese Anordnung statt, so hat sie zur unmittelbaren Folge, daß die irgendwo auf der Brücke liegende Last ebenso auf den Waagebalken wirkt, als wäre sie in der die Brücke mit dem kurzen Arm dieses Balkens verbindenden Eisenstange angebracht.

Zur Erfüllung der zweiten Bedingung muß daher die Entfernung des Aufhängepunktes der erwähnten Stange vom Drehpunkte des Balkens bei einer Dezimalwaage genau den zehnten Theil derjenigen Entfernung betragen, in welcher die Waagschale von eben diesem Drehpunkte am langen Arme aufgehängt ist.

§. 21. Da es nicht wohl angänglich ist, das Vorhandensein der obigen Längenverhältnisse durch direkte Messungen genau nachzuweisen, so wird in dieser Beziehung folgendes Prüfungsverfahren vorgeschrieben:

Hat man es z. B. mit einer Dezimalwaage von 15 Centnern Tragfähigkeit zu thun, so muß dieselbe zuvörderst möglichst horizontal auf- und festgestellt werden, wozu der vorn am Ständer angebrachte kleine Pendelzeiger dient. Nächstdem bringt man mit Hülfe des Regulators die Zunge zum richtigen Einstehen, falls sie dies nicht von selbst thun sollte.

Nach dieser Vorbereitung läßt man etwa 5 Centner auf die Brücke möglichst weit nach vorn, und ½ Centner als Gegengewicht auf die Waagschale setzen, so muß die Zunge nach einigen Schwankungen des Waagebalkens richtig einspielen. Thut sie dies auch dann noch, nachdem man die aufgesetzten 5 Centner möglichst weit nach dem hinteren Ende der Brücke hat rücken lassen, und kehrt sie beharrlich wieder in die fragliche Stellung zurück, wenn man in beiden Fällen durch absichtliches Anstoßen das Gleichgewicht gestört hat, so ist das ein Zeichen, daß die im vorigen Paragraphen zu 1. und 2. genannten Bedingungen erfüllt sind.

Der Sicherheit wegen ist dann dieselbe Probe noch unter einer successiven Belastung der Brücke von 10 und 15 Centner, wozu bezüglich 1 und 1½ Centner als Gegengewicht gehören, mit aller Sorgfalt zu wiederholen, und erst wenn sich bei jeder dieser drei Proben dasselbe Ergebniß herausstellt, sind die Konstruktionsverhältnisse der Brückenwaage als richtig zu erachten.

§. 22. Mit den oben erwähnten Proben ist zugleich die Prüfuug der Empfindlichkeit einer Brückenwaage zu verbinden.

Dieselbe muß nämlich von der Art sein, daß ein der Last zugelegtes Uebergewicht von zwei Loth auf jeden Centner noch eine merkliche Störung des stattgehabten Gleichgewichtes zur Folge hat. Wenn also in dem vorigen Beispiele die Brücke nach einander mit 5, 10 und 15 Centner belastet worden ist, hat man diesen Belastungen bezüglich 10, 20 und 30 Loth zuzulegen, wonach sich die Zunge jedesmal merklich über ihren Gleichgewichtsstand erheben muß. Sie muß sich dagegen um eben so viel senken, wenn man statt der obigen Gewichtszulagen zu den verschiedenen Belastungen der Brücke von den in der Waagschale befindlichen Gegengewichten bezüglich 1, 2 und 3 Loth fortnimmt.

§. 23. Den Eichungskommissionen wird die gewissenhafte Beachtung aller der Anforderungen, welche dieser Instruktion gemäß an eine ihnen zur Stempelung vorgelegte Brückenwaage in konstruktiver Hinsicht zu machen sind, so wie die sorgfältige Ausführung der in den §§. 21 und 22 vorgeschriebenen Verfahrungsweisen zu Prüfung der Richtigkeit und Empfindlichkeit einer solchen Waage zur besonderen Pflicht gemacht. Nur wenn die Waage in allen diesen Beziehungen den Anforderungen

entspricht und wenn außerdem der Vorschrift in §. 4 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 Genüge geschehen, darf die Stempelung ausgeführt werden.

Letztere erfolgt schließlich durch Aufschlagung des preußischen Adlers und des Stempels mit dem Namen der Eichungskommission auf dem Waagebalken und den Schenkeln des Tragehebels, so wie durch Einbrennen dieser Stempel an geeigneten Stellen der Brücke.

Der dem Besitzer der Waage nach §. 6 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 zu übergebende Beglaubigungsschein muß die nähere Bezeichnung derselben durch die Benennung Dezimal- oder Centesimal-Waage, den Namen des Verfertigers, die Tragfähigkeit der Waage, und das Datum der geschehenen Eichung enthalten. Dieser Schein wird von dem Direktor, unter Beidrückung des Amtsstempels unterschrieben.

§. 24. In Absicht auf die bei den Brückenwaagen zu gebrauchenden Gegengewichte, welche zufolge der Bestimmung in §. 5 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 ebenfalls gestempelt sein müssen, wird den betreffenden Eichungsbehörden die größte Sorgfalt bei Prüfung der Richtigkeit dieser Gewichte anempfohlen, da jede Abweichung nach dem Konstruktionssystem der Brückenwaage einen zehn-, resp. hundertfachen Fehler zur Folge hat.

Aus eben diesem Grunde haben insbesondere die Eichungskommissionen die fortdauernde Richtigkeit der bei den Eichungsämtern befindlichen Probegewichte und die Uebereinstimmung derselben mit ihren Normalen, strenge zu überwachen, damit nicht aus etwanigen Fahrlässigkeiten dem Publikum Nachtheile erwachsen.

§. 25. Mit Beibehaltung der durch die Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816, und durch die Verordnung vom 31. Oktober 1839 wegen Einführung des Zollgewichtes vorgeschriebenen Eintheilung des preußischen Centners in 110 Pfunde, und des preuß. Pfundes in 32 Lothe, so wie des Zollcentners in 100 Pfunde und des Zollpfundes in 30 Lothe, sollen so viel als möglich die bei gewöhnlichen Wägungen schon üblichen Gewichtsstücke in Anwendung kommen. Unter den größeren Gewichtsstücken sind beim preußischen Handelsgewichte als Repräsentanten von 1 und 2 Centner nur zwei Gewichtsstücke von bezüglich 11 und 22 Pfunden nöthig, während beim Zollgewichte die schon im Gebrauche befindlichen Gewichtsstücke vollständig ausreichen.

Unter den kleineren Gewichtsstücken sind in beiden Beziehungen für Lasten von 5, 2 und 1 Pfund entsprechende Proportionalgewichte nöthig, welche am besten aus Messing zu machen und mit der dezimalen Bezeichnung 0,5; 0,2; 0,1 Preuß. Pfd. oder Z.-Pfd. versehen sind. — Dasselbe gilt von den kleinen Ausgleichungsgewichten, welche nach Lothen zählen. Von diesen sind beim preußischen Handelsgewicht:

für Lasten von 16, 8, 4, 2 und 1 Loth
die Gegengewichte 1,6; 0,8; 0,4; 0,2 und 0,1 P.-L.;

beim Zollgewicht dagegen

für Lasten von 15, 10, 5, 3 und 1 Loth
die Gegengewichte von 1,5; 1,0; 0,5; 0,3 und 0,1 Z.-L.

erforderlich. Diese Ausgleichungsgewichte sind sämmtlich aus Messing, in Gestalt flacher Scheiben mit einem Knopfe herzustellen, und zwar für das preußische Handelsgewicht mit sechseckiger, für das Zollgewicht aber mit kreisrunder Basis.

§. 26. Jede Eichungskommission erhält für das preußische Handelsgewicht einen Satz verjüngter Normalgewichte, für deren fortdauernde Richtigkeit sie nach Maßgabe der Bestimmungen in §. 5 der Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816 zu sorgen verpflichtet ist. Zur Eichung der Gewichtsstücke, die beim Verwiegen nach Zollgewichten in Anwendung kommen, sind dagegen neue Normalen nicht erforderlich, da die Eichungskommissionen bereits mit Normalzollgewichten aller Größen vollständig versehen sind. Zur Herbeiführung möglichster Uebereinstimmung in Form und Bezeichnung erhält jedoch jede Eichungskommission einen Satz Probegewichte zum gewöhnlichen Gebrauche bei dem Eichungsgeschäfte.

Auch haben die Eichungskommissionen die erforderlichen Probegewichtssätze für die ihnen untergebenen Eichungsämter von der Normaleichungskommission in Berlin, gegen Erstattung der Kosten zu beziehen.

§. 27. Für die Eichung und Stempelung der gleicharmigen und Schnellwaagen, so wie der Brückenwaagen und der zu letzteren gehörigen Gegengewichte, sind die nach der dieser Instruktion beigefügten Gebührentaxe berechneten Gebühren zu erheben.

## Taxe der Gebühren
für
die Eichung und Stempelung der Waagen, so wie der zu den Brückenwaagen gehörigen verjüngten Gewichte.
(Zur Instruktion vom 20. Juli 1853.)

| Benennung der Gegenstände. | Neu. thl. | sgr. | pf. | Früher geeicht. thl. | sgr. | pf. |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **A. Gleicharmige Waagebalken.** | | | | | | |
| Balken einer Krämerwaage von 3— 9 Zoll Länge . . . . . | — | 1 | 3 | — | — | 8 |
| „ „ „ „ 10—19 „ „ . . . . . | — | 2 | 6 | — | 1 | 3 |
| „ „ „ „ 20—29 „ „ . . . . . | — | 3 | 9 | — | 2 | — |
| „ „ „ „ 30—39 „ „ . . . . . | — | 5 | — | — | 2 | 6 |
| „ „ „ „ 40—49 „ „ . . . . . | — | 6 | 3 | — | 3 | 9 |
| Lastbalken aus Schmiedeeisen 20 Pfd. wiegend . . . . . | — | 4 | — | — | 2 | 6 |
| „ „ „ 30 „ „ . . . . . | — | 5 | — | — | 3 | — |
| „ „ „ 40 „ „ . . . . . | — | 6 | 6 | — | 4 | — |
| „ „ „ 50 „ „ . . . . . | — | 8 | — | — | 4 | 6 |
| „ „ „ 60 „ „ . . . . . | — | 9 | — | — | 5 | — |
| „ „ „ 70 „ „ . . . . . | — | 11 | — | — | 6 | — |
| „ „ „ 80 „ „ . . . . . | — | 12 | — | — | 6 | 6 |
| „ „ „ 90 „ „ . . . . . | — | 14 | — | — | 8 | — |
| „ „ „ 100 „ „ . . . . . | — | 17 | 6 | — | 10 | — |
| Durchbrochene Balken aus Gußeisen 4 Fuß lang . . . . . | — | 10 | — | — | 7 | 6 |
| „ „ „ „ 4½ „ „ . . . . . | — | 12 | 6 | — | 10 | — |
| „ „ „ „ 5 „ „ . . . . . | — | 15 | — | — | 12 | 6 |
| „ „ „ „ 6 „ „ . . . . . | — | 20 | — | — | 15 | — |
| „ „ „ „ 8 „ „ . . . . . | — | 25 | — | — | 20 | — |
| **B. Schnellwaagen.** | | | | | | |
| Bei einer größten Tragfähigkeit bis zu 25 Pfd. . . . . | — | 4 | — | — | 2 | — |
| „ „ „ „ über 25— 50 „ . . . . . | — | 5 | — | — | 2 | 6 |
| „ „ „ „ „ 50—100 „ . . . . . | — | 7 | 6 | — | 3 | 6 |
| „ „ „ „ „ 100—150 „ . . . . . | — | 10 | — | — | 5 | — |
| „ „ „ „ „ 150—200 „ . . . . . | — | 12 | 6 | — | 6 | 6 |
| „ „ „ „ „ 200—300 „ . . . . . | — | 15 | — | — | 8 | — |
| „ „ „ „ „ 300—400 „ . . . . . | — | 17 | 6 | — | 10 | — |
| „ „ „ „ „ 400—500 „ . . . . . | — | 20 | — | — | 12 | 6 |

und so fort steigend für jede 100 Pfd. immer 2½ Sgr. mehr für beide Rubriken.

Ist der Waagebalken mit zwei Skalen versehen, so gelten die vorstehenden Gebührensätze nach Maßgabe der größten Tragfähigkeit, für welche die 2te Skala eingerichtet ist.

| Benennung der Gegenstände. | Neu. thl. | sgr. | pf. | Früher geeicht. thl. | sgr. | pf. |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **C. Brückenwaagen.** | | | | | | |
| Wenn die größte Tragfähigkeit 1 Centner ist . . . . . | — | 7 | 6 | — | 3 | 6 |
| „ „ „ „ 5 „ „ . . . . . | — | 10 | — | — | 5 | — |
| „ „ „ „ 10 „ „ . . . . . | — | 15 | — | — | 7 | 6 |
| „ „ „ „ 15 „ „ . . . . . | — | 20 | — | — | 10 | — |
| „ „ „ „ 20 „ „ . . . . . | — | 25 | — | — | 12 | 6 |
| „ „ „ „ 30 „ „ . . . . . | 1 | — | — | — | 15 | — |
| „ „ „ „ 40 „ „ . . . . . | 1 | 5 | — | — | 17 | 6 |
| „ „ „ „ 50 „ „ . . . . . | 1 | 10 | — | — | 20 | — |

und so fort steigend für jede 10 Centner bezüglich um 5 und 2½ Sgr. mehr, je nachdem die Waage noch neu, oder schon früher geeicht worden ist.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **D. Verfügte Gewichte.** | | | | | | |
| Gußeiserne Gewichte zu 22 Pfd. preußisch . . . . . | — | 2 | 6 | — | 1 | 3 |
| „ „ „ 11 „ „ . . . . . | — | 2 | — | — | 1 | 3 |
| Messing-Gewichte zu 0,5 bis 0,1 Pfd. . . . . | — | — | 6 | — | — | 4 |
| Ausgleichungs-Gewichte unter 2 Loth schwer . . . . . | — | — | 4 | — | — | 3 |

§. 257. Ist bei einer Geldsumme die Münzsorte nicht ausgedrückt, so wird im zweifelhaften Falle die an dem Orte, wo die Zahlung geschehen soll[21]), gangbare Münzsorte verstanden.

§. 258. Ueberhaupt aber ist anzunehmen, daß dergleichen Vertrag auf Silbercourant geschlossen worden[21a]).

§. 259. Nur in Fällen, wo es keines schriftlichen Kontrakts bedarf, ist der Beweis, daß eine andere Münzsorte verabredet worden, zulässig.

9. K.O. v. 25. Oktober 1825 (G.S. S. 227).

Bei jeder Art von Verträgen, sowie bei Rechnungen, sind unter der Bezeichnung von Groschen jedesmal Silbergroschen, als Dreißig Theile eines Thalers, sowie unter Pfennigen Zwölf Theile eines Silbergroschens oder Dreihundert Sechszig Theile eines Thalers zu verstehen[22]). Der Preissteller ist verbunden, die Zahlung hiernach anzunehmen, so daß fernerhin eine Rechnung auch nicht in ihren einzelnen Positionen in Groschen nach der Eintheilung von $\frac{1}{24}$ Thlr. gestellt und etwa nur die Hauptsumme auf Silbergroschen reduzirt sein darf, vielmehr der Zahlungspflichtige berechtigt sein soll, jede in Kurant eingeführte Untereintheilung eines Thalers als Silbergroschen oder $\frac{1}{10}$ und diese à 12 Pfennige zu rechnen und zu zahlen.

10. K.O. v. 25. November 1826 (G.S. S. 115), und v. 30. November 1829 (G.S. 1830, S. 3)[23]).

§. 3. Im Handel und Verkehre im Innern soll keine andere Berechnungsart, als in Preuß.

21) Der hier und in dem vorhergehenden §. 256 anerkannte Grundsatz kann auch angewendet werden auf das örtliche Recht über die Folgen und Wirkungen der Verträge, worüber sonst das L.R. keinen Grundsatz enthält. Danach ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien, hinsichtlich des unter sich begründeten Rechtsverhältnisses, sich dem Rechte desjenigen Ortes haben unterwerfen wollen, wo dasselbe zur Erfüllung kommen soll, insofern nicht positive Gesetze entgegenstehen. S. Anm. 44 zu §. 33 der Einleitung.

21a) (2. A.) Unten, §. 779, Tit 11 u. §. 76, Tit. 16. Es ist unverboten, in einer fremden Münzsorte zu kontrahiren. Unten, Anm. 2 zu §. 778, Tit. 11.

22) Diese Bestimmung findet nur dann Anwendung, wenn die Parteien über eine Zahlung in Groschen ohne nähere Bestimmung kontrahirt haben. Pr. des Obertr. 470, v. 15. Mai 1838.

23) Die erstere dieser K.O. ist für die westlichen Provinzen, die andere für die übrigen Landestheile gegeben; sie sind gleichlautend.

Gelde, den Thaler zu 30 Sgr. und den Sgr. zu 12 Pfennigen stattfinden, und jede dagegen entdeckte Kontravention polizeilich bestraft werden.

Die Bestimmung im §. 14 des G. über die Münzverfassung v. 30. September 1821, wonach im Privatverkehre jede bisher erlaubte Berechnungsart ferner gestattet ist, hört daher auf.

Kaufleute und Gewerbetreibende, welche kaufmännische Rechte haben, sollen ihre Bücher — nach dieser Eintheilung führen, widrigenfalls sie, wenn bei einer, nach den gesetzlichen Bestimmungen eintretenden Vorlegung der Bücher oder daraus zu fertigender Auszüge eine Kontravention gegen diese Bestimmung sich ergiebt, in eine Strafe von 20 bis 100 Thlrn. verfallen[24]).

Wird bei öffentlichen Verhandlungen der Verwaltungs- und Justizbehörden, Notarien, Auktionskommissarien u. s. w. die neue Münzeintheilung nicht zur Anwendung gebracht, so verfällt der Beamte, welcher die Verhandlung aufnimmt, in eine Strafe von 2—25 Thlrn.

Nur der Wechselverkehr bleibt von dieser Vorschrift ausgenommen.

§. 4. Wegen der untersagten Annahmen fremder Gold- und Silbermünzen bei den öffentlichen Kassen bleiben die bisher erlassenen[24a]) Bestimmungen in Kraft.

Im Handel und gemeinen Verkehre sollen die fremden Silbermünzen nur zu dem Werthe ausgegeben werden dürfen, welche ihnen in der der Bekanntmachung vom 27. Novbr. 1821 (G.S. S. 190 ff.) beigefügten Vergleichungstabelle[25]) gegen preuß. Geld beigelegt ist, und dürfen sie zu einem höheren Werthe bei Zahlungen nicht aufgedrungen werden.

---

24) Die Beweiskraft verlieren die Bücher also doch nicht, auch ist die Anwendung einer anderen Berechnungsart überhaupt nicht für eine solche unerlaubte Handlung anzusehen, welche das Rechtsgeschäft selbst ungültig macht. S. die vor. Anm.

24a) K.O. v. 25. Oktober 1821 (G.S. S. 184).

25) Die Vergleichungstabelle folgt hier, mit dem Bemerken, daß die unter 1—3 genannten Goldmünzen dem pr. Friedrichsd'or im Verkehre nicht gleichstehen, daher deren Werth zu hoch angegeben ist.

### Vergleichungstabelle

des Werths nachbenannter fremder Geldsorten gegen Preußisches Geld, nach dem neuen Münzedikt vom 30. September d. J., zur Belehrung des Publikums.

| | Benennung der Münzen. | In Friedrichsd'or à 5 Rthlr., den Thlr. zu 30 Sgr. oder 360 Pf. gerechnet. | | |
|---|---|---|---|---|
| | | Rthlr. | Sgr. | Pf. |
| | I. Goldsorten. (Das gesetzliche Gewicht derselben vorausgesetzt.) | | | |
| 1 | Ein doppelter August-, George-, Jerome- oder Carld'or . . . . . | 10 | — | — |
| 2 | " einfacher " " " " " . . . . . | 5 | — | — |
| 3 | " halber " " " " " . . . . . | 2 | 15 | — |
| 4 | " Französisches 40 Franks-Stück . . . . . | 9 | 16 | 3 |
| 5 | " dergleichen 20 " . . . . . | 4 | 23 | 1 |
| 6 | " Russisches 10 Rubel-Stück . . . . . | 9 | 22 | 6 |
| 7 | " dergleichen 5 " von 1798 und 1799 . . . . . | 4 | 26 | 3 |
| 8 | " doppelter Souveraind'or . . . . . | 8 | 7 | 6 |
| 9 | " einfacher (halber) " . . . . . | 4 | 3 | 9 |
| 10 | " Holländischer doppelter Ruyder . . . . . | 6 | 25 | 7 |
| 11 | " dergleichen einfacher " . . . . . | 3 | 12 | 9 |
| 12 | " vollwichtiger Holländischer, Kremnitzer, Oestreichischer oder anderer deutscher Dukaten . . . . . | 2 | 22 | 6 |
| 13 | " Russischer Dukaten, seit 1797 geprägt . . . . . | 2 | 22 | 6 |
| | II. Silber-Münzen. | In Cour. den Thlr. zu 30 Sgr. oder 360 Pf. gerechnet. | | |
| 1 | " Braunschweig-Lüneburgischer, Kurhannöverscher Species-Thaler, oder 48 Mariengroschenstück . . . . . | 1 | 15 | — |
| 2 | " feiner Gulden oder 24 Mariengroschenstück . . . . . | — | 22 | 6 |
| 3 | " Braunschw. Lüneb. 1/3 Thlr. oder 12 Mariengroschen . . . . . | — | 11 | 3 |
| 4 | " Sechs-Mariengroschenstück . . . . . | — | 5 | 7 |
| 5 | " Konventions- oder Speciesthaler . . . . . | 1 | 11 | 3 |

Zur Annahme dieser Münzen ist übrigens Niemand verpflichtet [25a]).

| | Ferner: Silbermünzen. | In Cour., den Thlr. zu 30 Sgr. oder 360 Pf. gerechnet. Rthl. | Sgr. | Pf. |
|---|---|---|---|---|
| 6 | Ein halber Speciesthaler oder Konventionsgulden . . . . . | — | 20 | 7 |
| 7 | „ viertel „ „ „ 8 Gr. Stück . . . | — | 10 | 2 |
| 8 | „ Zwanzig Kreuzerstück . . . . . | — | 6 | 9 |
| 9 | „ Konventions 4 Gr. Stück . . . . . | — | 5 | — |
| 10 | „ Zehn-Kreuzerstück . . . . . | — | 3 | 4 |
| 11 | „ Konventions 2 Gr. Stück . . . . . | — | 2 | 6 |
| 12 | „ Brabanter Thaler . . . . . | 1 | 15 | 2 |
| 13 | „ halber Brabanter Thaler . . . . . | — | 22 | 6 |
| 14 | „ viertel „ „ . . . . . | — | 11 | 3 |
| 15 | „ 48 Schilling Species, oder 60 Schilling Lübisch oder Hamburger Courantgeld . . . . . | 1 | 15 | — |
| 16 | „ dergl. 2/3 à 32 Schill. Species oder 40 Schilling Lübecker Courantgeld | 1 | — | — |
| 17 | „ dergl. 1/2 à 16 Schill. Species oder 20 Schilling Lübecker Courantgeld | — | 15 | — |
| 18 | „ dergl. 1/6 à 8 Schill. Species oder 10 Schill. Lübecker Courantgeld | — | 7 | 6 |
| 19 | „ dergl. 1/12 à 4 Schill. Species oder 5 Schill. Lübecker Courantgeld | — | 3 | 9 |
| 20 | „ Hamburger 2 Markstück, Courantgeld . . . . . | — | 23 | 9 |
| 21 | „ „ 1 „ „ . . . . . | — | 11 | 10 |
| 22 | „ „ 8 Schillingstück . . . . . | — | 5 | 10 |
| 23 | „ „ 4 „ . . . . . | — | 2 | 11 |
| | Von dem Mecklenburger Courantgelde werden die 32, 16, 12, 8, 4 und 2 Schillingstücke mit dem Hamburger Courantgelde gleich und verhältnißmäßig angenommen. | | | |
| 24 | „ Dänischer oder Schwedischer Speciesthaler . . . . . | 1 | 15 | — |
| 25 | „ dergl. Reichsbancothaler von Friedrich VI. . . . . | — | 22 | 2 |
| 26 | „ Schwedisches 10 Oerstück . . . . . | — | 5 | — |
| 27 | „ dergl. 5 „ . . . . . | — | 2 | 6 |
| 28 | „ vormals Schwedisch-Pommersches 4 Groschenstück . . . . . | — | 5 | — |
| 29 | „ „ „ 2 „ . . . . . | — | 2 | 6 |
| 30 | „ Holländisches 3 Fl.-Stück . . . . . | 1 | 20 | — |
| 31 | „ „ 2 1/2 Fl.-Stück . . . . . | 1 | 11 | 10 |
| 32 | „ „ Daler zu 30 Stüber . . . . . | — | 24 | 4 |
| 33 | „ „ Gulden zu 20 „ . . . . . | — | 16 | 3 |
| 34 | „ Seeländer Thaler . . . . . | 1 | 11 | 10 |
| 35 | „ Polnischer Speciesthaler von 1765 bis 1786 . . . . . | 1 | 10 | 7 |
| 36 | „ Polnischer 1/2 Speciesthaler von 1765 bis 1786 . . . . . | — | 20 | 3 |
| 37 | „ „ 1/4 dergl. oder 1/2 Thalerstück . . . . . | — | 10 | — |
| 38 | „ „ 1/8 dergl. oder 1/6 Thalerstück bis 1786 . . . . . | — | 4 | 9 |
| 39 | „ „ Speciesthaler von 1787 bis 1793 . . . . . | 1 | 9 | 4 |
| 40 | „ „ 1/2 Speciesthaler . . . . . | — | 19 | 8 |
| 41 | „ „ 1/4 dergl. oder 1/3 Thalerstück (2 Fl.) von 1807 bis 1821 | — | 9 | 5 |
| 42 | „ „ 1/8 dergl. oder 1/6 Thalerstück (1 Fl.) von 1807 bis 1821 | — | 4 | 8 |
| 43 | „ Königl. Polnisches 5 Fl.-Stück vom Jahre 1816 an . . . . . | — | 23 | 6 |
| 44 | „ Französisches 5 Frankenstück . . . . . | 1 | 9 | 9 |
| 45 | „ 2 Frankenstück . . . . . | — | 15 | 10 |
| 46 | „ 1 „ . . . . . | — | 7 | 11 |
| 47 | „ 1/2 „ . . . . . | — | 3 | 11 |
| 48 | „ Russischer alter Rubel bis zum Jahre 1762 . . . . . | 1 | 6 | 3 |
| 49 | „ „ ordinärer Rubel von neuerem Gepräge . . . . . | 1 | 1 | 3 |
| 50 | „ „ „ 1/2 Rubel . . . . . | — | 15 | — |
| 51 | „ „ „ 1/4 „ . . . . . | — | 7 | 6 |
| 52 | „ „ „ 20 Kopekenstück . . . . . | — | 6 | 3 |
| 53 | „ „ „ 15 „ . . . . . | — | 4 | 2 |
| 54 | „ „ „ 10 „ . . . . . | — | 2 | 8 |
| | Berlin, den 15. Oktober 1821. | | | |

25a) Unten §. 785, Tit. 11.

11. K.O. v. 4. August 1832, betr. die in fremden Münzsorten stipulirten Zahlungen, unten Zus. 8 zu §. 78, Tit. 16.

12. Gesetz über das Münzwesen, vom 4. Mai 1857 (G.S. S. 305)*).

Wir ꝛc. verordnen in Folge des, zwischen den Regierungen der bei der allgemeinen Münzkonvention v. 30. Juli 1838 betheiligten Staaten einerseits und der kaiserlich österreichischen und der fürstlich lichtensteinischen Regierung andererseits am 24. Januar d. J. abgeschlossenen, hier beigefügten Münzvertrages mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Das preußische Pfund, in der Schwere von 500 Grammen, wie solches durch den §. 1 des Gesetzes vom 17. Mai v. J. (G.S. S. 545) als Einheit des preußischen Gewichts festgestellt ist, soll, an Stelle der seitherigen Münzmark von 233,855... Grammen, der Ausmünzung ausschließlich zu Grunde gelegt werden. Dasselbe wird zu diesem Zwecke in „Tausendtheile" mit weiterer dezimaler Abstufung getheilt.

§. 2. Der Thaler bleibt die eigenthümliche Silbermünze des Landes. Außer dem Thaler werden, wie bisher, Einsechstel-Thalerstücke und können Doppelthaler ausgeprägt werden.

§. 3. In Anschluß an das Theilverhältniß des Thalers zur seitherigen Münzmark feinen Silbers soll das Pfund (§. 1) feinen Silbers zu 30 Thalern, 15 Doppelthalern und 180 Einsechstel-Thalerstücken ausgebracht werden, und demgemäß an die Stelle des bisherigen Vierzehnthalerfußes als gesetzlicher Münzfuß der „Dreißigthalerfuß" treten. Der Dreißigthalerfuß auf der Grundlage des Pfundes (§. 1) wird dem auf die bisherige Mark gegründeten Vierzehnthalerfuße dergestalt gleichgestellt, daß bei allen Zahlungen und Verbindlichkeiten zwischen beiderlei Münzfüßen, beziehungsweise zwischen den gleichnamigen Münzstücken des bisherigen Vierzehnthalerfußes und des künftigen Dreißigthalerfußes, ein Unterschied nicht gemacht werden darf. Die Bezeichnung „Thalerwährung", welche an Stelle jeder anderen Bezeichnung des Landesmünzfußes tritt, findet demgemäß auf die in beiderlei Münzfüßen ausgebrachten Münzen Anwendung.

§. 4. Der Thaler soll, unbeschadet seiner Eigenschaft und Geltung als eigenthümliche Silbermünze des Landes, in der Form und mit dem Attribute einer Vereinsmünze, als „Vereinsthaler" ausgeprägt werden. Die nämliche Bestimmung findet auf die Prägungen von Doppelthalern Anwendung. Es bleibt vorbehalten, Thaler oder Doppelthaler für besondere Zwecke auch ausschließlich in der Eigenschaft als Landesmünze auszuprägen.

§. 5. Das Mischungsverhältniß der Thaler und Doppelthaler wird auf neunhundert Tausendtheile Silber und einhundert Tausendtheile Kupfer, der Einsechstelthalerstücke auf fünfhundertundzwanzig Tausendtheile Silber und vierhundertundachtzig Tausendtheile Kupfer festgestellt. Es werden demnach $13\frac{1}{2}$ Doppelthaler und 27 Thaler, ingleichen $93\frac{6}{10}$ Einsechstelthalerstücke je Ein Pfund (§. 1) wiegen.

§. 6. Bei der Ausprägung dieser Münzen soll auch in Zukunft unter dem Vorwande eines so-

---

*) (4. A.) Das preußische Münzwesen wurde zuerst durch das Münzgesetz v. 30. Septbr. 1821 vollständig geordnet, und namentlich von den vielen fremden und provinziellen Münzen gereinigt. An Stelle dieser Münzordnung sind jetzt bekanntlich die Wiener Münzkonvention vom 24. Januar und das auf Grund derselben erlassene preußische Münzgesetz vom 4. Mai 1857 maßgebend. Nach dieser neuen Regelung des Münzwesens ist eine Uebersicht der bis zu derselben auf Grund des Münzgesetzes vom 30. Septbr. 1821 stattgefundenen Ausmünzungen interessant, wie sie folgenden Angaben einer amtlichen Zusammenstellung entnommen ist. Seit Erlaß des Gesetz vom Jahre 1821 bis zum Jahre 1856 sind in Preußen ausgemünzt: 21,562,065 Thlr. Goldmünzen in $^2/_1$, $^1/_1$ und $^1/_2$ Friedrichsd'or, 24,403,874 Thlr. in $^2/_1$, 53,069,570 Thlr. in $^1/_1$, 7,106,474$^2/_3$ Thlr. in $^1/_6$ Thalerstücken, 3,559,963$^7/_{12}$ Thlr. in $2^1/_2$, 4,357,082$^{11}/_{30}$ Thlr. in $^1/_1$ und $^1/_2$ Silbergroschenstücken, 1,313,954 Thlr. 8 Sgr. 11 Pf. in 4, 3, 2 und 1 Pfennigstücken. Ferner in hohenzollernschen Münzen 28,840 Thlr. $^1/_1$, 15,040 Thlr. $^1/_2$ Guldenstücke, 2195 Thlr. 6 und 3 Kreuzerstücke in Silber und 300 Thlr. Kupferkreuzer.

Wären alle seit 1764 bis Ende 1860 geprägten preußischen Münzen in Preußen und nur da im Umlaufe, so betrüge die Metallgeld-Cirkulation 355,467,674 Thaler, und es repartirte unter dieser Voraussetzung sich dieselbe auf die Bevölkerung von 17,672,669 Seelen so, daß durchschnittlich auf ein Individuum kämen 4 Thlr. 23 Sgr. 5 Pfg. Goldmünzen, 14 Thlr. 23 Sgr. 6 Pfg. Kurantmünzen und 16 Sgr. 6 Pfg. Scheidemünze, zusammen 20 Thlr. 3 Sgr. 5 Pfg. (Zeitschr. des königl. preuß. statistischen Büreaus von 1861, Nr. 2.)

genannten Remediums an ihrem Gehalte und Gewichte nichts gekürzt, vielmehr alle Sorgfalt darauf verwendet werden, daß sie Beides, Gehalt und Gewicht, vollständig haben. So weit eine absolute Genauigkeit bei dem einzelnen Stücke nicht innegehalten werden kann, soll die Abweichung im Mehr oder Weniger bei dem einzelnen Doppelthaler im Gewichte nicht mehr als drei Tausendtheile seines Gewichts, im Feingehalte nicht mehr als drei Tausendtheile, bei dem einzelnen Thaler im Gewichte nicht mehr als vier Tausendtheile seines Gewichts, im Feingehalte nicht mehr als drei Tausendtheile, bei dem einzelnen Einsechstelthalerstücke im Gewichte nicht mehr als zehn Tausendtheile seines Gewichts, im Feingehalte nicht mehr als fünf Tausendtheile betragen.

§. 7. Der Thaler soll auch ferner in dreißig Silbergroschen und der Silbergroschen in zwölf Pfennige getheilt, und es sollen, wie bisher: 1) als Silberscheidemünzen: Zweiundeinhalb-Silbergroschenstücke, Silbergroschenstücke und Einhalb-Silbergroschenstücke; 2) als Kupferscheidemünzen: Vier-, Drei-, Zwei- und Einpfennigstücke ausgeprägt werden. Diese zu Zahlungen im kleinen Verkehre und zur Ausgleichung bestimmten Scheidemünzen sollen in größeren Mengen, als zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist, nicht in Umlauf gesetzt werden. Zahlungen, welche mit Einsechstelthalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet, in Scheidemünze anzunehmen; dagegen darf die Annahme der letzteren von den öffentlichen Kassen und Anstalten eben so wenig, als im Privatverkehr verweigert werden, wenn die zu leistende Zahlung weniger als ein Sechstheil Thaler beträgt, oder weniger als ein Einsechstelthalerstück zur Ausgleichung der Summe erforderlich ist.

§. 8. In der Silberscheidemünze soll, der eingetretenen Veränderung des Münzgewichts entsprechend, das Pfund (§. 1) feinen Silbers durchgehends zu 34½ Thalern ausgebracht werden, und es sollen demnach 414 Zweiundeinhalb-Silbergroschenstücke, 1035 Silbergroschenstücke, 2070 Einhalb-Silbergroschenstücke je Ein Pfund feinen Silbers enthalten. Der Feingehalt der Zweiundeinhalb-Silbergroschenstücke wird auf Dreihundertfünfundsiebenzig Tausendtheile feinen Silbers zu Sechshundertfünfundzwanzig Tausendtheilen Kupfer, der Silbergroschenstücke und der Einhalb-Silbergroschenstücke auf Zweihundertundzwanzig Tausendtheile feinen Silbers zu Siebenhundertundachtzig Tausendtheilen Kupfer bestimmt. Es werden demnach: $155_{,25}$ Zweiundeinhalb-Silbergroschenstücke, $227_{,70}$ Silbergroschenstücke, $455_{,40}$ Einhalb-Silbergroschenstücke je Ein Pfund wiegen.

§. 9. In der Kupferscheidemünze sollen 100 Pfund (§. 1) Kupfer höchstens zu 112 Thalern ausgebracht werden. Die näheren Bestimmungen über die Ausbringung der Kupferscheidemünze, so wie über das Gewichtsverhältniß der einzelnen Stücke derselben werden durch kgl. Verordnung getroffen werden. Bis dahin sind mit Rücksicht auf die eingetretene Veränderung des Münzgewichts, 100 Pfund (§. 1) Kupfer zu $92_{,5926}$ Thaler auszubringen und es sollen so viel Stücke, als zusammengenommen Einen Silbergroschen ausmachen, sechsunddreißig Tausendtheile des Pfundes (§. 1) wiegen.

§. 10. Gleich den Landesmünzen sollen sowohl bei allen öffentlichen Kassen als auch im allgemeinen und Handelsverkehre, nach ihrem vollen Werthe angenommen und ausgegeben werden: 1) die gemäß der allgemeinen Münzkonvention vom 30. Juli 1838 (G.S. 1839 S. 18), sowie die vor dem Jahre 1839 von den Staaten des Zoll- und Handelsvereins im Vierzehnthalerfuße ausgeprägten Thaler; 2) die von den Staaten des Zoll- und Handelsvereins gemäß den Artikeln 7 und 8 der erwähnten Münzkonvention als Vereinsmünzen bisher ausgeprägten Doppelthaler (Einsiebentheilmarkstücke oder Dreiundeinhalben-Guldenstücke); 3) die in Gemäßheit des Münzvertrages vom 24. Januar d. J. und in der Eigenschaft als Vereinsmünzen ausgeprägten Thaler und Doppelthaler derjenigen Staaten, welche an diesem Vertrage Theil genommen haben, oder demselben in Zukunft beitreten werden. Die Annahme der vorstehend unter Nr. 2 und 3 bezeichneten Münzen zu deren vollem Werthe soll auch in dem Falle von Niemandem versagt werden dürfen, wenn die Zusage der Zahlungsleistung auf eine bestimmte andere Münzsorte der Thalerwährung lautet.

§. 11. Es sollen Handelsmünzen in Gold unter der Benennung „Krone" und „Halbe Krone" in der Form und mit dem Attribut von Vereinsmünzen, und zwar: 1) die Krone zu $\frac{1}{50}$ des Pfundes (§. 1) feinen Goldes, 2) die Halbe Krone zu $\frac{1}{100}$ des Pfundes feinen Goldes, ausgeprägt werden. Diese Münzen sollen die eigenthümlichen Goldmünzen des Landes sein, und es sollen andere Goldmünzen fortan nicht gemünzt werden.

§. 12. Das Mischungsverhältniß der Krone und der Halben Krone wird auf neunhundert Tau-

sendtheile Gold und einhundert Tausendtheile Kupfer festgesetzt. Es werden demnach fünfundvierzig Kronen und neunzig Halbe Kronen Ein Pfund (§. 1) wiegen. Die Abweichung im Mehr oder Weniger darf unter Festhaltung des im §. 6 dieses Gesetzes ausgesprochenen Grundsatzes bei dem einzelnen Stücke, sowohl der Krone als auch der Halben Krone, im Gewichte nicht mehr als zwei und ein halb Tausendtheile seines Gewichtes, im Feingehalte nicht mehr als zwei Tausendtheile betragen.

§. 13. Zur Erleichterung der Rechnung nach Kronenwerth wird die Krone in zehn Theile unter der Benennung „Kronzehntel" eingetheilt. Noch kleinere Theile werden ohne besondere Benennung durch Dezimalbruchtheile des Kronzehntels, beziehungsweise der Krone angegeben.

§. 14. Der Silberwerth der Goldmünzen (§. 11) wird lediglich durch das Verhältniß des Angebots zur Nachfrage bestimmt und es ist zu deren Annahme an Stelle der landesgesetzlichen Silberwährung Niemand verpflichtet. Auch ist es den unter Autorität des Staates bestehenden öffentlichen Anstalten, insbesondere den Geld- und Kreditanstalten und Banken nicht gestattet, wegen der von ihnen zu leistenden Zahlungen einen (alternativen) Vorbehalt der Wahl des Zahlungsmittels in Silber oder Gold in der Art sich zu bedingen, daß dabei für letzteres ein im Voraus bestimmtes Werthverhältniß in Silbergeld ausgedrückt wird.

§. 15. Goldmünzen, welche das Normalgewicht von $\frac{1}{15}$ beziehungsweise $\frac{1}{30}$ des Pfundes (§. 1) mit der im §. 12 gestatteten Gewichtsabweichung von zwei und ein halb Tausendtheilen haben (Passirgewicht) und nicht durch gewaltsame oder gesetzwidrige Beschädigung am Gewichte verringert sind, sollen bei allen Zahlungen als vollwichtig gelten. Goldmünzen, welche das vorgedachte Passirgewicht nicht erreichen und an Zahlungsstatt von den Staatskassen oder von den unter Autorität des Staates bestehenden öffentlichen Anstalten, namentlich den Geld- und Kreditanstalten und Banken angenommen worden sind, dürfen von den Staatskassen und den letzgedachten Anstalten nicht wieder ausgegeben werden.

§. 16. Unser Finanzminister ist ermächtigt, unter Berücksichtigung des Handelskurswerthes den Preis zu bestimmen, zu welchem die Krone und die halbe Krone statt der Silbermünzen bei Unseren Kassen entweder allgemein oder mit Beschränkung auf gewisse Kassen und Zahlungen angenommen werden soll. Zugleich mit diesem Kassenkurse hat der Finanzminister den Werthsabzug zu bestimmen, welcher bei Unseren Kassen für solche Goldmünzen, welche das Passirgewicht (§. 15) nicht erreichen, mit Rücksicht auf das Mindergewicht und die Kosten der Ummünzung einzutreten hat. Es kann jederzeit sowohl der bestimmte Kassenkurs abgeändert, als auch die Gestattung der Annahme der Kronen und Halben Kronen statt der Silbermünzen bei Unseren Kassen durch eine von Unserem Finanzminister zu erlassende Bekanntmachung zurückgenommen oder beschränkt werden.

§. 17. Die in Gemäßheit des Münzvertrages vom 24. Januar d. J. und in der Eigenschaft als Vereinsmünzen ausgeprägten Kronen und Halben Kronen derjenigen Staaten, welche an diesem Vertrage theilgenommen haben, oder demselben in Zukunft beitreten werden, sollen den Kronen und Halben Kronen inländischen Gepräges sowohl bei Unseren Kassen, als auch im allgemeinen und Handelsverkehre gleichgestellt sein, dergestalt, daß auch in letzteren, sofern nicht ein Anderes besonders verabredet worden, insbesondere aber hinsichtlich der Annahme bei Unseren Kassen, so wie hinsichtlich des Werthsabzuges, welcher bei Zahlungen an dieselben mit Rücksicht auf das Mindergewicht und die Umprägungskosten einzutreten hat (§. 16), und hinsichtlich des Verbotes der Wiederausgabe solcher Goldmünzen, welche das Passirgewicht nicht erreichen (§. 15), ein Unterschied zwischen den Goldmünzen jener Staaten und den Goldmünzen inländischen Gepräges nicht gemacht werden darf.

§. 18. Zahlungsverbindlichkeiten, welche auf eine gewisse Anzahl von Stücken preußischer Friedrichsd'or nach dem durch die bisherige Münzverfassung, beziehungsweise durch das Gesetz vom 30. September 1821 (G.S. S. 159) bestimmten Ausmünzungsfuße, oder auf eine gewisse Summe in preußischen Friedrichsd'or oder endlich auf Thaler Gold dergestalt lauten, daß die Erfüllung in preußischen Friedrichsd'or gesetzlich verlangt werden kann, müssen, sofern sie nach dem 31. Dezember 1831 entstanden sind, entweder auch ferner in preußischen Friedrichsd'or oder in Silberkurant, den Friedrichsd'or zu fünf Thalern zwanzig Silbergroschen gerechnet, erfüllt werden.

§. 19. Unser Staatsministerium bleibt auch ferner befugt, den Werth zu bestimmen, über welchen hinaus fremde Gold- und Silbermünzen, mit Ausnahme der in den §§. 10 und 17 erwähnten,

im Verkehre nicht in Zahlung angeboten und gegeben werden dürfen. Auch soll dasselbe ermächtigt sein, den Umlauf solcher fremden Münzsorten, welche in ihrem Gehalte unsicher sind, oder welche einen geringeren, als den durch die aufgeprägte Werthsbezeichnung angegebenen Gehalt haben, oder welche in dem Lande, in dem sie geprägt oder zum Umlaufe verstattet sind, im äußeren Werthe herabgesetzt, oder welche in einem benachbarten Staate verboten werden möchten, nach einer den Umständen angemessenen Frist, gänzlich zu untersagen.

§. 20. Die Bestimmungen in den §§. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 und 9 dieses Gesetzes finden in den hohenzollernschen Landen keine Anwendung. Es verbleibt daselbst bei der bestehenden Guldenwährung mit der Maßgabe, daß fortan das Pfund (§. 1) feinen Silbers zu zweiundfunfzig und einem halben Gulden ausgebracht wird und demgemäß an die Stelle des Vier-und-zwanzig-und-ein-halb-Guldenfußes als gesetzlicher Münzfuß der Zwei-und-funfzig-und-ein-halb-Guldenfuß tritt, zwischen beiden Münzfüßen, beziehungsweise zwischen den gleichnamigen Münzstücken derselben jedoch eben so, wie solches im §. 3 dieses Gesetzes hinsichtlich der Thalerwährung bestimmt ist, ein Unterschied nicht gemacht werden darf und die Bezeichnung „Süddeutsche Währung" auf die in beiderlei Münzfüßen ausgebrachten Münzen Anwendung findet. Ueber die Ausmünzung des Guldens, der Theilstücke des Guldens und der Scheidemünzen wird, im Anschlusse an die zwischen den Staaten der süddeutschen Währung zu treffende besondere Vereinbarung, durch königliche Verordnung Bestimmung ergehen. Bei der Ausmünzung des Guldens und der Theilstücke desselben soll der im §. 6 ausgesprochene Grundsatz maßgebend sein.

§. 21. Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Münzvertrage vom 24. Januar d. J. in Wirksamkeit. Mit demselben Tage treten das Gesetz über die Münzverfassung in den preußischen Staaten v. 30. September 1821 (G.S. S. 159), die Kabinetsordre vom 5. März 1839, die Ausprägung von Doppelthalern oder 3½ Guldenstücken als Vereinsmünze betreffend (G.S. S. 92), und die Verordnung, betreffend die Ausgabe von 2½ Silbergroschenstücken Scheidemünze vom 28. Juni 1843 (G.S. S. 255), außer Kraft.

§. 22. Unser Ministerpräsident und Unser Finanzminister werden mit Ausführung dieses Gesetzes beauftragt.

13. Verordnung, betreff. die Form und das Gepräge der Münzsorten, welche in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Mai 1857 über das Münzwesen, ausgeprägt werden. Vom 21. Juni 1858 (G.S. S. 365).

Wir ꝛc. verordnen was folgt:

Nachdem Wir beschlossen haben, mit der in Folge des Gesetzes vom 4. Mai 1857 über das Münzwesen eingetretenen Veränderung des Feingehaltes, der Größe und des Gewichts der Kurantmünzen in Silber, insbesondere der Thaler, der Doppelthaler und der Einsechstelthalerstücke gleichzeitig eine Aenderung des Gepräges derselben eintreten zu lassen, und nachdem die im Dreißigthalerfuße ausgeprägten Ein-Vereinsthalerstücke, sowie die in diesem Münzfuße in der Eigenschaft als Landesmünze ausgeprägten Bergsegensthaler bereits mit dem von Uns bestimmten neuen Gepräge in Umlauf gesetzt worden sind, bestimmen Wir hierdurch in Bezug auf sämmtliche Münzsorten, welche in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Mai 1857 über das Münzwesen, in Umlauf gesetzt werden, daß solche fortan in der Form und mit dem Gepräge, wie solches in Nachfolgendem festgesetzt ist, ausgeprägt werden sollen.

1. Kurant-Münzen in Silber.

1) Das Zwei-Vereinsthalerstück, im Normalgewicht von $0{,}_{074074}..$ Pfund und im Durchmesser von 41 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1858, zeigt:

im Avers: Unser Brustbild mit der Umschrift: FRIEDR. WILHELM IV KOENIG V. PREUSSEN, unter dem Halse das Münzzeichen A;

im Revers: den heraldischen Königlich Preußischen Adler mit der über dessen Haupte schwebenden Preußischen Königskrone, in den Fängen Scepter und Reichsapfel haltend, die Kette des Schwarzen Adlerordens kreisförmig um Hals und Brust gelegt; innerhalb der Kette auf Brust, Leib und Flügelansätzen die vier Wappenschilder für Preußen, Brandenburg, Burggrafenthum Nürn-

berg und Hohenzollern; auf den Flügeln die Wappenſchilder der übrigen Provinzen und zwar auf dem rechten: für Schleſien, Poſen und Weſtphalen, auf dem linken: für Rheinland, Sachſen und Pommern; zu beiden Seiten des Adlers die Umſchrift: ZWEI VEREINSTHALER — XV EIN PFUND FEIN, unterhalb des Adlers die Jahreszahl;

auf beiden Gepräge ſeiten am Rande einen Perlenkreis mit flachem Randſtäbchen; auf dem glatten Kantenrande die vertiefte Inſchrift: GOTT MIT UNS, die einzelnen Worte getrennt durch vertiefte laubähnliche Verzierungen.

2) Das Ein-Vereinsthalerſtück, im Normalgewicht von $0{,}_{03703}$.. Pfund und im Durchmeſſer von 33 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: Unſer Bruſtbild mit der Umſchrift: FRIEDR. WILHELM IV KOENIG V. PREUSSEN, unter dem Halſe das Münzzeichen A;

im Revers: den heraldiſchen Königlich Preußiſchen Adler mit der über deſſen Haupte ſchwebenden Preußiſchen Königskrone, in den Fängen Scepter und Reichsapfel haltend, die Kette des Schwarzen Adlerordens kreisförmig um Hals und Bruſt gelegt, auf der letzteren den Namenszug FR, zu beiden Seiten des Adlers die Umſchrift: EIN VEREINSTHALER — XXX EIN PFUND FEIN, unterhalb des Adlers die Jahrzahl;

auf beiden Gepräge ſeiten am Rande einen Perlenkreis mit flachem Randſtäbchen; auf dem glatten Kantenrande die vertiefte Inſchrift: GOTT MIT UNS, die einzelnen Worte getrennt durch vertiefte laubähnliche Verzierungen.

3) Der Bergſegensthaler, im Normalgewicht von $0{,}_{037037}$.. Pfund und im Durchmeſſer von 33 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das gleiche Gepräge wie der Ein-Vereinsthaler;

im Revers: nur Schrift, und zwar in der Mitte die Aufſchrift: SEGEN DES MANSFELDER BERGBAUES mit der Umſchrift: EIN THALER — XXX EIN PFUND FEIN, unten zwiſchen der Umſchrift die Jahrzahl;

auf beiden Gepräge ſeiten am Rande den Perlenkreis mit dem Randſtäbchen, wie auch auf dem Kantenrande Inſchrift und Verzierung übereinſtimmend mit dem Ein-Vereinsthaler.

4) Das Einſechstelthalerſtück, im Normalgewicht von $0{,}_{01666}{}_{4}$ Pfund und im Durchmeſſer von 23 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1858, zeigt:

im Avers: das gleiche Gepräge wie auf den Ein-Thalern;

im Revers: den heraldiſchen Adler wie auf den Ein-Vereinsthalern mit der Umſchrift: VI EINEN THALER — CLXXX EIN PF. F., unterhalb des Adlers die Jahrzahl;

auf dem Flächenrande den Perlenkreis nebſt Randſtäbchen; auf dem Kantenrande Inſchrift und Verzierung ähnlich denen auf den Ein-Vereinsthalern.

## II. Scheidemünzen.

### A. in Silber.

1) Das $2\frac{1}{2}$ Silbergroſchen- oder $\frac{1}{12}$ Thalerſtück, davon im Durchſchnitt $155{,}_{25}$ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmeſſer von 21 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inſchrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: Unſer Bruſtbild mit der Umſchrift: FRIEDR. WILHELM IV KOENIG V. PREUSSEN;

im Revers: in der Mitte die Aufſchrift: $2\frac{1}{2}$ SILBERGROSCHEN, darunter die Jahrzahl und das Münzzeichen A mit der Umſchrift oben: 12 EINEN THALER und unten SCHEIDEMÜNZE;

auf beiden Gepräge ſeiten am Rande einen Perlenkreis nebſt flachem Randſtäbchen.

2) Das Ein-Silbergroſchenſtück, davon im Durchſchnitt $227{,}_{7}$ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmeſſer von $18{,}_{5}$ Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inſchrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das gleiche Gepräge wie das $\frac{1}{12}$ Thalerſtück;

im Revers: in der Mitte die Aufſchrift: 1 SILBER GROSCHEN, darunter die Jahrzahl und

das Münzzeichen A mit der Umschrift oben: 30 EINEN THALER und unten: SCHEIDE MÜNZE;

auf beiden Gepräge seiten den Rand wie bei dem $\frac{1}{30}$ Thalerstück.

3) Das halbe Silbergroschenstück, davon im Durchschnitt 455,4 Stück ein Pfund wiegen, im Durchmesser von 15 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inschrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1858, zeigt:

im Avers: das gleiche Gepräge wie das $\frac{1}{30}$ Thalerstück;

im Revers: in der Mitte die Aufschrift: ½ SILBER GROSCHEN, darunter die Jahrzahl und das Münzzeichen A mit der Umschrift oben: 60 EINEN THALER und unten: SCHEIDE MÜNZE;

auf beiden Gepräge seiten den Rand wie bei dem $\frac{1}{30}$ Thalerstück.

B. in Kupfer.

1) Das Vierpfenningstück, davon im Durchschnitt 83⅓ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmesser von 26 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inschrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das kleine Königlich Preußische Wappenschild mit dem heraldischen Adler, darauf ruhend die Preußische Königskrone, darüber die Umschrift: 90 EINEN THALER;

im Revers: in der Mitte die Aufschrift: 4 PFENNINGE, darunter die Jahrzahl und durch einen Strich getrennt tiefer das Münzzeichen A mit der Umschrift oben: SCHEIDE MÜNZE;

auf den beiden Gepräge seiten am Rande den Perlenkreis mit einem flachen Randstäbchen.

2) Das Drei-Pfenningstück, davon im Durchschnitt 111⅓ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmesser von 24 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inschrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das kleine Königlich Preußische Wappenschild, darauf ruhend die Preußische Königskrone und darüber die Umschrift: 120 EINEN THALER;

im Revers: in der Mitte die Aufschrift: 3 PFENNINGE, darunter die Jahrzahl und durch einen Strich getrennt tiefer das Münzzeichen A, mit der Umschrift oben: SCHEIDE MÜNZE;

den Rand übereinstimmend mit dem Vierpfenningstück.

3) Das Zwei-Pfenningstück, davon im Durchschnitt 166⅔ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmesser von 20,5 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inschrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das kleine Preußische Wappenschild mit darauf ruhender Preußischer Königskrone, darüber die Umschrift: 180 EINEN THALER;

im Revers: in der Mitte die Aufschrift: 2 PFENNINGE, darunter die Jahrzahl und durch einen Strich getrennt tiefer das Münzzeichen A mit der Umschrift oben: SCHEIDE MÜNZE;

den Rand übereinstimmend mit den vorstehenden Kupfermünzen.

4) Das Ein-Pfenningstück, davon im Durchschnitt 333⅓ Stück ein Pfund wiegen, im Durchmesser von 17,5 Millimetern, im polirten Ringe mit glattem Kantenrande ohne Inschrift geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1857, zeigt:

im Avers: das kleine Preußische Wappenschild mit darauf ruhender Preußischer Königskrone, darüber die Umschrift: 360 EINEN THALER;

im Revers: in der Mitte die Aufschrift: 1 PFENNING, darunter die Jahrzahl und durch einen Strich getrennt tiefer das Münzzeichen A, mit der Umschrift oben: SCHEIDE MÜNZE;

den Rand übereinstimmend mit den vorstehenden Kupfermünzen.

III. Goldmünzen.

1) Die Krone, zu einem Normalgewicht pro Stück von 0,0000000.. Pfund und im Durchmesser von 24 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1858, zeigt:

im Avers: Unser Brustbild mit der Umschrift: FRIEDR. WILHELM IV KOENIG V. PREUSSEN, unter dem Halse das Münzzeichen A;

im Revers: den Eichenkranz in Gestalt der römischen Corona, oben geöffnet, darin die Auf-

schrift: 1 KRONE mit der Jahrzahl darunter; über dem Kranze die Umschrift: VEREINS-MÜNZE und unter dem Kranze in kleinerer Schrift: 50 EIN PFUND FEIN, beide Umschriften getrennt durch zwei Rosetten auf der Mittellinie, die das Wort KRONE der Länge nach durchschneidet;

auf beiden Gepräge seiten am Rande einen Perlenkreis mit flachem Randstäbchen; auf dem glatten Kantenrande die vertiefte Inschrift: GOTT MIT UNS, die einzelnen Worte getrennt durch vertiefte laubähnliche Verzierungen.

2) Die halbe Krone, zu einem Normalgewicht pro Stück von $0{,}_{0111111}$.. Pfund und im Durchmesser von 20 Millimetern, im polirten Ringe geprägt, anfangend mit der Jahrzahl 1858, zeigt:

im Avers, wie auch

im Revers dasselbe Gepräge wie die Krone mit dem Unterschiede, daß die Aufschrift innerhalb des Eichenkranzes lautet: ½ KRONE und die Umschrift unter dem Kranze: 100 EIN PFUND FEIN, und ebenso

auf beiden Gepräge flächen den äußeren Rand und auf dem Kantenrande die Inschrift nebst Verzierung übereinstimmend mit der ganzen Krone.

Der Ministerpräsident und der Finanzminister sind mit der Ausführung dieser Verordnung beauftragt.

14. Verordnung, betreffend das Münzwesen in den neu erworbenen Landestheilen. Vom 24. August 1867 (G.S. S. 1427).

Wir ꝛc. verordnen für die durch das Gesetz vom 20. September 1866 und durch die beiden Gesetze vom 24. Dezember 1866 (G.S. S. 555, 875 und 876) mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheile, mit Ausschluß der vormals Bayerischen Enklave Kaulsdorf, was folgt:

§. 1. In den durch das Gesetz vom 30. September 1866 und durch die beiden Gesetze vom 24. Dezember 1866 mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheilen, ausschließlich des Gebietes der vormaligen freien Stadt Frankfurt, treten die in dem älteren Staatsgebiete geltenden Bestimmungen über das Münzwesen, insbesondere das Münzgesetz vom 4. Mai 1857 (Zus. 12), mit der Maßgabe in Kraft, daß die in dem vormaligen Königreich Hannover und im vormaligen Kurfürstenthum Hessen nach der Thalerwährung ausgeprägten Kurantmünzen und Silberscheidemünzen, sowie die Kupferscheidemünzen Kurhessischen Gepräges den Preußischen Landesmünzen gleichgestellt werden, und daß dem Handelsstande in Altona und dessen Umgebung die Rechnung in Mark Banko gestattet bleibt.

§. 2. Bei Zahlungsverbindlichkeiten, welche auf die den Preußischen Landesmünzen nicht gleichgestellten seitherigen Landesmünzen der bezüglichen im §. 1 bezeichneten Gebietstheile lauten, findet die Umrechnung nach folgender Werthsbestimmung statt:

1) zehn Hannoversche Pfennige gelten gleich zwölf Preußischen Pfennigen,
2) sieben Gulden Süddeutscher Währung gelten gleich vier Thalern Preußisch,
3) fünf Mark Kurant gelten gleich zwei Thalern Preußisch,
4) vier Thaler Dänischer Reichsmünze gelten gleich drei Thalern Preußisch.

Gesetz, betreffend die Declaration der Verordnung vom 24. August 1867, betreffend das Münzwesen in den neu eroberten Landestheilen. Vom 13. März 1868 (G.S. S. 235).

Wir ꝛc. verordnen mit Zustimmung beider Häuser des Landtages der Monarchie, was folgt:

Einziger Artikel.

Die Bestimmung des §. 2 zu 4 der Verordnung vom 24. August 1867, betreffend das Münzwesen in den neu erworbenen Landestheilen, berührt nicht das aus bestehenden Privatrechtsverhältnissen erwachsene Recht, Zahlung in einer bestimmten Münzsorte zu fordern.

Urkundlich ꝛc.

Bei dieser Umrechnung werden Brüche, wenn sie weniger als einen halben Pfennig Preußisch betragen, außer Ansatz gelassen, wenn sie mehr als einen halben Pfennig betragen, für einen vollen Pfennig gerechnet. Bei fortlaufenden terminweisen Zahlungen findet die Abrundung nur für die Summe der während eines Kalenderjahres zu zahlenden Raten statt.

§. 3. Die Münzen Schleswig-Holsteinschen, Nassauischen und Hessen-Homburgischen Gepräges, mit Ausschluß der Vereinsthaler (Art. 8 des Münzvertrages vom 28. Januar 1857, G.S. S. 312), sowie die Kupfermünzen Hannoverschen Gepräges sind nach den im §. 2 bestimmten Werthsverhältnissen gegen Preußische Landesmünzen einzulösen. Die Einlösungsfrist ist auf mindestens vier Wochen festzusetzen und wenigstens drei Monate vor ihrem Ablaufe öffentlich bekannt zu machen. Der Finanzminister hat das Nähere hierüber zu bestimmen und die Kassen zu bezeichnen, bei welchen eine jede von jenen Münzsorten zur Einlösung angenommen wird. Mit dem Ablaufe der Einlösungsfrist treten die aufgerufenen Münzen außer Kurs, so daß dieselben von da ab in Zahlung nicht mehr angeboten werden dürfen.

§. 4. Bis zum 31. Dezember d. J. ist Jedermann verpflichtet, auch die den Preußischen Landesmünzen nicht gleichgestellten seitherigen Landesmünzen in den im §. 1 bezeichneten Gebietstheilen in Zahlung anzunehmen. Auch ist bis zu diesem Zeitpunkte die Rechnung in den seitherigen Landesmünzen zu führen.

§. 5. Im Gebiete der vormals freien Stadt Frankfurt ist Jedermann verpflichtet, bei Zahlungen der Staatskassen die Preußischen Landesmünzen und die ihnen gleichgestellten Münzen nach dem im §. 2 zu 2 bestimmten Werthsverhältnisse anzunehmen.

§. 6. Die für das ältere Staatsgebiet ergangenen Vorschriften wegen der Preußischen Kassenanweisungen finden fortan in den durch die Gesetze vom 20. September und 24. Dezember 1866 der Preußischen Monarchie einverleibten Landestheilen Anwendung. — Die Kurhessischen Kassenanweisungen werden den Preußischen Kassenanweisungen gleichgestellt; auch sind in dem Gebiete des vormaligen Herzogthums Nassau die Noten der Nassauischen Landesbank von den Staatskassen fernerhin in Zahlung anzunehmen.

§. 7. Alle der gegenwärtigen Verordnung zuwiderlaufenden Vorschriften werden hierdurch aufgehoben.

Der Finanzminister und der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten sind mit der Ausführung dieser Verordnung beauftragt.

Urkundlich ꝛc.

§. 260. Wenn die Absicht, freigebig zu sein, nicht klar ist, so wird vorausgesetzt, daß keiner mehr habe geben, oder leisten wollen, als ihm von dem andern Theile vergütet worden.

§. 261. Wenn ein Kontrahent alle[26]) Gefahr und Schaden übernommen hat, so sind auch die ungewöhnlichen Zufälle darunter zu verstehen.

---

26) Alle. Die Uebernahme des Zufalls überhaupt soll also hiernach nicht genügen. Diese Auslegungsregel hat eine geschichtliche Veranlassung. Viele gemeinrechtliche Juristen unterschieden gewöhnliche Zufälle (casus soliti), ungewöhnliche Zufälle (casus insoliti) und ganz ungewöhnliche oder ungewöhnlichste Zufälle (casus insolitissimi), und gaben die Auslegungsregel, daß mit der Uebernahme des Zufalls oder der Gefahr schlechthin nur der gewöhnliche Zufall, d. h. ein solcher, welcher mit Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden kann, übernommen worden sei. Wer aber die Unglücksfälle oder alle Gefahr übernehme, müsse für die gewöhnlichen und ungewöhnlichen haften, doch seien im Zweifel die allerungewöhnlichsten und ganz außerordentlichen Zufälle, d. h. solche, wovon man auch nicht die entfernteste Ahnung gehabt habe, nicht für mit übernommen zu erachten. Glück Bd. IV, S. 366 und 392 und die Seite 392, Note 78 angeführten Schriften. Bei der Beurtheilung der Gewöhnlichkeit oder Ungewöhnlichkeit soll jedoch auf die Gegend, Oertlichkeit, Zeitumstände und sonstige Verhältnisse gesehen werden, um zu ermessen, ob gewisse Zufälle, welche an sich ungewöhnliche sind, daselbst doch nicht für gewöhnliche, d. h. solche zu halten sind, welche leicht vorausgesehen werden können. Glück S. 366. Diese Lehre findet sich im L.R. wieder. Unser §. 261 legt die Uebernahme „aller Gefahr" oder „der Unglücksfälle" (I, 21, §§. 510, 511) so aus, daß nicht bloß die gewöhnlichen, sondern auch die ungewöhnlichen Zufälle zu übernehmen in der Absicht gelegen habe. Auf die ganz ungewöhnlichen wird dieser Ausdruck nicht bezogen; diese müssen ganz ausdrücklich übernommen sein. Eine Anwendung davon enthält I, 21, §. 594; und eine Anwendung von der Regel, daß an sich ungewöhnliche Unglücksfälle mit Rücksicht auf die Oertlichkeit und die Verhältnisse für gewöhnliche gelten können, ist §. 479 ebendas.

Eine Anwendung des §. 261 auf den Versicherungsvertrag gegen Feuersgefahr wird in dem, in

§. 262. Wenn ein jüngerer Vertrag sich auf einen ältern bezieht, so ist anzunehmen, daß letzterer nur in den durch den jüngern Vertrag klar bestimmten Stücken hat abgeändert werden sollen[26a]).

§. 263. Undeutliche Stellen eines ausgefertigten Kontrakts müssen nach dem deutlichen Inhalte der vorhergegangenen Punktation erklärt werden[26b]).

§. 264. Ist aber eine in der Punktation enthaltene Verabredung in dem hiernächst ausgefertigten förmlichen Kontrakte deutlich geändert, so gilt nur das, was in dem Kontrakte enthalten ist.

§. 265. Sind Verabredungen, die in der Punktation enthalten waren, in dem förmlichen Kontrakte ganz übergangen worden, so werden sie für aufgehoben geachtet[27]).

§. 266. Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so ist derselbe gegen den auszulegen, der in seiner Willensäußerung zweideutiger, eines verschiedenen Sinnes fähiger, Ausdrücke sich bedient hat.

§. 267. Besonders ist die Auslegung gegen den zu machen, welcher ungewöhnliche Vortheile begehrt, die in Verträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen[27a]).

§. 268. Wenn alle übrigen Auslegungsregel nicht zutreffen, so muß die zweifelhafte Stelle so erklärt werden, wie es dem Verpflichteten am wenigsten lästig ist.

§. 269. Bloß wohlthätige Verträge sind, im zweifelhaften Falle, allemal zur Erleichterung des Verpflichteten auszudeuten.

§. 270. In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden[28]).

---

Mathis Bd. X, S. 500 mitgetheilten Rechtsfalle in der Art gemacht, daß, da unter Uebernahme aller Gefahr und Schaden auch die der ungewöhnlichsten (was unrichtig ist) Zufälle zu verstehen (S. 506), auch die Kriegsbrandschäden von dem Versicherer zu ersetzen seien, wenn er solche auch nicht ausdrücklich übernommen habe. Auf Assekuranzkontrakte bezieht sich wohl der §. 261 zunächst nicht, vielmehr nur auf den Fall, wenn ein Kontrahent nebenbei mehr, als ihm nach der Natur des Rechtsgeschäfts in Ansehung der Folgen des Versehens zu leisten obliegt, übernommen hat.

26a) (4. A.) Insoweit der Inhalt des jüngeren Vertrages dem älteren widerstreitet, ist der letztere aufgehoben. Erk. des Obertr. v. 16. Januar 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 174). Vergl. das Erk. dess. v. 13. Juli 1854 über die Anwendung dieses Grundsatzes auf zwei verschiedene Schuldurkunden über dasselbe Darlehn. (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 231.)

26b) (5. A.) Hierzu ist die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65, Tit. 4 zu vergleichen.

27) Ist eine praesumtio juris et de jure; auf die Punktation kommt weiter gar nichts an, an deren Stelle tritt eben der förmliche Kontrakt.

(4. A.) Wenn, argumentirt das Obertribunal, selbst in dem Falle, daß an die Stelle einer schriftlichen Punktation ein förmlicher Kontrakt getreten ist, die in letzterem übergangenen Verabredungen für aufgehoben gelten, so muß dies umsomehr dann angenommen werden, wenn die dem förmlichen Vertragsabschlusse vorangegangenen Verabredungen nur mündlich getroffen worden sind, wenn auch in dem schriftlichen Vertrage des früheren mündlichen Abkommens keine Erwähnung geschieht und — so muß nach dem Thatbestande ergänzt werden — das mündliche Abkommen Handlungen zum Gegenstande hatte, welche geleistet worden waren. Erk. vom 11. Septbr. 1860 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 43). Der Satz ist richtig, die Folgerung nicht. Der Satz ist nichts anderes als der römische Rechtsgrundsatz (das A. L.R. spricht ihn nicht aus), daß im Falle des Zusammentreffens eines förmlichen Kontrakts mit einem Realkontrakte der letztere von dem ersteren absorbirt wird, weil dieser nur als begonnene Erfüllung angesehen wird. M. Recht der Ford. §. 69, Bd. II (2. A.), S. 60.

(5. A.) Hierzu vergleiche man die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65, Tit. 4.

27a) (5. A.) Zu vergleichen die Anm. 73a, Abs. 2 zu §. 65, Tit. 4.

28) Pacta sunt servanda, d. h. gerade das Versprochene kann erzwungen werden, der Berechtigte braucht sich nicht auf sein Interesse verweisen zu lassen. Anwendung: §§. 273 u. 276. (2. A.) Er ist aber auch nicht befugt, vorhinein sein Interesse zu fordern, ohne auf die Erfüllung vergeblich gedrungen zu haben. Ausnahme: §§. 408—410. Das Eheverlöbniß macht keine Ausnahme. §. 112 im Worte „beharrlich", welches eine fruchtlose Klage auf Erfüllung voraussetzt. Pr. des Obertr.

§. 271. Wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei[29]).

vom 30. Juni 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 173). — Eine andere Bedeutung hat der Satz nicht. Nicht glücklich getroffen ist er als Beweis für die Behauptung, daß ein Promissar aus dem Versprechen lediglich zum Vortheile eines Dritten auf Erfüllung klagen könne, wenn er auch kein besonderes Interesse dabei habe. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 153. Vergl. oben die Anm. 68, §. 74 d. T.

(5. A.) Jede Obligation, wenn sie in bedungener Weise nicht zur Erfüllung gelangen kann, löst sich durch Aestimation der Leistung in eine Geldobligation auf. Aus dem Umstande, daß bei nicht zu erzwingender vertragsmäßiger Leistung der Geldwerth an deren Stelle tritt, folgt, daß derjenige Werth in Betracht gezogen werden muß, den die Leistung zu der Zeit hatte, zu welcher sie nach dem Vertrage hätte geleistet werden sollen. Die unterbliebene Leistung auch in dieser Gestalt kann zwar die durch Verzug entstehenden Verpflichtungen dem Schuldner auflegen, auch, wenn durch besondere, ihm zur Last zu legende Umstände dem Gläubiger noch ein besonderer Schade durch die Nichterfüllung entstanden ist, den Schuldner zum Ersatze desselben verbindlich machen, aber die Abschätzung der vertragsmäßigen Leistung selbst kann dadurch nicht verändert werden, muß vielmehr nach dem Zeitpunkte, wo selbige nach dem Vertrage hätte geschehen müssen, vorgenommen werden. Unten, Anm. 37, Abs. 2 zu §. 286 d. T. und Erk. des Obertr. vom 17. September 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 159).

Wegen der Erfüllung der Lieferungs- und s. g. Differenzgeschäfte: oben, Anm. 6 zu Tit. 4, und unten, Anm. 37 zu §. 286 d. T.

29) Vergl. §. 232. Die Meinungen sind sowohl über die Bedeutung des hierdurch gegebenen Rechtsmittels (exceptio nondum impleti contractus), als auch über die Anwendung desselben und über die Wirkung uneins.

I. In ersterer Hinsicht streitet man darüber: ob es ad fundandam intentionem gehöre, die Erfüllung von Seiten des Klägers zu behaupten oder anzubieten, oder ob dieser Umstand ganz mit Stillschweigen übergangen werden könne, die Klage schlechtweg und an sich durch den Vertrag begründet werde und der Mangel der Erfüllung nur eine Exception begründe. Die Frage ist auch unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig, und es scheint, als habe man den Streit durch diese Bestimmung erledigen wollen. Nach R. R. ist die Sache einfach die, daß der Vertrag auf jeder Seite eine unbedingte Forderung begründet, welche mit der actio directa geltend gemacht werden kann, jedoch eine Forderung, zu welcher sich der Schuldner nur mit Rücksicht auf die Gegenforderung verbindlich gemacht hat. Dieser Umstand giebt dem Schuldner die exceptio doli gegen die Klage desjenigen, welcher die Kontraktsklage zur Eintreibung seiner Forderung mißbrauchen will, ohne selbst seine Schuldigkeit zu thun. Diese exceptio doli wird bei Käufen, aus welchen auf Bezahlung des Preises ohne Uebergabe der Sache geklagt wird, exc. mercis non traditae genannt, L. 25 D. de act. emti (XIX. 1); L. 4, §. 5 D. de doli mali exc. (XLIV. 4); die Neueren nennen sie allgemein exc. non adimpleti contractus, fassen aber großentheils das Rechtsverhältniß anders auf, wozu sie dadurch verleitet worden sind, daß bei dieser Exception der Beklagte im praktischen Endresultate nicht die Beweislast, sondern nur bestimmt zu leugnen hat, daß der Kläger seinerseits erfüllt habe, obwohl das juristische Begründungselement der Exception keineswegs diese Negative, sondern die selbstständige Behauptung ist, daß der Kläger selbst Schuldner aus dem Vertrage geworden sei, mithin dolose handle, indem er ihn zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anhalten wolle. Nach ihrer Auffassung behaupten diese Juristen denn, daß der Kläger zur Begründung seiner Klage die Erfüllung seinerseits behaupten, oder wenigstens seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung in der Klage ausdrücklich zu erkennen geben müsse. Glück IV, S. 290 und v. A. Qui ex contractu bilaterali ad implementum agit, eum primum ostendere oportet, se ex sua parte legem contractus servasse, si quidem talis lex contractus, quae vel primum, vel eodem tempore actorem ad praestandum quid adigat, heißt es bei Müller, Promptuar., voce implem. No. 2. Vergleicht man damit den §. 271, so ist kein Zweifel, daß die Verfasser sich dieser Lehre angeschlossen haben. Nach derselben muß in der Klage ausdrücklich die Erfüllung als geschehen oder vergeblich angeboten behauptet und in diesem Falle noch angeboten werden. Damit stimmt auch die Praxis überein. (4. A. Das Obertr. hat z. B. in einem Erk. v. 26. April 1853 [Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 147] angenommen, daß zur Begründung der Klage des Käufers einer beweglichen, zu einer bestimmten Zeit und gegen baare Zahlung abzunehmenden Sache auf Erfüllung des Vertrages die mit Beweismitteln unterstützte Behauptung, daß er zur bestimmten Zeit unter Anbietung des Kaufgeldes zur Abnahme der Sache sich gemeldet habe, erforderlich sei. Vergl. unten §§. 229 u. 230, Tit. 11 und die Anm. 71 dazu.) Der Beklagte darf aber, wenn er von der s. g. exceptio nondum impleti contractus Gebrauch machen will, sich keineswegs auf ein unbestimmtes allgemeines Leugnen beschränken, wenn der Kläger schon etwas vorgeleistet hat, sondern er muß bestimmt den Punkt angeben, welcher noch unerfüllt sei, weil sonst der Kläger nicht entsprechenden Beweis führen kann. Unterläßt der Beklagte dies, so beantwortet er die Klage nicht voll-

§. 272. In wiefern der, welcher auf Erfüllung anträgt, inzwischen für das, was er leisten soll, Sicherheit bestellen, oder das, was er zu geben hat, gerichtlich

---

ständig. (5. A.) In keinem Falle bedarf es zur Begründung der Klage nach §. 271 der Behauptung und des Beweisantrittes darüber, daß der Kläger seinerseits gehörig zu erfüllen im Stande sei; vielmehr steht dem Beklagten nur diese Einrede zu, die er zu beweisen hat. Erk. des Obertrib. vom 9. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 95).

II. Was die Anwendung des §. 271 betrifft, so findet solche überhaupt nicht auf die Klage aus §. 122 und I, 10, §. 17 wegen Errichtung eines förmlichen Instrumentes statt. Dann hat aber auch der Satz des §. 271 keine allgemeine Gültigkeit, vielmehr gilt er nur von einer einzigen Klasse zweiseitiger Verträge, nämlich derjenigen, welche auf beiden Seiten durch eine einmalige Leistung erfüllt werden können. Nur aus diesen Verträgen bedingen sich die beiderseitigen Forderungen, wenn die Naturalien nicht abgeändert worden sind, gegenseitig. Bei allen denjenigen zweiseitigen Verträgen hingegen, welche durch fortgesetzte Leistung während eines gewissen Zeitraums erfüllt werden, muß der Eine vorleisten, und dieser kann unmöglich die besprochene Einrede haben. Nur dem anderen Theile steht sie zu.

III. Die Wirkung der Einrede ist in der Regel eine Abweisung der Klage zur Zeit. Meinungsverschiedenheit hat sich auch darüber hervorgethan: ob diese Wirkung immer auf gleiche Weise eintrete, sei es, daß der Kläger noch gar nicht, oder nur unvollständig oder mangelhaft erfüllt, oder auch nur noch wegen Gewährsmängel zu genügen habe. Der letzte Umstand gehört an sich schon gar nicht hierher, denn dieserhalb steht eine ganz andere Einrede, nämlich die exc. imminentis evictionis, auch eine exc. doli, die aber andere Wirkungen hat — zu. (4. A. Der Grundsatz ist angewendet in dem Erk. des Obertr. vom 2. Nov. 1849 und vom 22. Mai 1851 [Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 6 und Bd. III, S. 30]). Nur wegen gänzlicher oder theilweiser Nichtleistung ist die Einrede aus unserem §. 271 gegeben, z. B. wenn mehrere Gegenstände für einen ungetheilten Preis verkauft sind, und der Hauptgegenstand nicht gewährt wird: dann findet gegen den Käufer auch wegen der übrigen verkauften Gegenstände die Klage auf Erfüllung nicht statt. Erk. des Obertr. v. 9. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 65). Ist die Erfüllung ganz unterblieben, so leuchtet die gänzliche Unzulässigkeit der Klage zur Zeit ein. Der Zweifel bezieht sich auf den Fall, wenn zum Theil oder in dem Hauptgegenstande erfüllt worden ist und der Beklagte seine Einrede auf Mängel gründet. Nach einer Meinung soll auch dann die Klage zurückgewiesen werden. Das entspricht nicht der Gleichheit der Rechte beider Theile: wer die Uebergabe einmal in der geleisteten Art angenommen hat, kann den Geber nicht für alle Zeit mit jener Einrede ganz zurückweisen, sondern muß auch seinerseits in tantum leisten, weil er rechtsgrundsätzlich eben nicht mehr als Ersatz für den Abgang zu fordern hat (§. 395 d. T.), was er mit dieser Einrede erreichen kann, wenn der Geber mehr fordert, als ihm nach Maßgabe seiner Leistung zukommt. Diesen Grundsätzen entspricht die Praxis im Wesentlichen, nach folgenden Rechtsanwendungen:

1. Auf den Fall, wenn in der Hauptsache erfüllt worden ist.

a) Die Vorschrift §. 271 findet in ihrem ganzen Umfange nur auf Verträge Anwendung, deren Erfüllung noch geschehen soll. Ist aber der Vertrag seinem Hauptinhalte nach erfüllt, und es werden nur wechselseitige und fällige von einander unabhängige Nebenleistungen oder fortlaufende Verbindlichkeiten gefordert, so berechtigt diese Vorschrift bei gleichartigen Leistungen nur zur Kompensation, bei ungleichartigen zu dem Antrage auf Erfüllung derselben Zug um Zug, folglich nicht zu einer gänzlichen Verweigerung, sondern nur zur Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theiles der eingeklagten Leistung. Pr. 857, v. 14. März 1840. (Der Fall betraf Forderungen aus einem längst vollzogenen Erbpachtskontrakte.) (Entsch. Bd. VI, S. 56.) (5. A.) Ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des §. 536, Tit. 20 meint das Pr. nicht, es nimmt das Wort „Zurückhaltung" in seiner weitesten Bedeutung. Erk. des Obertr. vom 18. April 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 91). (4. A.) Der Grundsatz gilt auch bei Verträgen über ein bestelltes Werk. Erk. des Obertr. vom 6. Mai 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 140). — Und bei Milchpachtverträgen. Erk. vom 13. Februar 1854 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XII, S. 125).

b) Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, der eine Gegenleistung einklagt, in der Hauptsache erfüllt, und die Erfüllung von dem anderen Kontrahenten angenommen worden, dieser aber behauptet, daß der Kläger allen seinen kontraktlichen Verbindlichkeiten noch nicht nachgekommen sei, und über den Sinn und den Umfang der gedachten Verbindlichkeit unter den Parteien Streit entsteht, kann die Vorschrift des §. 271 nicht Veranlassung geben, den Kläger *zur Zeit abzuweisen*; vielmehr muß der obwaltende Streit im Urtel entschieden und bestimmt werden, was der Kläger noch zu erfüllen, und der Beklagte noch zu leisten hat. Pr. 1174, v. 5. August 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 229).

c) Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, welcher die Gegenleistung fordert, in der Hauptsache erfüllt, und diese Erfüllung von der anderen Seite angenommen worden, so kann von dieser Seite der Anspruch durch die Behauptung, daß der übergebenen Sache die vorbedungenen Eigenschaften gefehlt haben, und durch Berufung auf den §. 271 nicht abgelehnt, es muß vielmehr der aus dem Mangel vorbedungener Eigenschaft abgeleitete Entschädigungsanspruch besonders begründet und nachgewiesen werden. Pr. 978, v. 6. Febr. 1841. Auch Pr. v. 7. Mai 1847 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 154), und vom 22. Mai 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 200).

niederlegen müsse, ist nach dem Inhalte des Vertrages, und nach den übrigen Umständen der Sache und Person zu beurtheilen.

§. 273. Ist eine durchaus bestimmte Sache (Individuum) versprochen worden, so kann, statt derselben, dem, welcher sie zu fordern hat, keine andere aufgedrungen werden.

§. 274. Ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden, so hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl, welche er geben wolle[30]).

§. 275. Ist eine bloß nach ihrer allgemeinen Gattung bezeichnete Sache (Genus) versprochen worden, so muß eine Sache von mittlerer Art und Güte gegeben werden[30a]).

---

d) Das Gleiche gilt bei einem übergebenen Grundstücke, welches von Hypotheken durch den Verkäufer befreit werden soll. Pr. 1051, v. 23. Okt. 1841, verbunden mit Pr. 1592, v. 5. August 1845.

e) Die Vorschriften des §. 319, die von der Verpflichtung zur Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften einer Sache handeln, setzen in der Anwendung den Fall der schon stattgefundenen Uebergabe der Sache von Seiten des Gebers an den Empfänger voraus. Hat noch keine Uebergabe stattgefunden, und wird von demjenigen, der die Sache übernehmen, dagegen aber seinerseits den Kontrakt durch Zahlung oder andere Leistung erfüllen soll, der Einwand gemacht, daß er die Sache nicht anzunehmen resp. den Vertrag nicht zu erfüllen schuldig sei, weil es der Sache an den vertragsmäßigen, vorbedungenen oder gesetzlichen Eigenschaften fehle, so ist der Streit nach den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung der Verträge, §. 271 ff., zu beurtheilen und zu entscheiden. Pr. 1442, v. 11. Mai 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 190).

f) Der Vertrag gilt aber nicht als in der Hauptsache erfüllt, wenn der Uebernehmer aus einem Mangel in dem Rechte des Leistenden, rechtlich gehindert ist, sich der Sache der Verabredung gemäß zu bedienen. Anwendungen:

aa) Beim Verkaufe eines Lehnguts stehen die Rechte vorhandener Lehnsinteressenten der Umschreibung des Besitztitels für den Käufer entgegen. Die Hinwegräumung derselben gehört nicht zur Evictionsleistung des Verkäufers, sondern zur Vollständigkeit der diesem obliegenden Uebergabe, und kann daher derselbe auch nach geleisteter Naturaltradition, vor Beseitigung der Rechte jener Interessenten, weder die Zahlung noch die Deposition des rückständigen Pretii fordern. Pr. 659, v. 3. Mai 1839.

bb) Bei Kaufkontrakten über Grundstücke gehört es zu den wesentlichen Theilen der Erfüllung, daß der Verkäufer alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um den Käufer in den Stand zu setzen, die gerichtliche Zuschreibung auf seinen Namen zu bewirken. Hat daher der Verkäufer unterlassen, die Berichtigung seines eigenen Besitztitels zu bewirken, so ist der Käufer befugt — insofern der Kontrakt nicht etwas Anderes bestimmt, — die Bezahlung der Kaufgelder zu verweigern. Pr. 2002, v. 18. April 1848.

2. Auf den Fall der vergeblich angebotenen oder von dem Anderen vereitelten Erfüllung.

a) Es ist zur Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts, bei welchem der Verkäufer oder Lieferant die Waare anbieten oder zuwiegen soll, die Anmeldung von Seiten desselben, daß er zur Lieferung bereit sei, und die Aufforderung an den anderen Theil, die Waare in Empfang zu nehmen, genügend. Pr. des Obertr. vom 17. April 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 184).

b) Wenn der Käufer durch seine mora solvendi die Uebergabe der verkauften Sache unmöglich gemacht hat (durch dazwischen gekommene Subhastation), so darf der Verkäufer das Kaufgeld fordern. Pr. des Obertr. vom 18. August 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 144).

3. Auf den Fall, daß die Leistung des Einen auf einen früheren Termin als die des Anderen verabredet ist und beide Termine abgelaufen sind.

Fällt der in dem Kaufkontrakte zur Bezahlung der Kaufgelder ohne Vorbehalt festgesetzte Termin auf einen früheren Tag, als der ebenfalls ausdrücklich vereinbarte Termin, bis zu welchem der Verkäufer die Befreiung des Grundstückes von bestimmten Lasten und Hypotheken bewirken soll, so kann der Käufer, auch wenn er erst nach Ablauf dieses letzteren Termins auf Bezahlung belangt wird, aus der noch nicht erfolgten Löschung jener Lasten und Hypotheken keinen Einwand entnehmen. Pr. 1771, vom 15. August 1846. Wiederholt angewendet in der Entsch. v. 26. Mai 1848 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 113). Die Absicht kann gewesen sein, dem Verkäufer durch das vorherzuzahlende Kaufgeld erst die Mittel zu der übernommenen Befreiung zu verschaffen.

30) Anwendung I, 16, §. 192. — Bei Käufen gilt die umgekehrte Regel, I, 11, §. 38, auch bei Altentheilsverträgen; denn der Auszügler ist Käufer des Auszuges. Pr. des Obertr. vom 24. Juni 1848. (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 197.) — Vergl. unten Anm. 19 zu §. 33, Tit. 11.

30a) (4. A.) Vergl. H.G.B. Art. 335.

Auf Reallasten, hinsichtlich deren ein Versprechen oder deren rechtlicher Entstehungsgrund nicht konstirt, namentlich z. B. auf eine Pfarrabgabe von zwei Schweinen jährlich, findet die Regel des §. 275 keine Anwendung; entsteht in diesem Falle Streit über Alter oder Gewicht der Schweine, so entscheidet

§. 276. Wer eine Handlung zu leisten schuldig ist, kann dazu durch gerichtliche Zwangsmittel, nach Vorschrift der Prozeßordnung, angehalten werden.

Versehen. §. 277. Wer bei Erfüllung[31]) eines Vertrages ein grobes Versehen[32]) sich zu Schulden kommen läßt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz verbunden[33]).

§. 278. Haben beide Theile unmittelbar aus dem Vertrage selbst Vortheile zu erwarten, so sind beide auch aus einem mäßigen Versehen wechselseitig verpflichtet.

§. 279. Hat nur Ein Theil aus dem Vertrage selbst Vortheil zu erwarten, so ist er auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.

§ 280. Wer aus dem Vertrage gar keinen unmittelbaren Nutzen zu hoffen hat, bleibt nur für sein grobes Versehen verantwortlich[34]).

§. 281. Wer eine Handlung übernommen hat, welche besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzt, muß bei Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit auch das geringste Versehen vertreten[35]).

§. 282. In wiefern diese Regeln bei einzelnen Verträgen Ausnahmen leiden, ist gehörigen Orts festgesetzt.

§. 283. Auch steht den Kontrahenten frei, die Grade des Versehens, zu welchen sie sich gleichseitig verpflichten wollen, in dem Vertrage anders zu bestimmen[35a]).

§. 284. Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.

Interesse. §. 285. Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich, oder aus grobem Versehen, verletzt hat, muß dem Andern sein ganzes Interesse vergüten[36]).

---

die Art der wirklich erfolgten Leistung (Usual-Interpretation). Erk. des Obertr. vom 24. April 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 177).

31) Unterbleibt die Erfüllung ganz, so muß das Interesse geleistet werden, wenn der Zwang auf Erfüllung erfolglos ist; denn Verträge müssen erfüllt werden (§. 270), es kommt daher die Frage nach einem Versehen bei der Erfüllung, welche gar nicht vorgefallen ist, nicht vor. Nur bei eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung äußert der Zufall seinen Einfluß; ist nicht reiner Zufall dazwischen getreten, so kommt auch auf die Unmöglichkeit nichts an, nach §§. 360, 369 d. T. verbunden mit I, 16, §. 12. Diese Vorschriften treten den hier, §. 277 ff., gegebenen Bestimmungen in keiner Beziehung entgegen.

32) Sei es durch Handlungen oder Unterlassungen. Die Vorschriften des Tit. 6 können bei positiven Handlungen nur dann in Betracht kommen, wenn solche Handlungen schon für sich, ohne Rücksicht auf den Vertrag, eine Rechtsverletzung verursachen und der Verletzte nicht lediglich die Kontraktsklage gebrauchen will; sonst kommen nur die hier gegebenen Bestimmungen zur Anwendung.

33) Die Identificirung des Fiskus mit der Staatsgewalt hat veranlaßt, daß man den Fiskus dafür hat verantwortlich machen wollen, daß er durch einen Akt der Gesetzgebung verhindert worden ist, einen Vertrag zu erfüllen. Hiergegen ist das Pr. 628, v. 16. März 1839 gerichtet: „Fiskus als Kontrahent kann nicht wegen Vertretung der aus einem Akte der Gesetzgebung hervorgehenden, von ihm angeblich verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung des Kontrakts in Anspruch genommen werden. Von einem Versehen — einer Handlung wider die Gesetze aus Mangel der Aufmerksamkeit in den Geschäften des bürgerlichen Lebens (§§. 16, 17, Tit. 3, Th. I) — kann bei Ausübung des Majestätsrechts der Gesetzgebung nicht die Rede sein, und die Vertretung einer Verschuldung im Sinne des bürgerlichen Rechts (cfr. §§. 284, 322, 362 d. T.) ist bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, die kein Geschäft des bürgerlichen Lebens ist, gänzlich ausgeschlossen." Diese lange Rede trifft nicht den Kern. Der juristische Grund ist, weil der Fiskus eine andere Persönlichkeit im juristischen Sinne ist als die Staatsgewalt, folglich nicht für die Handlungen der Gesetzgebung — der Fiskus ist nicht Gesetzgeber — verantwortlich sein kann. S. die Anm. 88 zur Einl. S. 82.

34) Die §§. 278—280 bestätigen die Regeln des R.R.

35) Vergl. Tit. 3, §§. 22, 23.

35a) (5. A.) Die Dienstherrschaft ist nicht legitimirt, für das zu ihrem Dienste bestimmte Personal eine kontraktliche Bestimmung zu treffen, welche die Haftung desselben für grobes Versehen ausschließt. Erk. des Obertr. vom 24. November 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 126).

36) Vergl. Tit. 3, §. 39, und §. 393 d. T. und die Anm. 44 dazu. Vorausgesetzt ist hier immer

§. 286. Aller Nachtheil, welcher für Jemand daraus entstanden ist, daß der Andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen[37]).

---

ein gültiger Vertrag. Ist der Vertrag ungültig, so findet daraus gar keine Klage, also auch kein Anspruch auf Entschädigung statt. Es kann dann nur das, was auf Rechnung des Vertrages gegeben worden, zurückgefordert werden. Einen solchen Fall s. Entsch. des Obertr. Bd. III, S. 325.

(4. A.) Ein Fall des §. 285 ist z. B. auch der, wenn nach Abschluß eines Kaufs in Pausch und Bogen der Verkäufer vor der Uebergabe Inventarienstücke weggeschafft und dadurch dem Käufer entzogen hat. Dafür hat der Verkäufer den ganzen Werth als Entschädigung zu leisten und nicht etwa nur nach der Regel §§. 170, 171, Tit. 11 verhältnißmäßig aufzukommen. Erk. des Obertr. vom 17. Febr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 230).

S. auch unten Anm. 58a zu §. 427, Tit. 11.

(4. A.) Die Verpflichtung zum Schadensersatze kann hier nicht aus den §§. 10, 11, Tit. 6 hergeleitet werden, vielmehr müssen wegen der bei Verträgen zugefügten Schäden nach §. 17 ebend. die hier im Tit. 5 und bei den einzelnen Arten von Verträgen gegebenen Vorschriften zur Anwendung kommen. Erk. des Obertr. vom 22. Juni 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 312).

(4. A.) Die ex mora rückständigen Prästationen eines Altentheils brauchen nicht in Natur, sie können auch in ihrem Geldwerthe nachgefordert werden. Vergl. §. 859, Tit. 11. Erk. des Obertr. v. 20. Nov. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 325). (5. A.) Erfüllt Jemand die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, einem Andern freie Kost, Wohnung und Kleidung zu gewähren, aus Vorsatz oder grobem Versehen nicht, so ist der Berechtigte nicht bloß auf die Erstattungsforderung der aus seinem Vermögen gemachten baaren Aufwendungen beschränkt, vielmehr wohl befugt, den ganzen Werth der ihm nicht gewährten Kost, Wohnung und Kleidung zu fordern, wenn er sich solche auch ohne dergleichen Aufwendung verschafft hat. Der Schuldner kann sich durch Vertragsbruch von seiner Verbindlichkeit nicht befreien und den dem Berechtigten von Dritten geschenkten Unterhalt nicht aneignen und sich zu Gute rechnen. Erk. des Obertr. v. 9. Sept. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 111). Vergl. unten, Anm. 38, Abs. 2.

(4. A.) Zur Anwendung des §. 285 genügt die bloße Nichterfüllung nicht, vielmehr muß, um mehr als die rückständige Leistung (das Interesse) fordern zu können, nachgewiesen werden, daß dem Gläubiger durch Verschuldung des Schuldners die ihm gebührende Leistung nicht gewährt worden ist. Erk. des Obertr. v. 21. Jan. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 158). Vergl. unten, Anm. 15, Abs. 2 zu §. 19, Tit. 19.

37) Wie das Interesse bei Zeitkäufen und Lieferungsgeschäften über Staatspapiere zu bestimmen, s. Anm. 6 zu Tit. 4.

Wenn ein, auf Lieferung fungibler Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, für einen bestimmten Preis gerichteter Kaufvertrag von dem Verkäufer nicht durch Lieferung zur verabredeten Zeit erfüllt, und der Verkäufer demnächst zur Lieferung verurtheilt wird, ohne daß die deshalb wider ihn vollstreckte Exekution Erfolg hat, so kann der Käufer als sein Interesse nur den Preis der zu liefern gewesenen Sachen, welcher zu der im Vertrage bestimmten Lieferungszeit (nicht ohne Weiteres zur Zeit des Exekutionsmandats) marktgängig war, fordern; insofern er nicht besondere Umstände nachzuweisen vermag, aus denen sich entnehmen läßt, daß er, wenn ihm die Sachen an dem bedungenen Lieferungstage verabreicht worden wären, einen höheren Gewinn davon hätte ziehen können, oder daß er sie zu einem höheren Preise anderweit habe anschaffen müssen, oder daß ihm sonst durch die verzögerte Lieferung ein den Betrag des obigen Preises übersteigender Schaden entstanden sei; und er wird durch das, wider den Verkäufer erstrittene, diesen Letzteren zur Lieferung verurtheilende Judikat allein noch nicht berechtigt, einen, nach ergangenem Judikate marktgängig gewesenen, Preis als Entschädigung dafür, daß ihm die Sachen nicht gewährt worden, zu verlangen. Pr. 2082, vom 13. Dezember 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 176.) Vergl. jedoch hiermit Pr.-O. Tit. 22, §. 20 und L.R. I, 11, §. 859. (4. A.) So ist es auch nach Gemeinem Rechte. Vergl. L. 4 D. de condictione triticiaria (XIII, 3); Erk. des Obertr. v. 7. April 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 56). (5. A.) Vergl. oben Anmerk. 28, Abs. 2 zu §. 270.

(4. A.) Die Annahme der nachträglichen Erfüllung eines Lieferungsvertrages über verbrauchbare marktgängige Waaren schließt den Anspruch des zur Erfüllung am festgesetzten Lieferungstage bereit Gewesenen gegen den Säumigen auf Zahlung der Differenzsumme zwischen dem vereinbarten und dem marktgängigen Preise am festgesetzten Lieferungstage nicht aus; auf diese Differenzsumme ist jedoch die fernere Differenzsumme zwischen dem vereinbarten und dem marktgängigen Preise am Tage der wirklichen Lieferung in Abrechnung zu bringen. Erk. des Obertr. v. 20. März 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 79). Vergl. H.G.B. Art. 357, Abs. 3.

Ein Cessionarius, dem die nöthigen Instrumente nicht verschafft werden, kann zum juramentum in litem auf den ganzen Nominalwerth der Forderung zur Feststellung seines Interesses gelassen werden, wenn er auch weniger gegeben hat. Pr. des Obertr. vom 6. August 1845. (Schles. Arch. Bd. VI, S. 469.)

§. 287. Es wird also bei Bestimmung des Interesse nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontrakts entgangenen Vortheil [38]) Rücksicht genommen. (Tit. 6, §§. 5, 6.)

§. 288. Im Fall eines mäßigen oder geringen [39]) Versehens darf in der Regel nur der wirkliche Schaden ersetzt werden.

§. 289. Doch müssen Kunst- und Sachverständige auch alsdann das volle Interesse vergüten [39a]).

---

38) Die Feststellung des Einen und des Anderen ist begreiflich facti. Aber über keine thatsächliche Frage gehen die Urtheile der Richter soweit auseinander wie über diese. Ein Beispiel giebt der Rechtsfall in den Entsch. Bd. XVII, S. 144. Jemand verkauft sein sub hasta stehendes Grundstück für 4500 Thlr. Das Kaufgeld soll 4 Wochen vor der Uebergabe mit 2900 Thlrn. gezahlt werden (um davon den Extrahenten der Subhastation zu befriedigen) und der Rest am Tage der Uebergabe. Der Käufer zahlt nicht, das Grundstück wird versteigert und für 2000 Thlr. zugeschlagen. Die Käufer klagen auf Zahlung des Kaufgelderrestes nach Abzug des Meistgebotes von 2000 Thlrn., zur Schadloshaltung wegen Nichterfüllung des Kontrakts. Der erste Richter weist ihn ab, weil ein grobes Versehen des Beklagten nicht vorliege, der Kläger aber keinen wirklichen Schaden gehabt habe, sondern nur entgangenen Gewinn fordere. Das Obertr. hingegen verurtheilt den Beklagten, weil das, was der Kläger fordere, lauter wirklicher Schaden sei. S. 149.

(4. A.) Zu dem Interesse eines von seinem Prinzipal unberechtigterweise entlassenen Verwalters gehört auch der Ersatz für die in Folge der Entlassung entgangene freie Station, die einen Theil des Gehalts (der Gegenleistung) bildet; dieser Gehaltstheil muß geleistet werden selbst dann, wenn ein Dritter dem Entlassenen den Unterhalt aus Freigebigkeit gewährt hätte. Das wäre eine ihm gemachte Schenkung, die der Schuldner nicht für sich benutzen kann. Erk. des Obertr. v. 9. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 135). Vergl. oben, Anm. 36, Abs. 5.

(4. A.) Die versäumten Früchte (Perzipienden) (§. 229, Tit. 7) sind nicht ein bloßer Mehrbetrag der Perzepten. Zur Darlegung und Begründung des Perzipiendenanspruchs ist daher die Angabe und der Nachweis des Ertrages der Perzepten nicht erforderlich, vielmehr genügt dazu eine von Sachverständigen ermittelte Ertragstaxe. Erk. des Obertr. v. 10. Mai 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 251).

39) Nämlich wenn der Vertrag von der Art ist, daß auch für geringes Versehen eingestanden werden muß. Keineswegs ist die Vorschrift so zu verstehen, daß wegen Nichterfüllung aus geringem Versehen in allen Fällen der wirkliche Schade ersetzt werden müßte. Eine solche Anwendung von der Stelle macht auffallenderweise das Obertr. in dem, in der vor. Anm. 38, erwähnten Rechtsfalle, wo S. 148 gesagt wird: „Es muß dem Kläger darin beigetreten werden, daß der Beklagte für einen solchen zu achten, welcher seinen vertragsmäßigen Pflichten mindestens aus mäßigem oder geringem Versehen nicht genügt hat. — Auch derjenige, welcher bei Erfüllung eines Vertrages seinen Pflichten, auch nur aus mäßigem oder geringem Versehen, nicht nachkommt, muß aber dem Anderen den ihm entstandenen Schaden ersetzen. §§. 288, 360 d. T. Bei Käufen aber hat jeder Theil nur ein mäßiges Versehen zu verantworten. §. 278 und Tit. 11, §. 103." Hätte also der Käufer nur aus einem geringen Versehen die Nichtzahlung verschuldet, so würde er dem Verkäufer gar nichts schuldig gewesen sein, also kann man das mäßige und das geringe Versehen hier nicht gleichstellen. Soll sich das geringe Versehen auf §. 360 beziehen, so ist die Anwendung dieses Gesetzes gleichfalls nicht zutreffend. Dort ist die Rede von der Aufhebung eines Vertrages wegen (objektiver) Unmöglichkeit; und es ist der Grundsatz ausgesprochen: wegen Unmöglichkeit, die nicht durch reinen Zufall eingetreten ist, wird kein Vertrag aufgehoben, d. h. der Schuldner wird nicht liberirt, er muß erfüllen oder das Interesse leisten, wenn die Unmöglichkeit irgendwie von ihm verursacht worden ist. Also dieses geringe, ja geringste Versehen, oder auch die nur in seiner Person liegende zufällige Ursache (§. 369), bezieht sich lediglich auf die Frage: ob der Vertrag gilt, oder ob er aufgehoben ist. Gilt er, so kommen wegen der Entschädigungsfrage die hier §. 277 ff. vorgeschriebenen Grundsätze ausschließlich zur Anwendung. Uebrigens entsteht aus dem Mangel an Gelde überhaupt gar keine in Betracht kommende (objektive) Unmöglichkeit der Erfüllung (Tit. 4, §. 129), sonst würden die meisten Schuldner von selbst liberirt sein.

39a) (4. A.) Immer vorausgesetzt, daß ihnen ein Versehen zur Last fällt. Jemand hatte von einem Kaufmanne Saamen von weißen Zuckerrüben verlangt und auf diese Bestellung Saamen von rothen Rüben geliefert erhalten. Er behauptete, in Folge der Nichterfüllung des Vertrags Schaden durch den geringen Ertrag der Futterrüben, in Vergleich mit dem Ertrage der weißen Zuckerrüben, welchen er bei richtiger Erfüllung des Vertrages erzielt haben würde, erlitten zu haben und forderte dafür Ersatz. Das Obertr. wies, das Appellationsurtel bestätigend, den Kläger ab, weil dem Beklagten, der ein Kaufmann war, und also den Saamen nicht selbst produzirt hatte, kein Versehen beizumessen sei, indem von ihm nicht verlangt werden könne, daß er aus eigener Wissenschaft eine Kenntniß über die Qualität (sollte heißen: Art) des von ihm gelieferten Saamens besitze, welche ein Sach-

§. 290. Wer gewarnt worden, daß von seiner übernommenen Handlung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den Andern abhängen[40]), wird in Ansehung der zu leistenden Vertretung einem Kunst- und Sachverständigen gleich geachtet.

§. 291. Wenn Jemand eine Handlung, zu deren Unterlassung er ausdrücklich verpflichtet worden, dennoch begeht, so muß er dem Andern für das ganze Interesse haften[41]).

Konventionalstrafen.

§. 292. Das Interesse, welches ein Kontrahent dem Andern, bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages, zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe[42]) im Voraus bestimmt werden[42a]).

Anh. §. 6. Die bei Kaufkontrakten über adelige Güter mit Personen, die zu deren Besitz ohne

---

verständiger (der war ein Bäcker und deshalb ein zweifelhafter Sachverständiger) und der Kläger selbst, insofern dieselbe auf Anschauung zu begründen, für unmöglich erklärt hätten. Erk. des Obertr. vom 8. Jan. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 124). Der Rechtspunkt ist richtig aufgefaßt, aber die Sache ist schlecht geführt und deshalb mit Recht verspielt. Es ist nicht richtig, daß ein Saamenkenner den Saamen von weißen Zuckerrüben nicht von Saamen der rothen Rübe unterscheiden könnte; der Unterschied fällt, wie ich aus landwirthschaftlicher Erfahrung weiß, leicht in die Augen, zumal wenn man beide Arten nebeneinander hält. Der Saame der weißen Rübe ist in der Farbe bedeutend heller, als der der rothen. Ein Bäcker ist hierin kein Sachverständiger, und der Kläger kann ein solcher nach seinem Zugeständnisse auch nicht gewesen sein. Aber ein Kaufmann muß Waarenkunde haben, ein Saamenhändler also auch die verschiedenartigen Sämereien unterscheiden können, wenn er sich nicht verantwortlich machen will.

40) Jemand soll eine ungewöhnlich theuer verkaufte Sache, gehörig verpackt, an einem bestimmten Orte zu einer kurz bestimmten Zeit zur Eisenbahn abliefern, widrigenfalls der Käufer zurücktreten kann. Er überträgt einer Person die Herbeiholung einer ganz genau bezeichneten Kiste aus einem Magazine in einem anderen Orte, und macht sie aufmerksam darauf, daß, wenn sie sich bei der Auswahl der Kiste versehe, so daß sie nicht gebraucht werden könne, oder sie zu spät zurückkomme, die Ablieferung nicht zur rechten Zeit geschehen könne und dann der vortheilhafte Handel zurückgehe. Die Kiste wird zeitig genug herbeigeschafft, sie paßt auch, aber der Deckel ist zu kurz, der Abholende hat denselben in der Kiste als dazu gehörig gefunden, doch nicht mit der Kiste verglichen. Nun wird die Ablieferung unmöglich und der vortheilhafte Handel wird vereitelt.

41) Diese Vorschrift setzt Vorsatz oder grobes Versehen voraus. Suarez war der Meinung, es lasse sich nicht denken, daß Jemand eine Handlung, deren Unterlassung er versprochen habe, begehe, ohne vorsätzlich gegen seine Verbindlichkeit zu handeln. Das gehört zur Beweisführung, und bestätigt eben die Voraussetzung. Im Rechtsprinzipe ist nichts geändert, dies ist in der speziellen Lehre von Verträgen über Handlungen ausdrücklich aufrecht erhalten. I, 11, §. 890. Zwischen beiden Stellen ist kein Widerspruch; denn unser §. 291 verordnet für den Fall des bloßen Versehens nicht das Gegentheil.

42) Die Natur der Konventionalstrafe haben alle Nachtheile, welche der Verpflichtete leiden, und alle Vortheile, welche er dem Berechtigten für den Fall der Auflösung oder Nichterfüllung des Vertrages gewähren soll und welche — abgesehen von dieser Stipulation — aus der bloßen Auflösung des Vertrages, oder einer nicht vertragsmäßig geleisteten Erfüllung des Vertrages, rechtlich nicht folgen. Es ist gleichgültig, ob das Wort „Strafe" gebraucht, und ob ausdrücklich im Vertrage gesagt ist, daß damit das Interesse vergütet werden solle, wenn es nur aus dem Vertrage von selbst folgt. Daher enthält z. B. die Verabredung in einem Erbpachtvertrage, daß, wenn der Kanon über gewisse Termine hinaus rückständig bleibe, nicht bloß der Vertrag aufgehoben sein und das Grundstück zurückgewährt werden solle, sondern auch die vom Erbpächter darauf errichteten Gebäude unentgeltlich zurückgegeben werden sollen, in ihrer letzten Bestimmung eine Konventionalstrafe und unterliegt als solche der Beschränkung, daß sie den doppelten Betrag des Interesses nicht übersteigen darf. Pr. v. 4. August 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 264). Vergl. das Pr. vom 11. Januar 1847. (Ulrich, Arch. XIII, 178.)

42a) (5. A.) Ist dieses Interesse in solcher Weise im Voraus bestimmt, so kann, wenn die Konventionalstrafe nicht gefordert werden kann (§. 307), überhaupt das Interesse wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung nicht mehr beansprucht werden. Erk. des Obertr. vom 8. Februar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 77).

Die Konventionalstrafe ist keine Accession, keine Erweiterung der Obligation aus innen heraus; der Anspruch auf dieselbe beruht auf einem mit dem Hauptvertrage in Verbindung gesetzten Vertrage, einem pactum adjectum, und auf dieser Grundlage entwickelt sich, namentlich wenn die den Anspruch bedingenden Thatsachen eingetreten sind, eine fällige und vom Fälligkeitstage an selbstständige und klagbare Forderung. Erk. dess. vom 21. Mai 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 221).

Konsens nicht qualificirt sind, für den einen oder den andern Theil beigefügte Nebenverabredung einer Konventionalstrafe, auf den Fall, daß der Konsens nicht ertheilt werden sollte, ist nichtig und unverbindlich[43]).

§. 293. Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höhern Interesse nicht statt[44]).

§. 294. Ist aber die Strafe nur auf eine gewisse Art des Schadens, welche aus der Nichterfüllung des Vertrages entsteht, gerichtet, so bleibt es in Ansehung anderer Arten und Fälle bei den Vorschriften der Gesetze.

§. 295. War die Strafe nur auf die Zögerung in der Erfüllung gesetzt, so ist der andere Theil bei seinem Anspruche auf dasjenige Interesse, welches aus der gänzlichen Nichterfüllung entsteht, an diese Bestimmung[45]) nicht gebunden.

§. 296. War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt, so darf in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrages unerfüllt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit oder dem Orte der Erfüllung gefehlt ist, nicht die Strafe, sondern nur das erweisliche Interesse geleistet werden.

§. 297. Zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen kann Niemand durch Verträge sich verpflichten.

§. 298. Ist eine Handlung zur Strafe gesetzt, welche selbst kein Gegenstand eines Vertrages sein kann, so ist die Verabredung in sofern sie die Sache betrifft[46]), nichtig.

§. 299. Wieviel bei Anlehnen Konventionalstrafe vorbedungen werden dürfe, ist gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 11, §. 825.)

§. 300. Bei andern Verträgen hängt zwar die Bestimmung der Strafe von der Verabredung der Parteien ab;

§. 301. Wird jedoch dadurch der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden

---

43) Die unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung auf den bezeichneten Fall kann zwar seit dem Edikte v. 9. Okt. 1807, §. 1 nicht mehr vorkommen, aber der Rechtsgrundsatz selbst ist darum nicht obsolet geworden, und es kommen noch ganz gleiche Fälle für seine Anwendung vor, z. B. die Veräußerung von Grundbesitz an Soldaten; die Veräußerung von Rittergütern an Dorfgemeinden.

44) Deswegen kann Strafe und Interesse niemals zusammen gefordert werden, außer dem Falle des §. 294. Vergl. I, 11, §. 826. (4. A.) Namentlich können Zögerungszinsen neben einer Konventionalstrafe nicht gefordert werden. Erk. des Obertr. vom 27. Januar 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IV, S. 303). — Vergl. unten, H.G.B. Art. 384, Abs. 3, und die Note 38 dazu.

(5. A.) Diese Bestimmung hebt den §. 298, Tit. 21, wonach der Rückstand zweier Pachttermine den Verpächter zur Aufkündigung vor Ablauf der bedungenen Zeit berechtigt, nicht auf, der Verpächter kann daher, wenn im Pachtvertrage eine Konventionalstrafe auf die Säumniß des Pächters mit der Pachtzahlung festgesetzt ist, sowohl dieses ihm aus der Säumniß entspringende Interesse fordern, als auch von der ihm in jenem §. 298 gesicherten Resolutivbedingung Gebrauch machen. Erk. des Obertr. vom 24. Oktober 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 25).

45) Daß nämlich ein höheres Interesse als die Strafe nicht gefordert werden kann. Allein das Interesse wegen gänzlicher Nichterfüllung absorbirt das Interesse wegen der Zögerung. Wird also das höhere Interesse wegen Nichterfüllung gefordert, so kann nicht außerdem auch noch die auf die Zögerung gesetzte Strafe gefordert werden. (4. A.) Jedoch besteht das Recht auf die Strafe, welches durch Zögerung erworben ist, neben den Ansprüchen, welche daraus entstehen, daß die verspätete Leistung außerdem vertragswidrig ist und vertragsmäßig nicht hergestellt werden kann. Erk. des Obertr. vom 27. November 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 334).

(4. A.) Ist für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung z. B. eines Kaufpreises eine Konventionalstrafe verabredet worden, so können bei eingetretenem Verzuge Verzugszinsen seit der Insinuation der Klage sowohl von der Hauptforderung, als auch von der Konventionalstrafe gefordert werden; die Verbotsgesetze über unerlaubten Zinswucher finden darauf keine Anwendung. Erk. des Obertr. v. 11. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 29).

46) Kann die Handlung, auf deren Unterlassung die Strafe gesetzt ist, nicht Gegenstand eines Vertrages sein, so ist der ganze Vertrag nichtig. Tit. 4, §§. 6 ff. Namentlich auch dann, wenn die Strafe auf die Unterlassung einer von Anfang an rechtlich, sittlich oder natürlich unmöglichen Leistung versprochen worden ist. L. 69 D. de verb. obl. (XLV, 1).

Interesses überstiegen, so muß der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen[47]).

§. 302. Ist das Interesse gar keiner[48]) Schätzung fähig, so hat es bei dem verabredeten Betrage der Strafe lediglich sein Bewenden.

§. 303. Ein Gleiches findet statt, wenn die Strafe zur Verhütung eines Verbrechens, woraus dem andern Theile ein besonderer Nachtheil entstehen könnte, verabredet worden.

§. 304. Auf den Fall der nicht gehörig entrichteten Strafe darf weder eine fernere Konventionalstrafe[49]) festgesetzt, noch Verzinsung vorbedungen[50]) werden.

---

47) Die Klage auf die ganze Strafe ist durch das Versprechen, ohne weitere Darlegung begründet. „Wenn der auf Zahlung einer Konventionalstrafe in Anspruch Genommene die Behauptung aufstellt, daß dieselbe den doppelten Betrag des Interesses des Berechtigten übersteige, so ist dies eine Einrede, welche der Erstere beweisen muß. Pl.-Beschl. (Pr. 1676) v. 23. Jan. 1846. (Entsch. Bd. XII, S. 3.) (4. A.) Die Einrede des Uebermaßes muß der Bekl. also immer besonders erheben und begründen. Erk. des Obertr. v. 15. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 32). (5. A.) Nach den Bestimmungen der §§. 299, 300 ist die Höhe der Konventionalstrafen bei anderen als Darlehnsverträgen lediglich der Verabredung der Parteien überlassen und nur durch die Bestimmung des §. 301 beschränkt; die Zinsbeschränkungen sind nun aber auch für Darlehne aufgehoben. Unten, Zusatz 22ª zu §. 304, Tit. 11. — Die Beschränkung auf das Duplum kommt her aus der Justinianischen Verordnung in der L. un. C. de sent. quae pro eo (VII, 47).

48) Das läßt sich bei verzögerter Zahlung einer Summe, z. B. von Kaufgeldern, nicht sagen. Entweder ist ein bestimmtes besonderes Interesse zu erweisen, oder nicht. In dem zweiten Falle ist der landübliche Zinsfuß maßgebend, dessen doppelten Betrag die Strafe nicht übersteigen darf. Auf diesen Betrag kann aber die Strafe hier auch gültig ausbedungen werden. Der §. 825, Tit. 11 steht nicht entgegen, er beschränkt sich auf Darlehn. §§. 299, 300. Entsch. Bd. XII, S. 10.

(5. A.) Ein Appellationsrichter war von der Ansicht ausgegangen, daß die Konventionalstrafe nur den Zweck habe, demjenigen, zu dessen Gunsten sie verabredet worden, zur Vergütung für den Nachtheil, den er aus der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages erleide, zu dienen. Diese Auffassung mißbilligt das Obertr. „Es ist nicht richtig" — sagt es —, „daß die Konventionalstrafe nur dazu bestimmt sei, für den entstehenden Nachtheil Ersatz zu leisten; dies ergiebt die Bestimmung des §. 308, nach welcher verabredet werden darf, daß die Strafe einem Dritten zufallen soll. Ihre Funktion ist, namentlich in den Fällen, wo sie neben der Leistung selbst und auf die Verzögerung der Leistung gesetzt ist, durchgängig auf die Bestärkung und eine Sicherung der vertraglichen Obliegenheit gerichtet. Kann aber auch dieses der Zweck sein, der durch die Verabredung einer Konventionalstrafe erreicht werden soll, so ergiebt sich daraus, daß der dieselbe betreffende Vertrag an seiner Gültigkeit nichts verliert, wenn auch ein Vermögensinteresse nicht sogleich augenscheinlich hervortritt. Denn es giebt auch Interessen mancherlei Art, die sich auf einen Geldwerth nach Zahlen nicht zurückführen lassen. Daraus folgt, daß der Kontrahent, dem die Strafe zufallen soll, bei eingetretener Bedingung, sie als ein ihm vertragsmäßig zustehendes Recht einklagen darf. Er hat dann weiter nichts zu beweisen, als daß die Bedingung, von welcher sein Recht abhängig, eingetreten ist. Der Beklagte hingegen kann, wenn das Interesse nach Geldwerth sich beweisen läßt, die Beschränkung, Ermäßigung auf den doppelten Betrag des festgestellten Interesses, fordern. Kann er aber einen solchen Beweis nicht führen, kann er das Interesse selbst nicht darlegen, und mithin auch nicht den Betrag desselben, so bleibt es bei dem Vertrage. Denn der Berechtigte, der sich auf sein vertragsmäßiges Recht beruft, hat einen weiteren Beweis und namentlich den, daß ihm irgend ein Vermögensnachtheil dadurch, daß der die Strafe Versprechende nicht erfüllt habe, entstanden sei, nicht zu liefern." Erk. vom 25. Oktober 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 96).

49) Im authentischen Texte steht „Kontraventionalstrafe". Der Druckfehler ist von selbst ersichtlich. Die in einem Vertrage stipulirte Wandelpön hat den Charakter einer Konventionalstrafe dergestalt, daß auf den Fall der nicht gehörig erfolgenden Entrichtung derselben keine fernere Konventionalstrafe oder Wandelpön vorbedungen werden darf. Pr. 2146, v. 7. Sept. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 93). Vergl. §§. 292 u. 312 d. T.

Die Bestimmung eines Vertrages, daß ein Kontrahent bei verzögerter Zahlung festgesetzter Beiträge, diese doppelt zu zahlen gehalten, im Falle der verweigerten Doppelzahlung aber aller Vertragsrechte verlustig sein solle (lex commissoria), enthält nicht die Festsetzung einer doppelten, sondern einer alternativen Konventionalstrafe und ist daher erlaubt. Pr. des Obertr. v. 11. Jan. 1847. (Ulrich, Archiv, Bd. XIII, S. 183.)

50) Nur Konventionalzinsen sind unerlaubt. Zögerungszinsen sind unverboten und verstehen sich von selbst. Denn die Strafe ist eine Vergeltung des Interesses nur bis zum Fälligkeitstage. Von da an erwächst ein neues Interesse, welches eben durch die gesetzliche Taxe der landüblichen Zinsen

§. 305. Wenn nicht ein Anderes verabredet worden, ist die Strafe verfallen, sobald der Verpflichtete sich einer Zögerung schuldig macht[50a]).

§. 306. Ist die Strafe einmal verwirkt[50b]), so kann sie durch spätere Erfüllung des Vertrages nicht mehr abgewendet werden.

§. 307. Hat jedoch der Andere[51]) die nachherige[52]) Erfüllung ganz oder zum Theil ohne Vorbehalt[53]) angenommen, so kann er auf die Konventionalstrafe[53a]) nicht ferner antragen[54]).

---

ausgeglichen wird. Daraus ergiebt sich zugleich der terminus a quo. Das Interesse ist durch Verabredung auf eine bestimmte Geldsumme festgestellt und bedarf daher nicht mehr der Feststellung durch Urtel. Deshalb findet der Grundsatz, daß in diesem Falle die Verzinsung vom Tage des Urtels anfange, hier nicht Anwendung. Vielmehr ist es damit wie mit jeder anderen Geldobligation. Ist der Verfalltag unbestimmt, so ist der Tag der Mahnung, und wenn ein solcher nicht nachgewiesen wird, der Tag der insinuirten Klage der terminus a quo für die Zögerungszinsen. I, 7, §. 222; I, 16, §. 71; Proz.-O. Tit. 7, §. 48.

50a) (4. A.) Unbedingt, ohne daß dem Schuldner dabei eine Verschuldung zur Last fällt. Vergl. L. 12 C. de contrahenda et committ. stipul. (VIII, 38). Denn die Strafe ist eine Forderung *unter einer Bedingung*, und bei der Bedingung wird auf Imputation nicht gesehen. I, 4, §. 100; L. 115, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1). Es bedarf daher auch keiner vorgängigen Mahnung. — L. 23 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7). Die exceptio doli schützt jedoch immer gegen die Verwirkung der Strafe, wie bei einer Bedingung.

50b) (4. A.) *Vor* der Verwirkung ist sie kein selbstständiger Gegenstand des Vermögensrechts und kann mithin nicht cedirt oder bei der Cession des Hauptrechts vorbehalten werden. S. unten Anm. 7, lit. g zu §. 382, Tit. 11.

51) Persönlich. Hat ihn ein Dritter beim Empfange, ohne besondere Spezialvollmacht, vertreten, so geht das bereits erworbene Recht auf die Konventionalstrafe durch das bloße Stillschweigen des Empfängers nicht verloren; weil der Dritte nicht ermächtigt war, bereits erworbene Rechte aufzugeben. Vergl. Pr. des Obertr. vom 11. Januar 1847. (Ulrich, Arch. Bd. XIII, S. 180.)

52) D. h. die später nachgeholte, rückständig verbliebene Leistung eines Termines, nicht die nachherige Leistung einer später wiederholt fällig werdenden Post. S. die folg. Anm. Abs. 2.

53) Der Vorbehalt muß sofort bei der Annahme ausgesprochen werden und mit dieser zusammenfallen; eine Frist zur Erklärung des Vorbehalts findet weder überhaupt, noch insbesondere, wie bei der Erklärung über die Annahme eines Versprechens bei der Eingehung eines Vertrags, statt. Pr. 1263b, v. 28. Jan. 1843. Vergl. Pr. v. 10. Dez. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 203). Dies gilt auch von dem Falle, wenn nach der Verabredung die dem Berechtigten bestellte Kaution bei verzögerter Erfüllung als Konventionalstrafe verfallen soll. Erk. des Obertr. vom 24. Sept. 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 265). — (5. A.) Den Beweis des bei der Annahme gemachten Vorbehaltes hat der Gläubiger, welcher trotz der späten Annahme die Konventionalstrafe fordert, zu führen. Erk. dess. vom 8. Februar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 75). Nimmt nicht der Gläubiger selbst, sondern ein Bevollmächtigter die Erfüllung stillschweigend an, so darf der §. 307 nicht zur Anwendung kommen, sofern nicht angenommen werden kann, daß der Bevollmächtigte ermächtigt gewesen, ein erworbenes Recht aufzugeben. Die Bestimmung des §. 307 findet nicht Anwendung, wo die Strafe verwirkt wird nicht durch ein Unterlassen (Zögern), sondern durch ein Thun, welches der Vereinbarung nach unterbleiben soll und daher verboten ist. Erk. dess. vom 21. Mai 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 222). — Ist aber, nachdem der Fall der Kontravention eingetreten, die Absicht oder der Vorbehalt, daß man die Strafe fordern wolle, z. B. bei der Mahnung an die Haupterfüllung, einmal ausdrücklich erklärt worden, so bedarf es zur Erhaltung des Anspruchs auf die Strafe nicht nothwendig der Wiederholung des Vorbehalts gegen den Kontravenienten bei der späteren Annahme der Erfüllung. Pr. des Obertr. v. 24. Okt. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 89). *Vor* Verfall der Strafe kann ein Vorbehalt mit rechtlicher Wirkung nicht gemacht werden. Pr. v. 10. Dez. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 203).

Entspringen aus einem lästigen Vertrage für einen Kontrahenten mehrere einzelne, jede für sich bestehende Leistungen, und ist nur die Nichterfüllung der einen oder der anderen derselben mit einer Konventionalstrafe bedroht worden, so geht durch die Annahme einer der einzelnen, nicht der Strafe unterworfenen Leistungen ohne Vorbehalt, das Recht auf Einforderung der in Betreff einer anderen Leistung bestimmten, schon verfallenen Konventionalstrafe nicht verloren. Pr. 1263a, vom 28. Jan. 1843. — Ebenso bei Verträgen über terminliche Leistungen begründet die, ohne Vorbehalt geschehene Annahme späterer Terminalzahlungen keinen Erlaß der durch Nichtleistung früherer Termine einmal verwirkten Konventionalstrafe. Denn jede fällig gewordene Stückleistung oder wiederkehrende Leistung ist, in Beziehung auf Verzug, als eine selbstständige Forderung zu betrachten. Pr. des Obertr. vom 4. August 1847, Nr. II. (Entsch. Bd. XV, S. 265.)

§. 308. Soll die verabredete Konventionalstrafe einem Dritten zufallen, so hat dieser nicht eher ein Recht, sie zu fordern, als bis der Kontrahent, zu dessen Sicherheit sie bedungen worden, auf deren Entrichtung anträgt.

§. 309. Der Dritte selbst kann also auf Erlegung der Konventionalstrafe, auch wenn er sie acceptirt hätte, niemals klagen[55]).

§. 310. In allen Fällen, wo auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann, findet auch die Forderung einer Konventionalstrafe nicht statt[56]).

---

Der Vorbehalt kann formlos, auch mündlich erklärt werden; denn der Mangel des Konsenses bei der Leistung hindert die Erlöschung der Obligation. S. Anm. 54.

53a) (4. A.) Oder auf Schadensersatz. Denn die Konventionalstrafe schließt jeden anderweitigen Entschädigungsanspruch aus. §. 293. Erk. des Obertr. v. 5. Febr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 131).

54) Aus dem Grunde, weil die Obligation durch Erfüllung getilgt, der Schuldner liberirt und das Klagerecht erloschen, wegen der Accessionen aber in der Regel keine besondere Klage stattfindet. Deshalb können z. B. auch Verzugszinsen (ebenfalls Accessionen, wie Interesse, Schäden und Kosten) nach geschehener Tilgung der Hauptobligation (d. h. Annahme der Erfüllung ohne Vorbehalt) nicht nachgefordert werden — s. Pl.-Beschluß (Pr. 1645) vom 12. Sept. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 3, 14) — vermöge des Grundsatzes §. 108 Einl. Vergl. Anm. 111 dazu. (4. A.) Das Obertr. ist sogar der Meinung, daß ein Vorbehalt wirkungslos sei. Es hat den Satz ausgesprochen, daß Verzugszinsen, wenn sie bei Einklagung des Kapitals nicht mitgefordert werden, auch auf Grund eines Vorbehalts in der Klage, selbst wenn in dem Urtel bestimmt sei, daß es bei diesem Vorbehalte zu belassen, durch eine neue Klage nicht nachgefordert werden könnten. Erk. vom 17. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 119; Entsch. Bd. XXVI, S. 270). Den Satz halte ich für sehr zweifelhaft, er hat die Fassung des §. 307 „ohne Vorbehalt" und den Schluß vom Gegentheile wider sich, und entspricht auch nicht den Rechtsanschauungen der Neuzeit, nach welchen ein solcher Vorbehalt die Konsummation der Klage hindert. Vergl. Seuffert im Archiv f. civil. Praxis, Bd. I, S. 232 ff.; Linde, Civilprozeß, §. 153, Note 7.

55) Der vorausgesetzte Fall findet sich in Hymmen III, 38 ff. Zwei geschiedene Eheleute machen mit einander aus, daß sie fortan einander nicht beleidigen wollen, bei 500 Thlr. Konventionalstrafe, welche an die Armenhäuser verfallen sollten. Die Frau, behauptend, sie sei brieflich beleidigt worden, klagt gegen den geschiedenen Mann auf Entrichtung der Strafe an die Armendirektion. Es erfolgt Verurtheilung in erster Instanz. Der Bekl. appellirt und in dieser Instanz versöhnen sich die Parteien; die Kl. nimmt die Klage zurück. Nun klagt die Armendirektion auf jene Strafe als ihr schon zuerkannt. Der Bekl. wurde in beiden Instanzen verurtheilt, weil es — nach G. R. — der Acceptation gar nicht bedurft habe. Das Obertr. änderte ab und wies die Klage zurück, weil — selbst wenn nach erfolgter Acceptation des Armendirektorii die Promissoria nicht hätte zurücktreten können — man doch bei erwähntem Versprechen tacitam conditionem voraussetzen müsse, daß der eine Theil auf des Anderen Bestrafung auch wirklich dringe und solche erstreite. Hieran mangele es in diesem Falle. — Daraus wird der Sinn der §§. 308 und 309 klar.

56) Weil überhaupt die Hauptobligation und die actio fehlen. S. die Anm. 54 und unten Anm. 5, Alin. 2 zu §. 871, Tit. 11. Deshalb ist z. B. die Konventionalstrafe, welche sich der Käufer einer Handlung, in einer nach Publikation des Gewerbesteuer-Edikts v. 2. Nov. 1810 geschlossenen Vertrage, für den Fall von dem Verkäufer hat versprechen lassen, daß derselbe sein Angelöbniß, an demselben Orte ein gewisses Gewerbe nicht betreiben zu wollen, brechen sollte, unklagbar. Pr. v. 17. Februar 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 197). Auch Erk. dess. vom 17. Januar 1854 (Arch. f. R. Bd. XI, S. 238). Der Vermiether ist nicht verpflichtet, eine für den Fall des Verkaufs und der Aufhebung des Miethsvertrags versprochene Entschädigung zu bezahlen, wenn der Miether selbst durch Nichterfüllung seiner kontraktlichen Verpflichtungen zur Kündigung Veranlassung gegeben hat. Erk. des Obertr. v. 29. Nov. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 171). — M. s. auch oben Anm. 1b zu §. 232 d. T. — (3. A.) Wenn aber der eine Kontrahent allein über den Gegenstand des Vertrages zu verfügen nicht ermächtigt ist und unter Uebernahme einer Konventionalstrafe sich verpflichtet, z. B. seiner mit ihm in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau, bei dem Verkaufe eines gemeinschaftlichen Grundstücks, einzustehen; so fällt dieser Vertrag nicht unter den Rechtsgrundsatz des §. 310, weil die Verbindlichkeit, für die Genehmhaltung des für einen Dritten vereinbarten Rechtsgeschäfts seitens des Geschäftsherrn, dem anderen Kontrahenten wegen dessen Interesses zu haften, rechtsgültig eingegangen werden kann, und daher für sich bestehen bleibt, wenn auch jenes Rechtsgeschäft wegen versagter Genehmigung nicht perfekt wird. Aus diesen Gründen ist der Satz, welchen das Obertr. in dem Erk. v. 5. Dez. 1856 dahin: daß die Forderung einer Konventionalstrafe stattfindet, welche in einem Vertrage, dessen Rechtsgültigkeit durch die Zustimmung einer dritten Person bedingt ist, für den Fall bestimmt worden, daß einer der Kontrahenten die übernommene Verpflichtung, die Zustimmung des

§. 311. Dagegen befreit die Erlegung der Strafe keineswegs von der Erfüllung des Vertrages[56a]).

§. 312. Ist aber ausdrücklich verabredet, daß der Verpflichtete durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit frei werden solle, so ist die Strafe für eine Wandelpön zu achten[56b]).

§. 313. Auch eine solche Strafe, wodurch das Interesse des andern Theils, auf den Fall, wenn der Vertrag ganz rückgängig werden sollte, bestimmt wird, ist, wenn nicht ein Anderes aus der Verabredung selbst hervorgeht, für eine Wandelpön anzusehen.

§. 314. Ist eine Wandelpön verabredet, so hat der Verpflichtete die Wahl: ob er den Vertrag erfüllen oder die Strafe entrichten wolle[57]).

§. 315. Wer mit der Erfüllung schon den Anfang gemacht hat, kann wider den Willen des Andern auch gegen Erlegung der Strafe nicht mehr zurücktreten.

§. 316. Wer sich einmal schriftlich[58]) erklärt hat, statt der Erfüllung des Vertrages, die Wandelpön zu erlegen, kann sich wider den Willen des Andern zur Erfüllung nicht mehr erbieten[58a]).

---

Dritten zu bewirken, nicht erfüllt, feststellt (Entsch. Bd. XXXIV, S. 61), anzuerkennen, wenngleich die Begründung nicht befriedigt. Der Fall steht gleich der Kontraktsschließung eines nicht gehörig legitimirten Stellvertreters, der dem anderen Kontrahenten, wegen dessen Interesses in dem Falle der Nichtgenehmigung, cautio ratam rem haberi bestellt. Die Sache ist juristisch einfach. Der Umstand, daß das Hauptgeschäft und das sekundäre Versicherungsgeschäft in derselben Urkunde verschrieben worden, ist einflußlos.

(5. A.) Aehnlich ist es mit einem außergewöhnlichen pactum de contrahendo über eine Wiesen- oder Ackerparzelle, worin für den Fall, daß die gerichtliche Abschließung des Kontrakts von einem Theile verweigert werden sollte, ausgemacht worden, daß dieser dem Anderen eine bestimmte Summe „für seine bei Besichtigung der Parzelle und sonstige gehabte Bemühungen, deren näherer Nachweis nicht verlangt werden solle", zu zahlen habe. Dieser Nebenvertrag ist eigentlich ein selbstständiges Paktum über Zusicherung einer Vergeltung für Mühwaltung, Zeitversäumniß und Auslagen, welche der andere Theil veranlaßt und demnächst durch seine Sinnesänderung vereitelt hat. Daß derselbe in demselben Schriftstück, welches das nichtige pactum de vendendo enthält, niedergeschrieben worden, beeinträchtigt seine selbstständige Gültigkeit nicht; der Zurücktretende muß die Leistung des Anderen nach der Uebereinkunft bezahlen. Vergl. Erk. des Obertr. vom 10. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 65).

56a) (4. A.) Ist allgemeine Regel. Vergl. L. 16 D. de transactionibus (II, 15).

56b) (4. A.) Oben Anm. 1a zu §. 232 d. Tit. Vergl. §. 310.

57) Wenn ein so Verpflichteter sich, weil er Analphabet sei, weigert, auf Grund der außergerichtlichen Punktation den förmlichen Kontrakt zu errichten, und hierauf die Gültigkeit des Vertrages aufrecht erhalten wird, so geht er durch jene Weigerung des Wahlrechts nicht verlustig. Pr. des Obertr. v. 16. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. IV, S. 161.) Denn ein Streit über die Rechtsgültigkeit des Vertrages kann nicht als die Wahl des Rücktritts angesehen werden.

(3. A.) Wenn die Erfüllung des Vertrages verweigert wird, so kann der andere Kontrahent ohne Weiteres lediglich auf Zahlung des Reugeldes klagen; er braucht nach solcher Weigerung seine Klage nicht alternativ auf Erfüllung des Vertrages oder auf Zahlung der Strafe zu richten, er kann es abwarten: ob der Beklagte sich zur Erfüllung erbieten werde. Erk. des Obertr. vom 12. Dez. 1856 (Entsch. B. XXXIV, S. 66). Erbietet der Verpflichtete sich excipiendo zur Erfüllung, so muß der Richterspruch zwar auf Erfüllung ausfallen, der Beklagte muß aber doch in die Kosten verurtheilt werden, wenn der Kläger nicht unberechtigten Widerspruch gegen das Erbieten erhebt.

(4. A.) Der Berechtigte muß also alternativ klagen, wenn der Andere nicht in rechtsverbindlicher Form gewählt hat. Hat aber der Berechtigte vor solcher Wahl sich selbst außer Stand gesetzt, seinerseits zu erfüllen, und kann er deshalb dem Anderen keine Wahl mehr stellen (§. 310) und sich zur Erfüllung nicht bereit erklären, z. B. wenn er das verkaufte Grundstück, nachdem der Andere nur mündlich die Wandelpön gewählt hatte, anderweit verkauft; so kann er auch die Wandelpön nicht fordern. Erk. des Obertr. vom 1. November 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 365).

58) Bei einem Vertrage, welcher selbst schriftlich verfaßt ist. Genügt die mündliche Form für die Eingehung des Vertrages, so genügt sie auch für die Aufhebung, nach den Gesetzen der Logik und des Rechts.

58a) (4. A.) In einem Falle, wo der eine Kontrahent mehr gefordert hatte als ausgemacht worden war und, weil der Andere dies nicht bewilligen wollte, erklärt hatte, daß er nun den Vertrag

§. 317. Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung eines Vertrages[59]). Gewährleistung.

§. 318. Bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Verabredungen ein Anderes mit sich bringen, muß ein Theil dem Andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, bedienen könne[60]).

---

nicht erfüllen werde, ist angenommen, daß aus der, die Wahl des einen Kontrahenten beschränkenden Bestimmung des §. 316 keineswegs folge, daß der Vertrag von ihm nicht auch auf andere Weise rückgängig gemacht werden könnte, er sich also, in Ermangelung einer solchen schriftlichen Erklärung, fortwährend zur Erfüllung erbieten könnte, und der andere Kontrahent jederzeit diese Erfüllung noch annehmen müßte, auch wenn der Vertrag von dem einen Kontrahenten schuldbarer Weise rückgängig gemacht war. In diesem Falle werde die Wandelpön nicht gefordert, weil sich dieser Kontrahent erklärt habe, die Wandelpön statt der Erfüllung des Vertrages zu erlegen, von welchem Falle der §. 316 spreche, sondern sie werde gefordert, weil derselbe aus kontraktswidrigen Gründen von dem Vertrage zurückgetreten sei. Es liege in der Natur der Sache, daß, nachdem der Vertrag auf solche Weise durch die Schuld und die Weigerung dieses Kontrahenten, den Vertrag zu erfüllen, einmal rückgängig geworden, der Andere nicht weiter gebunden und nicht verpflichtet sei, ein weiteres Erbieten desselben zur Erfüllung des Vertrages abzuwarten. Die Strafe sei vielmehr verfallen, weil der Kontrahent die Ausführung des Vertrages durch seine Renitenz vereitelt habe, und von diesem Falle sei in dem §. 316 nicht die Rede. Erk. des Obertr. v. 23. Nov. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 4).

59) Unter der „Gewährleistung" fassen die Verfasser des L.R. zwei verschiedene römische Institute zusammen. Das eine ist die Eviktionsleistung, d. h. die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer Ersatz zu leisten, wenn demselben wegen eines mangelhaften Rechts des Verkäufers die Sache durch einen Dritten abgestritten (evinzirt) wurde. Dieses Institut war ein civilrechtliches und ein Naturale des Kaufs. Das andere sind die ädilitischen Klagen wegen natürlicher Fehler der Sache. Kaufte Jemand eine fehlerhafte Sache, und zwar aus Irrthum, so war das ein nach Civilrecht ganz gültiger Handel, weil ein Irrthum in Nebendingen (unwesentlicher Irrthum) die Willenserklärung, den Kontrakt nicht unkräftig machte. Nach Civilrecht hatte ein solcher Käufer also nichts zu fordern. Ausnahmsweise kam ihm das Edikt der Aedilen zu Hülfe und gab ihm zwei Klagen, unter welchen er wählen durfte: die actio redhibitoria und die actio quanti minoris. Beide Institute hatten eine ungleiche Natur, verschiedene Zwecke, verschiedene Eigenheiten und Erfolge. Alles das findet sich im L.R. ohne alle Unterscheidung zusammengeworfen. Daher die Unbestimmtheiten, die Unsicherheit der Praxis und die Meinungsverschiedenheiten.

60) Diese allgemeine Fassung ist auf die Spezies der Eviktionsleistung mit berechnet. Denn wenn, sagt Suarez, ein Dritter einen Anspruch an die Sache hat, so wolle er entweder die Sache selbst ganz, oder zum Theil an sich nehmen, oder er behaupte, daß ihm ein jus in re zukomme. In dem ersten Falle bewirke der Anspruch, daß der Empfänger sich der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages nicht bedienen könne (§§. 320, 323), und in dem anderen klebe der Sache eine Last an, und davon disponire der §. 331. (Ges.-Revis.-Pens. XIV, Mot. zu §§. 300 ff., S. 123.)

Eine andere erhebliche Aenderung in dieser Lehre haben die Verf. des L.R. bewerkstelligt. Das R. R. kennt nämlich die Anwendung dieser Institute auf die Klasse der Verträge nicht, welche ein dauerndes Verhältniß begründen und durch eine lange Zeit durch Fortsetzung und Wiederholung der Leistung von beiden Seiten erfüllt werden, z. B. Pacht- und Miethskontrakte. Der Grund ist, weil dabei kein Bedürfniß zu solcher Anwendung, nicht einmal eine paßliche Gelegenheit ist. Denn was dadurch bei dem Kaufe erlangt werden soll, das wird bei diesen langdauernden Rechtsverhältnissen viel sicherer durch die rechtliche Natur des Vertrages selbst erreicht, indem der Eine vorzuleisten hat. Kann also der Vermiether die Sache dem Miether nicht gewähren, so hört damit von Stund an in soweit die Gegenleistung auf. Suarez ist a. a. O. der Meinung gewesen, daß die Eviktionsleistung auch auf Miethe und Pacht Anwendung finde. Darin folgt ihm die Praxis nach. Das Pr. des Obertr. 26, v. 15. Juli 1833 sagt:

a) Die Vorschrift §§. 318 und 345, wegen der bei lästigen Verträgen von dem einen Theile dem anderen zu leistenden Gewähr, beschränkt sich bei Erbpachts- und anderen ähnlichen Verträgen, wo Rechte und Pflichten des einen und anderen Theils fortdauernd sind, keineswegs auf die Zeit und den Zustand der Uebergabe, sondern dauert so lange an, als der Vertrag selbst; ausdrücklich vorbehaltene Eigenschaften müssen also während der ganzen Dauer der Erbpacht gewährt werden, daher auch

b) eine von dem Mangel erlangte Kenntniß, des §. 345 ungeachtet, selbst nach Ablauf der Jahresfrist, den Erbpächter nicht hindert, gegen den Erbverpächter den ihm durch die Abwesenheit der vorbedungenen Eigenschaft entstehenden Schaden für die Zukunft einzuklagen, weil sein Recht auf Gewährleistung, alljährlich sich erneuernd, nicht schon vor der Entstehnng durch Verjährung verloren gegangen sein konnte. (Entsch. Bd. IV, S. 29.)

c) Auch ist angenommen, daß ebenso beim Miethsvertrage die Dauer der Erfüllung desselben und insbesondere der §. 291, Tit. 21 festgesetzten Instandhaltungspflicht des Vermiethers eine stete Erneue-

a) wegen fehlender Eigenschaften überhaupt,

§. 319. Er muß die bei der Sache gewöhnlich vorausgesetzten, und die im Kontrakte ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften vertreten [61]).

§. 320. Liegt an dem Geber die Schuld [62]), daß sich der Empfänger der gegebenen Sache, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, nicht bedienen kann, so muß er den Empfänger schadlos halten. (§§. 285—291.)

§. 321. Ist die Unmöglichkeit, sich der Sache solchergestalt zu bedienen, durch eigenes auch nur geringes Versehen des Empfängers [63]) entstanden, so kann derselbe von dem Geber keine Vertretung fordern.

§. 322. Ein Gleiches findet in der Regel auch alsdann statt, wenn die Unmöglichkeit nach erfolgter Uebergabe durch einen bloßen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht entstanden ist. (Tit. 21) [64]).

b) wegen der Ansprüche eines Dritten,

§. 323. Auch wegen der Ansprüche eines Dritten auf die vermöge des Vertrages gegebene Sache muß der Geber nach §. 320 Vertretung leisten, insofern der Empfänger dadurch sich der Sache, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, zu bedienen gehindert wird.

§. 324. Nähere Bestimmungen darüber sind bei den verschiedenen Arten der Verträge festgesetzt.

c) wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften,

§. 325. Fehlen der Sache ausdrücklich vorbedungene [65]) Eigenschaften, so ist der Empfänger auf die Gewährung derselben anzutragen berechtigt [65a]).

---

rung des dem Miether zustehenden Rechts auf Gewährleistung zur Folge haben müsse. Erk. des Obertr. v. 5. Novbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 265).

Nicht das Recht auf Gewährleistung, sondern das Recht auf Erfüllung und immer fortgesetzte Vorleistung ist der Rechtsgrund, der die Verjährung der Eviktionsklage ausschließt. Auf die Gewährleistungsklage passen die Sätze nicht.

Unlogisch wird bei Landgilterpachten die Fortdauer der Wechselseitigkeit geleugnet.

61) Wenn nämlich die Uebergabe schon geschehen ist, sonst kann die Uebernahme verweigert werden. Pr. 1442, in der Anmerk. 39, III, 1, lit. e, zu §. 271 d. T.

62) Um den Geber zur Gewährleistung für verbunden zu achten, ist es genug, daß der Fehler schon vor der Uebergabe, ohne Schuld des Empfängers (§. 321), vorhanden gewesen. Daß der Geber an der Entstehung desselben schuld sei, wird nicht gefordert. Denn es ist hier in Frage: ob er die Sache in gehörigem Stande übergeben, d. h. die Erfüllung gehörig geleistet habe. Das hat er nicht, wenn er z. B. ein krankes Pferd übergiebt, wenn er auch die Krankheit nicht verursucht hat. Von einer Schuld des Gebers ist hier nur in sofern Rede, als es ihm beizumessen, daß er seiner Verbindlichkeit nicht gehörig Genüge geleistet.

(4. A.) Ueberhaupt, wenn Verschuldung bei Erfüllung eines Vertrages eintritt, ist immer die Kontraktsklage gegeben und diese verjährt nur in der ordentlichen Zeit. Wo also die Kontraktsklage stattfindet, kann von der für die ädilitischen Klagen vorgeschriebenen kürzeren Verjährung (§§. 343—345) keine Rede sein. Diese sind zur Erweiterung nur für die Fälle gegeben, wo dem Kontrahenten in Beziehung auf gewisse Mängel gar keine Verschuldung nachzuweisen ist, mithin die betr. Kontraktsklage nicht begründet werden kann. Man hat jedoch, in Folge der Verwischung oder vielmehr Verdunkelung der Spezifizirung der Klagen durch Unterdrückung der äußeren Klagenbezeichnung in der Gesetzgebung, die kurzen Verjährungen der ädilitischen Klagen auf die kontraktlichen Ansprüche aus den §§. 285—291 angewendet wissen wollen. Dem ist das Obertr. sehr rechtsverständig entgegen getreten. Vergl. Erk. v. 17. Februar 1859 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 268).

63) Vorausgesetzt ist hierbei noch immer, daß der Fehler vor der Uebergabe entstanden sei. §. 322. Man hat erörtert: wie es sich stelle, wenn zugleich die Schuld des Gebers konkurrire. Darüber läßt sich in der abstrakten Weise, in welcher die Vorschriften gehalten sind, gar nichts bestimmen; es kommt auf die Beschaffenheit des besonderen Falles an. Hätten z. B. der Verkäufer und der Käufer eines Pferdes gemeinschaftlich schuld an der Krankheit desselben und der Käufer übernimmt es doch, so kann er schwerlich Ersatz für den Fehler fordern.

64) §§. 211, 299 ff., 307, 383, 478; Tit. 18, §§. 762 ff.

65) Dann hat der Käufer die Kontraktsklage und nicht nöthig, auf die ädilitischen Hülfsklagen zurückzugehen: er kann mit der Kontraktsklage schlechthin das Versprochene erzwingen. Im Widerspruche mit diesen Grundsätzen hatte das Obertr. am 10. Juni 1843 den Satz ausgesprochen:

Die von dem Verkäufer eines Grundstücks übernommene Verpflichtung: dasselbe von den darauf eingetragenen Lasten zu befreien, begründet für den Käufer, im Falle der unterbleibenden Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er vom Vertrage nicht wieder abgehen will, nur die Befugniß,

§. 326. Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Uebernehmer von dem Kontrakte wieder abgehen[65a b]).

§. 327. Er muß alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat[66]), zurückgeben.

---

den Ersatz des Minderwerths, oder des vollen Werths des Kaufgegenstandes zu fordern. (Entsch. Bd. IX, S. 173.)

Die Unächtheit dieses Satzes habe ich in m. Beurtheilung der Entscheidungen, S. 619 ff. dargelegt, und ist später durch den Plenarbeschluß (Pr. 2342) vom 2. Febr. 1852 anerkannt, welcher folgenden Satz ausspricht:

> Ist der Verkäufer eines Grundstücks zu der von ihm im Kontrakte übernommenen Liberation des verkauften Grundstücks von den darauf eingetragenen Hypotheken verurtheilt, so kann der Käufer nicht genöthigt werden, statt der Bewirkung der Liberation oder der Liquidirung des Interesses, sich mit der Aufhebung des Vertrages oder dem Ersatze des Minderwerthes, eventuell des vollen Werthes des verkauften Gegenstandes zu begnügen.

Es wird anerkannt, daß die lex contractus erfüllt werden müsse. Selbst nach §§. 323—328 werde dem Geber nicht etwa die Befugniß ertheilt, sich von der kontraktlichen Verbindlichkeit durch Rücknahme der Sache oder durch Preisminderung loszusagen, vielmehr seien es die Befugnisse des Nehmers, welche die §§. aussprechen, wenn der Geber nicht gewähren könne. Die Möglichkeit aber sei in dem Falle, wo eine Hypothek weggeschafft werden solle, durch den erforderlichen Geldaufwand gegeben, da Zahlung auch von einem Dritten angenommen werden müsse. (J.M.Bl. 1852, S. 82; Entsch. Bd. XXII, S. 145.)

65a) (4. A.) „Berechtigt" d. h., wie in der vorhergehenden Anm. 65 angedeutet worden, der Empfänger ist nicht bloß auf die ädilitischen Klagen angewiesen, sondern er kann auch mit der Kontraktsklage die gehörige Erfüllung erzwingen. Diese Klage setzt also voraus, daß der Vertrag in einer bestimmten Beziehung durch die Gewährung der Sache noch nicht erfüllt worden ist, daß an der Erfüllung noch Etwas fehlt, und daß das Fehlende noch nachgeleistet werden kann. Bei einem verdungenen Werke z. B. ist dies der Fall, wenn der Mangel an dessen Vollendung liegt, wenn also etwas an der Vollendung des Werkes, als eines Ganzen, fehlt. Anders steht es, wenn das Werk als ein fertiges und vollendetes Ganzes übergeben und angenommen ist, und nun sich hinterher nicht Mängel in der Vollendung, sondern Mängel an dem vollendeten Ganzen (Totalität), an der Konstruktion, dem Verhältnisse der einzelnen Theile zum Ganzen u. s. w. zeigen. In einem solchen Falle handelt es sich nicht mehr um die Erfüllung, sondern um die Fehlerhaftigkeit des Erfüllungsobjekts. Hier führt die Kontraktsklage auf Erfüllung nicht zum Ziele, der Empfänger ist mithin auch nicht etwa verpflichtet, dieselbe gleichsam wie eine Präjudizialklage zu gebrauchen, um dadurch festzustellen, daß der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren könne (§. 326), um so berechtigt zu werden, von den ädilitischen Klagen Gebrauch zu machen; denn er ist nicht verpflichtet, das unbrauchbare Erfüllungsobjekt zur Umarbeitung zurückzugeben, und demnächst ein anderes dafür anzunehmen, lange nachdem die Erfüllungszeit vergangen ist; vielmehr muß er, weil der Geber bereits erfüllt hat, und sich nicht in der Lage befindet, den Vertrag noch erfüllen zu können, berechtigt sein, eine der ädilitischen Klagen ohne Weiteres anzuwenden. Sehr gut ausgeführt in dem Erk. des Obertr. vom 24. April 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 188).

65b) (5. A.) Der §. 330 findet keine Anwendung, wenn eine vorbedungene Eigenschaft fehlt, es kommt dann nicht darauf an, ob der Fehler erkennbar war oder nicht. Erk. des Obertr. v. 25. Febr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 46). Der Rücktritt ist jedoch nicht gestattet, wenn der Lauf der Natur den gerügten Mangel ergänzt hat. Erk. des Obertr. vom 16. Juni 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 78).

66) D. h. wesentlich unverändert; verbessert oder verschlechtert kann sie sein. §. 337. S. Pr. 2189 in der Anm. 43 zu §. 157 d. T., und Pr. 2152 in der Anm. 45 zu §. 159 d. T.

(4. A.) Hierdurch sind die römischen Grundsätze de mortuo redhibendo (L. 47, §. 1, L. 48 pr., L. 38, §. 3 D. de aedil. edicto XXI, 1) nicht geändert. Vergl. unten Tit. 11, §. 203 und Erk. des Obertr. v. 14. Februar 1858, sowie Erk. v. 23. Juni 1859 und 20. März 1860 (in der Anm. 49 zu §. 206, Tit. 11 u. Anm. 46 zu §. 202 ebd.).

(4. A.) Die Bestimmung des §. 327 kommt dann nicht in Anwendung, wenn die Sache aus einer schon vor der Uebergabe vorhanden gewesenen Ursache verändert ist. Erk. des Obertr. v. 26. Septbr. 1849 (Archiv f. Rechtsf. Bd. I, S. 46). Dies ist der Grund des Prinzips de mortuo redhibendo. Daher muß der Verkäufer von Saatroggen, für dessen Keimfähigkeit er einstehen muß, wenngleich er ihren Mangel nicht gekannt haben mag, auch ihn zu entdecken nicht befähigt war, das Kaufgeld unbedingt, ungeachtet der Käufer den ausgesäeten Roggen als Roggen wiederzugeben nicht im Stande ist, zurückgeben, wenn der Roggen wegen Keimunfähigkeit nicht aufgegangen ist. Erk. des Obertr. vom 12. Juni 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 287).

(4. A.) Bei einer Quantität, z. B. nach Pfunden verkauften fungiblen Sache, macht die Verfü-

§. 328. Kann oder will er dieses nicht, so hat es bei dem Kontrakte sein Bewenden[66a]), und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist[67]).

d) wegen fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften,

§. 329. Fehlen der Sache solche Eigenschaften, die dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden[68]), so finden die Vorschriften des vierten Titels §§. 81, 82 Anwendung[69]).

§. 330. Ist also der Fehler in die Augen fallend[70]) und der Empfänger hat die

---

gung des Käufers über einen geringen Theil der Quantität derselben die bei der Gewährleistung dem Empfänger nach §. 327 obliegende Rückgabe der Sache in dem Stande, wie er sie erhalten hat, nicht unmöglich, insofern der Empfänger erbötig ist, die verbrauchte Quantität zu ersetzen. Erk. des Obertr. v. 28. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 192).

66a) (4. A.) Er ist mithin, nachdem er dem Geber gegenüber einmal, wenn auch formlos, doch ausdrücklich erklärt hat, daß er die Sache demselben gegen Rückempfang des Preises nicht zurückgeben wolle, der Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage für immer verlustig. Erk. d. Obertr. vom 19. Mai 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 201).

67) Der Anspruch eines Erbpächters an den Erbverpächter auf Vergütung des Minderwerths des Erbpachtsrechts wegen einer fehlenden ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft, kann nur auf Minderung oder Erlaß des Erbpachtszinses gerichtet werden. Pr. 629, v. 16. März 1839. Der Grundsatz gilt auch bei Zeitpachtungen, kann aber nicht aus der Lehre von der Gewährleistung, sondern nur aus der von der Vorleistung bei Pachtungen und Miethen abgeleitet werden. Vergl. oben die Anm. 60 a. E.

(3. A.) Der Empfänger hat unter der Voraussetzung, daß er die Sache in dem empfangenen Zustande zurückzugeben vermag, die Wahl zwischen der Wandelungsklage und der Minderungsklage. Beide Klagen haben ein gemeinsames Fundament: den Vertrag und den Fehler; die Wahl und die Bedingung der Wahl gehören nicht zur Begründung des Klagerechts. Wenn daher die Wandelungsklage rechtskräftig zurückgewiesen wird, nicht deshalb, weil es an der Bedingung der Wahl fehlt, sondern deshalb, weil das gemeinsame Erforderniß, nämlich der gerügte Fehler, nicht vorhanden oder nicht erwiesen ist; so kann nicht mehr zur Minderungsklage gegriffen werden, weil über deren Grund bereits rechtskräftig geurtheilt ist. Deshalb findet gegen die Minderungsklage, in dem besprochenen Falle, die exceptio rei judicatae statt. Erk. des Obertr. vom 17. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 73).

68) Z. B. die Eigenschaft der Kursfähigkeit eines auf den Inhaber lautenden öffentlichen Geldpapiers. Pr. 1938, vom 28. Oktober 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 114). (4. A.) Oder wenn ein Banquier ein aufgebotenes und demnächst mortifizirtes Werthpapier an einen, der nicht Banquier ist, verkauft. (5. A. Dies bezieht sich auf den Verkauf eines aufgebotenen Papiers in der Zeit zwischen dem öffentlichen Aufrufe und dem Amortisationsbeschlusse: in dieser Zeit ist das noch existente Papier als ein fehlerhaftes anzusehen. Wird aber ein bereits amortisirtes Papier verkauft, so greifen die Grundsätze über Gewährleistung wegen Mangels vorausgesetzter Eigenschaften und die für daraus entstehende Ansprüche vorgeschriebenen kurzen Verjährungsfristen [§§. 343, 344] nicht Platz, da es sich dann nicht sowohl um den Mangel einer solchen Eigenschaft des Papiers, sondern darum handelt, daß die Sache gar nicht mehr existirte, also um das Vorhandensein des Objekts selbst. Der Käufer hat das, was er kaufte — eine existente Aktie — noch nicht erhalten und der Anspruch auf Aushändigung einer solchen ist jenen kurzen Verjährungsfristen nicht unterworfen. Erk. des Obertr. vom 21. Juni 1864, Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 78.) Ist der Käufer selbst Banquier, so kann er wegen seines eigenen Versehens, außer dem Falle des Dolus, keinen Anspruch machen. Dagegen ist der andere Abweisungsgrund des Obertr. in dem Erk. vom 17. März 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 39), weil der Käufer die fehlerhaft befundene Sache, obschon ohne eigenes Verschulden, nicht mehr in dem früheren Stande, nachdem die Papiere amortisirt, zurückgewähren kann, hier eben sowenig haltbar, wie bei dem Kaufe eines Thiers, welches an den Folgen einer bei der Uebergabe nicht sichtbaren Krankheit stirbt. Vergl. die Anm. 66, Abs. 2, und die Anm. 65a.

69) Dies ist der eigentliche Fall der ädilitischen Hülfsklagen, da die Kontraktsklage bei Irrthümern in Nebendingen nicht hilft. S. oben Anm. 59 zu §. 317. Vergl. unten Anm. 37a zu §. 196, Tit. 11.

70) Das ist in jedem einzelnen Falle besonders zu befinden. (4. A.) Wird in dem Umstande, daß der Käufer nicht Sachverständiger sei, Veranlassung gefunden, ihm ein Versehen nicht beizumessen, so ist dies nicht zu mißbilligen. Erk. des Obertr. v. 17. Febr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 319). (5. A.) Gemeinrechtlich werden die Klagen aus dem ädilitischen Edikte nach der richtigen Ansicht alsdann nicht ausgeschlossen, wenn der vorhandene Fehler auch nur ein in der Art verborgener, daß derselbe bloß dem Auge des Kenners sichtbar ist. Erk. dess. vom 15. April 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 299). Daß im preußischen Rechte ein anderer Grundsatz nicht gilt, ist nicht zweifelhaft. Erk. dess. vom 25. Februar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 47).

Sache, ohne denselben ausdrücklich[71]) zu rügen, übernommen[72]), so kann er weder vom Vertrage zurücktreten, noch Vergütung fordern.

§. 331. Ist aber der Fehler nicht in die Augen fallend[72a]), so findet alles[73]) statt, was von dem Mangel einer solchen Eigenschaft, deren Gewährung ausdrücklich versprochen worden, §§. 325—328 vorgeschrieben ist.

§. 332. Wenn nicht erhellet, daß der Fehler der Sache schon bei der Uebernehmung derselben vorhanden gewesen, so wird angenommen, daß er erst nach dieser Zeit entstanden sei.

§. 333. Wegen solcher Lasten, die einer Sache derselben Art gewöhnlich anklehen[74]), findet in der Regel keine Vertretung statt. e) wegen der Sache anklebender Lasten,

§. 334. Ist jedoch die Freiheit von einer gewissen Last ausdrücklich vorbedungen worden, und es findet sich, daß die Sache dennoch damit behaftet sei[75]), so gelten alle Vorschriften, welche für den Fall, wenn eine ausdrücklich zu gewähren versprochene Eigenschaft ermangelt, §§. 325—328 ertheilt worden.

§. 335. Ist die Sache mit einer für Sachen derselben Art ungewöhnlichen Last behaftet, so finden die wegen des Mangels einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft §§. 329, 330, 331 gegebenen Vorschriften Anwendung.

§. 336. Nähere Bestimmungen deshalb sind bei den verschiedenen Arten der Verträge festgesetzt.

§. 337. In allen Fällen, wo der Uebernehmer einer Sache dieselbe wegen fehlerhafter Beschaffenheit zurückgiebt, ist er wegen der genossenen Früchte, wegen Verbesserungen und Verschlimmerungen, auch sonst überall, als ein redlicher Besitzer anzusehen[75a]). (Tit. 7, §. 188 sqq.)

---

71) Die ganze Bestimmung hat nur für den Fall praktische Bedeutung, wenn die Uebergabe zu einer späteren Zeit, als der Handel abgeschlossen ist, erfolgt. Will der Käufer einen Fehler bei dem Handel an der gegenwärtigen Sache rügen, so kann die Bestimmung schon deshalb nicht Anwendung finden, weil dann die Beschaffenheit der Sache mit besprochen worden, und mit Rücksicht auf dieselbe der Handel geschlossen worden ist.

Erfolgt die Uebergabe zu einer späteren Zeit, und der Uebernehmer bemerkt den Fehler, so genügt es zur Erhaltung seines Rechts, auf denselben hinzuweisen und seine Rechte sich vorzubehalten. Die schriftliche Form ist kein Erforderniß, weil sie nicht vorgeschrieben und weil hier auch nur von einer Thatsache Rede ist, nicht von einem Rechtsgeschäfte.

72) Hat der Käufer die mit einem in die Augen fallenden Fehler behaftete Waare von dem abwesenden Verkäufer bloß durch einen Fuhrmann abholen lassen, so kann ihm, wenn er wegen jenes Fehlers Gewährleistung fordert, nicht entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Waare an den Fuhrmann gerügt worden sei. Pr. des Obertr. 1815, v. 18. Dezbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 186). Aber er muß die Fehlerhaftigkeit der Sache sogleich nach deren Eintreffen rügen, sonst ist die Uebernahme der fehlerhaften Sache im Sinne des §. 330 geschehen. (4. A.) Auch dann ist der §. 330 nicht anwendbar, wenn die übersandte Waare verpackt und der Fehler nicht schon an der Verpackung äußerlich erkennbar war. Erk. des Obertr. v. 16. Septbr. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 15).

72a) (4. A.) Bei vorbedungenen Eigenschaften ist es unerheblich, daß der Fehler in die Augen fallend ist. §. 326 und die Anm. 65b dazu.

73) Es muß also auch die Kontraktsklage, im Sinne des Röm. R., auf Hebung des Mangels, wenn sie möglich, stattfinden. Vergl. Anm. 65 und 59.

74) Vergl. Tit. 11, §§. 175—191.

75) Verschieden von diesem Falle ist der, wenn beide Theile das Vorhandensein einer gewissen Last, z. B. einer Hypothek, wissen und der Verkäufer die Verpflichtung übernimmt, die Sache von dieser Last zu befreien: hier sind nicht zunächst die Vorschriften §§. 325—328 bestimmend, vielmehr kann schlechthin Erfüllung des Vertrages gefordert werden. Anm. 65.

75a) (4. A.) Welcher Ort in einem solchen Falle der Ort der Rückzahlung und beziehentlich der Rücknahme sei, ist in einem Falle der actio redhibitoria von dem Appellationsgerichte einerseits und dem Obertribunale andererseits wiedersprechend beantwortet. Jemand aus der Neumark hatte von einem Roßtäuscher aus Stargard auf dem Markte zu Schönfließ ein Pferd gekauft. Dieses erwies sich als dämpfig. Der Käufer forderte den Verkäufer zur Zurücknahme des Pferdes bei ihm

§. 338. Doch darf auch ein solcher Uebernehmer sich mit dem Schaden des Andern nicht bereichern.

f) bei einem Inbegriff von Sachen.

§. 339. Ist der Vertrag über einen Inbegriff von Sachen geschlossen worden, so kann wegen der Fehler einzelner Stücke davon nicht wieder abgegangen werden[76]).

§. 340. Ist aber ein oder anderes einzelnes Stück dergestalt fehlerhaft, daß dadurch der vertragsmäßige Gebrauch eines solchen Stückes gänzlich verhindert wird, so kann dafür Schadloshaltung gefordert werden.

§. 341. Sind die Fehler einzelner Stücke so beschaffen, daß dadurch der vertragsmäßige Gebrauch des ganzen Inbegriffs vereitelt wird, so kann der Uebernehmer von dem Vertrage wieder abgehen.

§. 342. Ist zwar über mehrere Stücke zusammen, aber nicht ausdrücklich als

---

und Rückzahlung des Kaufgeldes auf. Dieser holte das Pferd nicht ab und deshalb forderte der Käufer die Erstattung der Unterhaltskosten. Diese sprach ihm der Appellationsrichter auf Grund dieser Bestimmung in Verbindung mit dem §. 220, Tit. 7: „Die zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache nothwendigen Kosten muß der Eigenthümer tragen", zu, weil er diese Bestimmung so verstand, daß der Ort des Käufers der Ort der Uebergabe sei und daher der Verkäufer sich das Pferd auf seine Kosten abholen müsse. Das Obertrib. erklärte dieses für eine Nichtigkeit und meinte, die Rücknahme des Pferdes brauche, nach §. 27, Tit. 16, nur an dem Wohnorte des Verkäufers zu geschehen. Erk. v. 6. Januar 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S 107). Das Appellationsgericht hatte jedoch ganz richtig geurtheilt, und die Begründung der Meinung des Obertrib. ist nicht triftig. Erstlich meint dasselbe, der §. 220, Tit. 7 sei überhaupt unanwendbar, weil dort vorausgesetzt sei, daß der Eigenthümer die Herausgabe der Sache von dem redlichen Inhaber als eine Pflicht, die diesem an sich obliege, die er jedoch anders als auf das Begehren des Eigenthümers nicht zu erfüllen habe, wirklich verlange. Abgesehen davon, daß dieser haarspaltende Unterschied in unserem §. 337 nicht gemacht wird, sondern der §. 337 ganz allgemein durch die Worte „auch sonst überall" auf die §§. 188 ff., mithin auch auf den §. 220, Tit. 7 verweiset; so ist ja das Postulat wirklich vorhanden, wenn nur der Zweck und eigentliche Gegenstand der actio redhibitoria gehörig aufgefaßt wird. Dieser besteht hauptsächlich gar nicht in der Nöthigung zur Zurücknahme der Sache: darauf geht die actio nicht; vielmehr wird sie gegeben auf Zurückzahlung des Kaufgeldes, wenn der Verkäufer die Aufhebung des Geschäfts nicht hat eingehen mögen; der Verkäufer wird schlechthin zur Rückzahlung des Kaufpreises verurtheilt. So ist es nach der Quelle, aus welcher das A. L.R. diese actio unverändert geschöpft hat. L. 45 D. de aedil. edicto (XXI, 1). Daß der Verkäufer die fehlerhafte Sache wirklich zurücknehme, dieses zu fordern hat der Käufer gar kein Recht, aber er ist verpflichtet, sie *zurückzugeben*, wenn dies der Verkäufer *verlangt*, mithin ist der Käufer in Beziehung auf die Zurückgabe ein eigentlich Verpflichteter und Jener der Berechtigte. L. 31; L. 29, §. 3; L. 25, §. 10; L. 26 D. eod. Die postulirte Voraussetzung ist also in der That vorhanden. Zweitens sagt das Obertr., es sei damit, daß der §. 220, Tit. 7 bestimme, daß der Verkäufer die zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache nothwendigen Kosten tragen muß, die Verpflichtung des Eigenthümers zur Abholung der Sache noch nicht ausgesprochen. Dies ist der Ausdruck einer unrichtigen Auffassung der Bestimmung. Die Frage nach dem Orte der Uebergabe ist eine Geldfrage. Wenn eine Sache an eine gewisse Person überliefert werden soll, so müssen Sache und Person räumlich zusammengebracht werden und diese Zusammenbringung kostet Geld. Ist nun gesetzlich bestimmt, daß an dem Orte, wo die Sache sich befindet, die Kosten der Uebergabe von dem Empfänger getragen werden sollen, so ist damit der Ort der Uebergabe bestimmt, und es braucht nicht noch beigefügt zu werden, daß der Empfänger sich solche abholen müsse; das kann auch verständiger Weise gesetzgeberisch nicht befohlen werden, der Berechtigte kann die Sache aufgeben. Wenn er sie aber haben will, so muß er kommen oder Jemand schicken. — Hiermit ist die vermeintliche Entkräftung der triftigen Gründe des Appellationsgerichts abgelehnt. Es bleibt noch der eigenthümliche Entscheidungsgrund des Obertr. übrig. Dies ist der §. 27, Tit. 16, welcher lautet: „Wenn weder u. s. w. die Erfüllung bestimmen: so muß dieselbe da, wo der *Verpflichtete* sich aufhält, geleistet und angenommen werden." Nun meint das Obertr., daß hiernach dem Verkäufer (dem Geber) die Sache an seinen Wohnort geliefert werden müsse, weil er der Verpflichtete, nämlich verpflichtet zur Zurücknahme, sei. Das ist eine Personenverwechselung. Wie vorhin dargelegt, ist der *Verpflichtete* zur Zurückgabe nicht der Verkäufer, sondern der Käufer. Der §. 27 ist mithin eine ganz eigentliche Bekräftigung der Meinung des Appellationsgerichts. — Wegen der Fütterungskosten s. m. unten, Anm. 16 cc zu §. 212, Tit. 7, u. Anm. 16 d zu §. 216 ebd.

76) Hierher gehören noch die §§. 173, 174, Tit. 11. Vergl. die Kardinalstellen des Röm. R.: L. 34 pr. §. 1; L. 35, L. 36, L. 38 pr. §§. 12, 13, 14, L. 39, 40, L. 59 pr. §. 1; L. 64 pr. und §. 1 D. de aedil. edicto (XXI, 1); L. 72 D. de eviction. (XXI, 2). Näheres über die §§. 339 flg. s. m. in meiner Anleitung zur Prozeßpraxis Th. I, §. 111. Betreffs der Handelsgeschäfte s. m. den Art. 359 des Handels-G.B.

über einen Inbegriff, kontrahirt worden, so finden in Ansehung jedes einzelnen Stückes die obigen Vorschriften §. 317 sqq. Anwendung[77]).

Zeit, binnen welcher die Gewährleistung gefordert werden muß.

§ 343. Die Rechte, welche dem Uebernehmer einer Sache wegen natürlicher[78]) die Sache selbst betreffender Fehler zukommen, muß derselbe, bei Landgütern[79]) innerhalb Dreier Jahre, bei städtischen Grundstücken innerhalb Eines Jahres, bei beweglichen Sachen aber innerhalb Sechs Monate, nach dem Empfang der Sache ausüben[79a]).

---

77) Nicht das ganze Kaufgeschäft wird rückgängig, sondern nur in Ansehung des fehlerhaften Stücks findet die Minderungsklage und auch die Wandelklage statt. §. 326. Vergl. L. 38. §. 14 D. de aedil. edicto (XXI, 1). (4. A.) „Das Recht des Käufers beschränkt sich nicht lediglich darauf, den Minderwerth des fehlerhaften Stücks erstattet zu verlangen, sondern involvirt auch das Recht des Käufers, die Zurücknahme des fehlerhaften Pferdes, da der Verkäufer die Gesundheit desselben nicht zu gewähren vermag, und die Erstattung des Kaufwerths, den es gehabt haben würde, wenn es diesen Fehler nicht gehabt hätte (vorausgesetzt ist der Kauf von zwei Pferden zusammen für Einen Preis), zu verlangen." Erk. des Obertr. vom 11. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 91). [Das Obertr. hat in einem Falle, wo zwei Pferde für einen gemeinschaftlich festgesetzten Preis gekauft worden waren und das eine sich als fehlerhaft erwies, nur auf Schadloshaltung erkannt. Pr. vom 2. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. IV, S. 122.) Vergl. unten, Anm. 16 zu §. 178, Tit 11.] Das Gleiche gilt bei s. g. Distancekäufen über Waarenmengen im Falle fehlerhafter Qualität eines Theils der Waaren. Vergl. §. 91, Th. I m. Anleitung zur Prozeßpraxis. Für dergleichen Handelskaufgeschäfte gilt seit dem 1. März 1861 der Art. 359 des Handels-G.B.

78) Damit werden die physischen Fehler oder die Fälle des ädilitischen Edikts gemeint, wogegen der folgende §. 344 sich auf die juristischen Mängel oder die Fälle der eigentlichen Eviktionsleistung bezieht. Die Gründe im Recht der Forderungen Bd. II, §. 126, 2te Ausg. Bd. II, S. 443 ff. Auch das Obertr. hat sich mehrfach in diesem Sinne ausgesprochen. Entsch. Bd. I, S. 128 u. 134; Jur. Wochenschr. 1838, S. 200 und 1830, S. 463. — (5. A.) Die Größe (Quantität) bei Sachen, welche als ein Ganzes Gegenstand des Vertrages sind, z. B. ein Landgut von 1200 M., ist eine Eigenschaft der Sache, ein Mangel daran also ein natürlicher Fehler, wegen dessen der Anspruch der kurzen Verjährung aus §. 343 unterliegt. Erk. des Obertr. vom 6. Oktober 1865 (Entsch. Bd. LV, S. 24).

(4. A.) Die Bestimmung bezieht sich auf bereits zur Zeit des Empfanges der Sache vorhandene Fehler, nicht auf Reparaturen, zu welchen sich der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Zeit kontraktlich verpflichtet hat. Erk. des Obertr. v. 11. Juni 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 368).

79) Ein Landgut ist ein Inbegriff mehrerer zum Zwecke des Ackerbaues und der Viehzucht vereinigten, beweglichen und unbeweglichen Sachen. I, 21, §§. 151, 152. Die Eintheilung der Grundstücke ist hier nicht erschöpfend: die Absicht ist gewesen, zwischen Grundstücken zu unterscheiden, welche Landgüter sind, und solchen, welche keine Landgüter sind, außerdem würden einzelne Aecker, Wiesen, Gärten, ländliche Gebäude und dergl. unter keine Regel fallen. Daß für Landgüter eine dreijährige Frist gelassen ist, hängt mit der damals üblichen Dreifelderwirthschaft zusammen, bei welcher man in drei Jahren mit der Beschaffenheit des Gutes näher bekannt werden muß.

79a) (5. A.) Das Obertr. hat folgende Grundsätze angenommen: a) Die kürzere Verjährung des §. 343 ist nur in Betreff der Rechte eingeführt worden, welche dem Uebernehmer in den vorhergehenden §§. 325 — 342 eingeräumt worden, also rücksichtlich der vorbedungenen Eigenschaften die redhibitoria und quanti minoris. (Die Konstruktion giebt keinen klaren Sinn. Die beiden Klagen haben nach R.R. nicht vorbedungene Eigenschaften, sondern stillschweigend vorausgesetzte zur Grundlage; wegen der ersteren hat der Uebernehmer die Kontraktsklage; wegen der anderen sind eben die beiden ädilitischen Hülfsklagen gegeben, weil die Kontraktsklage nicht anwendbar ist, eben wegen Mangels einer kontraktlichen Bestimmung.) b) Wer die Frist innehaltend seinen Redhibitions-Anspruch geltend gemacht und sogar erstritten hat, unterliegt nunmehr den Nachtheilen des §. 343 nicht mehr, insofern es sich von der Entschädigungsforderung handelt, die nur als ein Ausfluß des bereits erstrittenen Redhibitionsrechtes anzusehen ist. c) Für diesen sekundären, auf der Grundlage des früheren Prozesses beruhenden Entschädigungsanspruch kann nur die gewöhnliche Verjährung gelten. Somit passen rücksichtlich des angebrachtermaßen abgewiesenen Entschädigungsanspruches die Grundsätze von der Unterbrechung einer Verjährung nicht mit der Folge, daß seit dem Judikate etwa nur die neue sechsmonatliche Frist eintrete. Erk. vom 17. November 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 97). — Vergl. auch oben, Anm. 68 zu §. 329.

Nur mit der redhibitorischen Klage ist der Anspruch auf Ersatz derjenigen Kosten, welche von dem Empfänger auf die zurückzugebende Sache nothwendig oder nützlich verwandt worden, also namentlich der Fütterungskosten, geltend zu machen, ebenso auch der Ersatz desjenigen Schadens, welcher dem Empfänger durch die fehlerhafte Sache selbst, ohne ein besonderes Verschulden des Gebers, verursacht

§. 344. Wegen solcher Mängel hingegen, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften[80]), Befugnisse[81]) oder Lasten[82]) derselben betreffen, muß der Uebernehmer seine Rechte bei Landgütern innerhalb Eines Jahres, bei städtischen Grundstücken innerhalb Sechs, und bei beweglichen Sachen innerhalb Dreier Monate, nach der von dem Mangel[83]) erlangten Kenntniß, geltend machen.

§. 345. Läßt der Uebernehmer diese Fristen verstreichen, ohne die Klage[83a]) wider den Geber gerichtlich anzumelden[83b]), so geht sein Recht verloren[84]).

---

worden. Diese Klage ist aber den Verjährungsfristen der §§. 343, 345 unterworfen. Erk. dess. vom 10. Januar 1867 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXVII, S. 25).

80) Ob darunter auch physische Mängel begriffen werden können, ist bekanntlich streitig. Nach meiner Meinung ist das nicht der Fall, und der §. 344 bezieht sich eben auf juristische Mängel. Das Obertr. äußert sich darüber so: Es könne dahin gestellt bleiben, ob unter diesen Umständen auch etwa physische Mängel begriffen werden können; auch wenn man nur juristische Mängel darunter verstehe, finde der Ausdruck „äußere Eigenschaften" seinen guten Sinn. Im deutschen Rechte hätten sich häufig gewisse rechtliche Beziehungen der Besitzer dergestalt in dem Gute selbst befestigt, daß sie dessen Beschaffenheit bestimmen, ihm einen gewissen Charakter verleihen. Man spreche von der Lehnseigenschaft, Erbzinseigenschaft, Lasseneigenschaft, Allodialqualität eines Grundstücks ꝛc. Wäre nun bei einer Veräußerung eine gewisse juristische Eigenschaft dieser Art vorbedungen oder als eine gewöhnliche vorausgesetzt worden, so würde ein Mangel an derselben unbedenklich als der Mangel an einer äußeren Eigenschaft, im Gegensatze eines natürlichen Fehlers, bezeichnet werden dürfen. Pl.-Beschluß vom 21. Juni 1847. (Entsch. Bd. XV, S. 9.)

81) Damit sind nicht Rechte zur oder auf die Sache gemeint, sondern dingliche Rechte im subjektiven Sinne (I, 2, §. 125), deren Ausübung mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine Person verbunden ist: Verlagsrecht, Patronat, Grundgerechtigkeiten ꝛc., oder, wie Tit. 11, §. 164 sich ausdrückt, eine mit übertragene Gerechtigkeit überhaupt. (Entsch. a. a. O.)

82) Darunter sind nicht Hypotheken mitbegriffen. Die Hypothek konstituirt, wie keinen Fehler der Sache selbst im Sinne des §. 343, so auch keinen Mangel derselben im Sinne des §. 344. Dieser §. bezieht sich auf Hypothekenschulden überhaupt nicht; das nach Tit. 11, §. 184 dem Käufer zustehende Recht, von dem Verkäufer die Vertretung solcher Schulden zu fordern, die er nicht ausdrücklich mit übernommen hat, wird von der Verjährung des §. 344 nicht betroffen. Pr. des Obertr. v. 29. Oktbr. 1847 (Rechtsf. III, 59). — (5. A.) Das Gleiche gilt von den Rückständen einer Reallast. Dergleichen Rückstände haben in vielfacher Beziehung die Natur einer Hypothekenschuld, und so wie eine Hypothekenschuld einen Fehler, einen Mangel des Grundstücks nicht begründet, und darum der Anspruch des Käufers auf Vertretung einer nicht übernommenen Hypothekenschuld der Verjährung aus §. 344 d. T. nicht unterliegt, so ist auch die Haftung eines Grundstücks für rückständige Realabgaben nicht als ein Fehler oder Mangel des Grundstücks im Sinne des §. 344 aufzufassen. Der Anspruch des Käufers auf Erstattung der in die Besitzzeit des Verkäufers fallenden Abgaben-Rückstände verjährt daher nicht in der im §. 344 bestimmten kurzen Frist. Erk. des Obertr. vom 22. September 1865 (Entsch. Bd. LV, S. 22). M. s. dagegen Anm. 84 a. E.

83) D. i. von da an, wo es rechtlich gewiß ist, daß die äußere Eigenschaft oder die Befugniß fehlt oder die Last auf der Sache haftet. Die Rechtsgewißheit kann, außer dem Falle des Anerkenntnisses des Autors und Zustimmung des Besitzers, nur durch Richterspruch hergestellt werden. Früher ist die Eviktionsklage gegen den Autor nicht begründet. Ist der Uebernehmer gar nicht in den Besitz der Befugniß (Gerechtigkeit) von dem Geber gesetzt worden, so ist die Uebergabe unvollständig, mithin nicht der Fall eines Gewährsmangels vorhanden.

83a) Die Versäumung der gesetzlichen Frist zieht nur den Verlust des Rechts nach sich, welches der Uebernehmer der Sache durch Klage verfolgen kann, nicht aber den Verlust der Rechte, die er im Wege der Einrede geltend machen darf. Pr. 407, vom 6. Januar 1838. Vergl. Gutachten des Obertr. in den J.M.Bl. 1847, S. 198, und Pr. vom 28. Januar 1848. (Rechtsf. Bd. III, S. 323.) (4. A.) Die Verjährung dieser Klage wird nicht unterbrochen durch eine Klage auf Aufhebung eines Kaufkontrakts und auf Erstattung des Geleisteten. Erk. des Obertr. v. 8. Januar 1857 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXIII, S. 210).

83b) (5. A.) Ein Paziscren der Parteien über hervorgetretene Gewährsmängel und deren Vergütung oder Beseitigung unterbricht den Lauf dieser Frist nicht. Erk. des Obertr. v. 28. Oktbr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 88), vom 17. Nov. 1863 (Bd. LII, S. 97), vom 18 Mai 1865 (Bd. LIX, S. 168).

84) Das gilt auch, wenn die übergebene Sache zu dem bestimmten Zwecke ganz unbrauchbar war. Pr. 203, v. 18. März 1837. (5. A.) Diese kürzeren Verjährungsfristen finden auch in dem Falle Anwendung, wenn der Geber der Sache sich zur Beseitigung etwa künftig sich herausstellender

Gewährleistung bei gewagten Verträgen.

§. 346. In soweit als ein künftiges ungewisses Ereigniß der Gegenstand des Vertrages ist, findet dabei der Einwand der Verletzung wegen fehlerhafter Beschaffenheit der künftigen Sache nicht statt.

§. 347. Ist aber eine gewisse Beschaffenheit ausdrücklich vorbedungen worden, so muß dieselbe gewährt oder vertreten werden.

§. 348. Der Gewährleistung können die Parteien überhaupt gültig entsagen[84a]).

---

Fehler derselben vertragsmäßig verpflichtet hat, Erk. des Obertr. v. 28. Juni 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 20), sowie in dem Falle, wenn die gesetzlichen Bestimmungen der §§. 325—328 über die bei der Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften eintretenden Rechte und Pflichten der Kontrahenten durch ein besonderes Uebereinkommen festgestellt worden sind. Erk. dess. vom 28. Oktbr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 86). — Die Verjährungsbestimmungen der §§. 343 ff. kommen auch bei verdungenen Werken auf deren Fehler (mit Ausnahme bei bedungenen Bauten, §§. 968 ff., Tit. 11) zur Anwendung. Aber die in einem Vertrage über ein verdungenes Werk enthaltene Bestimmung, wonach der Lieferer auf eine bestimmte Zeit nach der Ablieferung dafür Garantie leistet, daß gewisse Schäden, z. B. diejenigen, welche erweislich aus mangelhafter Arbeit oder fehlerhaftem Material herkommen, innerhalb des bestimmten Zeitraums sofort unentgeltlich verbessert werden, steht mit diesem Verjährungs-Einwande in gar keiner Beziehung und Verbindung. Erk. dess. vom 18. Mai 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 166).

Keine Anwendung findet diese Vorschrift und die Verjährung aus den §§. 343, 344:

1. Bei Ansprüchen auf Erfüllung des Vertrages durch vollständige Uebergabe. (S. die Anm. 83 a. E.) Pr. 345, v. 18. September 1837. (4. A.) Oder auf Erfüllung der kontraktlichen Verpflichtung zur Befreiung eines Grundstücks von darauf ruhenden Reallasten und Verbindlichkeiten. Erk. des Obertr. v. 9. Oktbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 298).

2. Auf den Fall, wenn eine in Erbpacht verliehene Sache zwar vollständig dem Vertrage gemäß übergeben ist, aber späterhin durch irgend ein Ereigniß einen Nachtheil erleidet, für welchen der Erbpächter von dem Verleiher auf den Grund des Vertrages Entschädigung fordert. Pr. 665 (Pl.-Beschl.) v. 27. Mai 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 295). Vergl. Anm. 60 zu §. 318.

3. Auf die Eviktionsklage wegen Entwährung der Sache selbst und zwar:

a) Wird durch Eigenthumsansprüche eines Dritten dem Uebernehmer einer Sache die letztere ganz entzogen, so können dem Anspruche desselben an den Uebergeber von dem Letzteren die kurzen Verjährungsfristen (aus §. 344) nicht entgegengesetzt werden.

b) Ist nur ein Theil der Sache entwährt, so finden die vorgedachten kurzen Verjährungsfristen nur in dem Falle Anwendung, wenn der Uebernehmer aus der Entwährung einen Mangel des Ganzen geltend macht, und demgemäß von dem ganzen Vertrage zurücktreten will. Pr. 1885 (Pl.-Beschl.) v. 21. Juni 1847. (Entsch. Bd. XV, S. 3.)

4. Auf den Einwand des Uebernehmers aus dem §. 271 d. T., daß der Geber seinerseits den Vertrag nicht erfüllt habe. Pr. 266, vom 3. Juni 1837. Vergl. Erk. vom 15. November 1853 (Archiv für Rechtsf. Bd. XI, S. 48).

5. Auf die actio doli (vergl. auch Ulrich, Archiv XIII, 578) und auf den Fall, wo der Käufer vertragsmäßig einen Theil des Kaufgeldes als Kaution für die Güte der gekauften Sache zurückbehält (zufolge I, 9, §. 570), soweit die Gewährforderung diesen Theil des Kaufgeldes nicht übersteigt. Pr. des Obertr. vom 8. Januar 1835. (Jur. Wochenschr. 1837, S. 45).

6. (5. A.) Auf Fehler an verdungenen Bauten, hinsichtlich deren in den §§. 968 ff., Tit. 11 besondere Vorschriften gegeben sind.

(5. A.) Das Intabulat, wonach bestimmten Personen bis zur Zurücklegung eines bestimmten Lebensjahres freie Kost, und bis zu einem weitern Termin, falls sie nicht verheirathet sind, freie Wohnung und Wäsche, und den Frauenspersonen bei ihrer Verheirathung nach ihrer Wahl eine Kuh oder 20 Thlr., ferner zwei Gebett Betten und auf Hochzeit 10 Thlr. gewährt werden soll, enthält eine Reallast, stellt mithin einen solchen juristischen Mangel des verkauften Grundstücks dar, für welchen die in den §§. 344, 345 vorgeschriebenen kürzeren Verjährungsfristen bestimmt sind. Erk. des Obertr. vom 24. September 1866 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXV, S. 14). — M. s. dagegen oben, Anm. 82.

84a) Unten, Tit. 11, §§. 137, 138 und die Anm. dazu.

(4. A.) Das Abkommen, wodurch Erlaß der Gewährleistung ausgemacht worden, ist keine mündliche Nebenabrede bei mündlich geschlossenen und erfüllten Verträgen, sondern ein integrirender Theil des durch die Erfüllung rechtsbeständig gewordenen Vertrages. Erk. des Obertr. v. 8. Oktober 1857 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXVI, S. 266). Bei der Entscheidung des im Schles. Archiv, Bd. III, Nr. 40 mitgetheilten Rechtsfalls war das Obertr. von der entgegengesetzten Meinung ausgegangen (Erk. v. 24. März 1838), die ich schon damals bekämpft habe, ebenda, S. 640, Note 4. Vergl. oben, Anm. 9a zu §. 129, Tit. 5.

IX. Aufhebung der Verträge 1. wegen Betrugs.

§. 349. Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Kontrakts verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen[84b]).

§. 350. Er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben, und nur den Ersatz des durch den Betrug ihm verursachten Schadens fordern.

§. 351. Will er letzteres, so muß ihm der Betrüger das ganze Interesse vergüten. (§§. 286, 287.)

§. 352. Will er aber von dem Vertrage abgehen, so muß ihm der Betrüger alles, was ihm auf Rechnung des Vertrages gegeben oder geleistet worden, ersetzen, und alle davon gezogene Nutzungen herausgeben.

§. 353. Auch wegen Verbesserungen, Verschlimmerungen, und sonst, wird der Betrüger als ein unredlicher Besitzer angesehen. (Tit. 7, §. 222 sqq.)

§. 354. Der Betrogene hingegen darf das, was ihm auf Rechnung des Vertrages gegeben worden, nur in dem Stande, in welchem es sich alsdann befindet, zurückliefern.

§. 355. Bei dieser Rücklieferung hat er alle Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers. (Tit. 7, §. 188 sqq.)

§. 356. Doch bleibt auch der Betrogene dem Betrüger für das, was er auf Rechnung des Vertrages erhalten, oder genossen hat, in soweit verhaftet, als es in seinen Nutzen wirklich verwendet worden. (Tit. 13, Abschn. 3.)

§. 357. Sind von beiden Seiten Betrügereien vorgefallen, so besteht der Vertrag, und keiner von beiden kann gegen den Andern auf Entschädigung klagen.

§. 358. Ist der Vertrag zwar nicht durch Betrug veranlaßt, aber doch der eine Theil dabei von dem Andern zu einem solchen Irrthume, welcher die Willenserklärung gänzlich entkräftet, (Tit. 4, §. 75 sqq.), betrüglich verleitet worden, so finden die obigen Vorschriften (§§. 349—356) ebenfalls Anwendung[85]).

§. 359. Ist hingegen der Irrthum, wozu der Betrogene verleitet worden, nicht so beschaffen, daß dadurch die Willenserklärung wegen des Hauptgeschäftes entkräftet werden kann, so ist dennoch der Betrüger zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet. (§§. 286, 287)[86]).

2) wegen Unmöglichkeit[86a]) der Erfüllung,

§. 360. Kann der Versprechende durch eigene[87]) Schuld dem Andern das Ver-

---

84b) (4. A.) Das kann auch im Wege der Einrede oder Replik geschehen. Erk. des Obertr. v. 28. Febr. 1853 (Archiv für Rechtsf. Bd. VIII, S. 326).

85) Hier ist also ein wesentlicher Irrthum vorausgesetzt, welcher den Konsens ausschließt. Jeder der beiden Kontrahenten kann in einem anderen wesentlichen Bestandtheile des Rechtsgeschäfts irren: der Eine kann z. B. in der Person, der Andere in dem Gegenstande irren, dann kann der Vertrag von jedem Theile angefochten werden, eben weil es an der erforderlichen Willensübereinstimmung in wesentlichen Dingen fehlt. Die §§. 349—356 beziehen sich auf einen unwesentlichen Irrthum, der bloß wegen des hinzugekommenen Betruges den Betrogenen zum Rücktritte berechtigt und bei wechselseitigen Betrügereien wirkungslos wird. §. 357. Ist aber in dem Falle des §. 358 der beiderseitige wesentliche Irrthum bei Jedem durch den Betrug des Anderen verursacht, so muß Jeder den Anderen nach denselben Grundsätzen schadlos halten. Der Rücktritt steht von selbst, wegen des wesentlichen Irrthums für sich, Jedem frei.

(4. A.) Die wissentliche Benutzung des Irrthums eines Mitkontrahenten hat dieselben civilrechtlichen Folgen, wie die wissentliche Veranlassung dieses Irrthums. Erk. des Obertr. v. 16. April 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 93).

86) Wenn nämlich der Vertrag nicht durch den Betrug veranlaßt worden ist (dolus causam dans). Denn in diesem Falle gelten die Grundsätze §§. 349—356.

86a) (4. A.) Unter dieser Unmöglichkeit wird eine Unmöglichkeit an sich, eine objektive, nicht eine in der persönlichen Unfähigkeit des Verpflichteten (eine subjektive), etwa die Zahlungsunfähigkeit desselben, verstanden. §. 2 Inst. de inutil. stipul. (III, 19); L. 35 pr., L. 83, §. 5, L. 137, §. 4 D. de verb. oblig. (XLV, 1). — Unten, Tit. 18, §. 776; Erk. des Obertr. v. 31. Mai 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 373). Diese objektive Unmöglichkeit muß jedoch nicht eine absolute, sie kann auch eine relative sein, die nach dem Gegenstande des Vertrages und der demselben zum Grunde liegenden Absicht der Kontrahenten zu bemessen ist. Erk. des Obertr. v. 26. Novbr. 1858. (Entsch. Bd. XL, S. 29.)

sprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse, nach Verhältniß seiner eintretenden Verschuldung haften. (§. 277 sqq.)[87a]).

§. 361. Hat ihm aber der Andere die Erfüllung seines Versprechens selbst unmöglich gemacht, so wird er von seiner Verbindlichkeit frei, und kann seines Ortes Entschädigung[88]) fordern.

§. 362. Fällt beiden Theilen bei der eingetretenen Unmöglichkeit ein gleicher Grad der Verschuldung zur Last, so muß Jeder dem Andern den unmittelbar daraus entstehenden Schaden ersetzen.

§ 363. Wegen des unmittelbaren Schadens aber findet gegenseitig kein Anspruch statt.

§. 364. Entsteht die Unmöglichkeit, den geschlossenen Vertrag zu erfüllen[89]), durch einen Zufall[90]), oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen[91]).

---

87) Der Ausdruck ist nicht präcis. Die Gegensätze sind nicht verschiedene Grade der Schuld, sondern reiner Zufall und nicht reiner Zufall. Nur der reine Zufall befreit oder hebt vielmehr, nach der Theorie des L.R., den Vertrag auf. §. 364. Vergl. Anm. 31 zu §. 277 d. T.

87a) (4. A.) Als Interesse kann nicht eine dem Vertrage ganz fremde Erfüllung gefordert werden, namentlich kann ein Altsitzer, wenn ihm durch Verschuldung des Wirths Ursache gegeben wird, den Altensitz zu verlassen, nicht verlangen, daß ihm die s. g. eisernen Viehstücke nach dem neuen Wohnsitze verabfolgt und das zur Fütterung erforderliche Stroh dahin geliefert werden, er kann nur sein Interesse in Gelde vergütet verlangen. Erk. des Obertr. v. 27. Septbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 253). In diesem Falle muß der Verpflichtete die zu leistende Entschädigung in der Regel an dem demnächstigen Wohnsitze des ausgetriebenen Altsitzers leisten, doch ist dieser deshalb nicht befugt, seinen künftigen Wohnort nach Belieben zu wählen. Vergl. oben, §. 248 d. T. Erk. des Obertr. v. 26. April 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 344). Vergl. unten, Anm. 39 a. E. zu §. 602, Tit. 11.

(4. A.) In einem Erk. v. 6. April 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 103) wird ausgeführt, daß ein kontraktwidriges Verhalten des zur Gewährung eines Altentheils Verpflichteten die Annahme der Erfüllung des Altentheilsvertrages in der bedungenen Weise unmöglich mache und den Auszügler berechtige, eine andere Erfüllungsart zu wählen und die Verabreichung des Auszugs über die Schwelle zu verlangen. Vergl. §. 369 u. die Anm. 94, Abs. 2 dazu.

(4. A.) Wenn der Käufer einer dem Verkäufer nicht gehörigen Sache befugterweise von dem Vertrage zurücktritt, so kann er die Erstattung des gezahlten Kaufpreises und die Erlegung der für diesen Fall vereinbarten Konventionalstrafe nur gegen Herausgabe der Sache mit den gezogenen Nutzungen beanspruchen. Erk. des Obertr. v. 8. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 34).

88) Nur Entschädigung, nicht die Gegenleistung, wie nach R.R. Der Unterschied ist erheblich. Die Entschädigung beschränkt sich auf Vergütung der schon wirklich aufgewendeten Bemühungen und gemachten Anstalten. Vergl. Entsch. des Obertr. XIII, 70. Doch kann es dabei nicht in allen Fällen bleiben. Ist z. B. eine Sache verkauft worden, und der Käufer ist Schuld daran, daß die Uebergabe nicht geleistet werden kann, so muß er das Kaufgeld bezahlen. Vergl. Entsch. Bd. XVII, S. 152. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist das hier geltende Prinzip dieses: der Verhinderte ist befreit und der hindernde Theil ist seinerseits zur Gegenleistung verbunden. — (4. A.) Unter der Entschädigung ist in dem Falle des §. 361 auch der Ersatz des entgangenen Gewinnes zu verstehen. Erk. des Obertr. vom 20. März 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 70).

(5. A.) Enthält ein Kauf einen s. g. modus qualificatus zu Gunsten der Tochter des Käufers und des Sohnes des Verkäufers (Eheleute), und hat der Verkäufer selbst die Erfüllung dieses Zweckes durch seine Zögerung (mit der Uebergabe), während deren die junge Ehefrau verstorben, verhindert, so gilt ihm gegenüber, wie aus §. 361 folgt, der Modus für erfüllt. Erk. dess. vom 6. Juni 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 55).

89) Sei es überhaupt, oder vollständig: beide Fälle stehen gleich; §§. 369, 373; I, 11, §§. 124, 194, 215.

90) Alles, was ohne Zuthun der Parteien geschieht, ist in Beziehung auf sie Zufall, also auch die Schuld eines Dritten. Daher ist auch ein Kompromiß dann, wenn der Schiedsrichter nicht vermocht werden kann, seinen Spruch zu fällen und dieserhalb im Vertrage nichts verabredet worden ist, als aufgehoben anzusehen. Pr. des Obertr. v. 7. Dezember 1849. (Entsch. Bd. XIX, S. 96.)

91) Vergl. u. die Anm. zu §. 373. — (3. A.) Der §. 364 findet auf Verträge, wodurch der Mahlzwang vor dem Erscheinen der Gesetze über die Aufhebung desselben vertragsmäßig durch eine jährliche Geldrente abgelöst (aufgehoben) worden, keine Anwendung. Pr. des Obertr. v. 8. Dzbr. 1853

§. 365. Alsdann muß jeder Theil dasjenige, was ihm von dem Andern, in Erwartung der gegenseitigen Erfüllung, gegeben oder geleistet worden, zurückgeben oder vergüten[91a]).

§. 366. Dabei ist der Zurückgebende als ein redlicher Besitzer anzusehen.

§. 367. Doch kann kein Theil durch einen solchen Zufall mit dem Schaden[91aa]) des Andern etwas gewinnen.

§. 368. Der also, welcher die Sache zurückgiebt, muß dem Andern so viel vergüten, als er daraus in seinen Nutzen wirklich verwendet hat[92]).

§. 369. Ist zwar nicht die Erfüllung des Vertrages, aber doch die darin bestimmte Art[93]) der Erfüllung unmöglich, und diese Unmöglichkeit ist durch die Schuld des Verpflichteten, oder durch einen in dessen Person sich ereigneten Zufall entstanden; so ist der Berechtigte eine andere Erfüllungsart zu wählen befugt[94]).

§. 370. Kann die bestimmte Erfüllungsart durch die Schuld des Berechtigten, oder wegen eines in dessen Person sich ereigneten Zufalls, nicht stattfinden, so steht die Wahl einer anderweitigen Erfüllungsart dem Verpflichteten zu[95]).

§. 371. In beiden Fällen muß der, an welchem es liegt, daß die Erfüllung auf die bestimmte Art nicht erfolgen kann, den Andern wegen des aus der Veränderung entstehenden Nachtheils schadlos halten[96]).

§. 372. Doch kann kein Theil durch diese Veränderung sich mit dem Schaden

---

(Entsch. Bd. XXVII. S. 226, 230). — (4. A.) Ueber das Pachtverhältniß in dem Falle der theilweisen Entziehung des Nutzungsrechtes s. m. unten, §. 420, Tit. 21 und die Anm. 31a dazu.

91a) (2. A.) Das Gleiche gilt in dem Falle der Aufhebung des Vertrages überhaupt. (Condictio sine causa.) Unten, Tit. 16, §. 199.

91aa) Dazu gehören die unterdeß bei dem Empfänger entstandenen Früchte nicht. S. Anm. 92 a. E.

92) Weil der Vertrag aufgehoben (§. 364), so ist nur die Abforderungsklage (condictio sine causa) übrig, von welcher hier ganz passende Anwendung gemacht wird. Allein weder die cond. sine causa, noch die Spezies der eigentlichen Bereicherungsklage (actio in factum), wegen Bereicherung, gehen auf Früchte. Der redliche Empfänger behält mithin die genossenen Früchte. §. 366 d. T. Vergl. Tit. 16, §. 190. Aber die nach Insinuation der Klage entstandenen Früchte müssen mit herausgegeben, und von Geldsummen müssen Prozeßzinsen gezahlt werden. Unten, Tit. 16, §. 193 und Anm. 51 dazu, und Tit. 7, §. 222.

93) Diese Unterscheidung hat keine Realität. Nach der Absicht der Verf. sollten besondere Bestimmungen für den Fall gegeben werden, wenn die Erfüllung an dem verabredeten oder gesetzlich bestimmten Orte unmöglich geworden; und Suarez hatte acht Sätze projektirt. Diese finden sich durchstrichen und statt derselben sind die §§. 369—376 d. T. eingeschaltet worden, wodurch dasjenige, was von dem Orte der Erfüllung gelten sollte, allgemein auf die Erfüllungsart übertragen worden ist. Dadurch ist der Sinn verdunkelt und die Anwendung zweifelhaft geworden, weil sich nicht bestimmen läßt: wann die Erfüllung, wann nur die Erfüllungsart unmöglich geworden. Das Letztere sollte, nach der ursprünglichen Fassung, besonders dann der Fall sein, wenn die Erfüllung an einem anderen Orte möglich geblieben. (Ges.-Rev. Motive zu §§. 339 ff. des Entw., S. 135.)

94) Aber nicht verpflichtet. Will er keine andere Erfüllungsart annehmen, so bleibt es bei der Regel zu §. 360. Die Bestimmung giebt nicht dem Verpflichteten ein Recht, mithin auch nicht das Recht, auf andere Art zu erfüllen, wobei nur etwa die Wahl unter mehreren anderen Arten dem Berechtigten freigestellt sein soll. — (4. A.) Vergl. oben, Anm. 87a, Abs. 2 zu §. 360.

(5. A.) Die Vorschrift des §. 369 findet auch auf Alimentenverträge und insbesondere bei brutaler Behandlung des Berechtigten durch den Verpflichteten Anwendung. Erk. des Obertr. vom 20. November 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 145). M. s. auch oben die Anm. 87a, Alinea 2 zu §. 360 d. T. — Die Vorschriften der §§. 369—371 kommen auch dann zur Anwendung, wenn bei einem Altentheilsvertrage der Altsitzer in dem ruhigen Genusse der ihm ausgesetzten Vortheile gestört wird. Erk. dess. vom 26. März 1868 (Hinschius Zeitschrift für Gesetzgebung ꝛc. Bd. II, S. 605).

95) Der Verpflichtete ist in diesem Falle nicht von seiner Verbindlichkeit frei, wie im Falle des §. 361, sondern wenn er Gegenleistung verlangt, muß er thun, was ihm hiernach noch möglich ist.

96) Der Verpflichtete wird aber, im Falle die Erfüllung auf mehrere Arten möglich ist, doch nicht die kostbarste wider den Willen des Anderen wählen dürfen. Die Bestimmung kann zu vielen Verwickelungen führen.

des Andern einen Vortheil verschaffen, welchen er, wenn der Vertrag auf die bestimmte Art erfüllt worden wäre, nicht erhalten haben würde.

§. 373. Entsteht die Unmöglichkeit der im Vertrage bestimmten Erfüllungsart durch einen bloßen Zufall, so finden die auf den Fall einer Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt gegebenen Vorschriften §§. 364—368 Anwendung[97]).

§. 374. Ist die Erfüllungsart durch eingetretene Umstände nicht unmöglich gemacht, sondern bloß erschwert worden, so kann dieses den Verpflichteten von seiner Schuldigkeit nicht befreien.

§. 375. Ist aber durch eine zufällige Veränderung der Umstände die bestimmte Erfüllungsart mit einer unvorhergesehenen Gefahr verbunden worden, so muß der Berechtigte, wenn er dennoch auf dieser Erfüllungsart besteht, die Gefahr übernehmen.

§. 376. Doch kann der Verpflichtete zur Erfüllung auf die bestimmte Art gar nicht angehalten werden, wenn damit eine wahrscheinliche Gefahr des Lebens, der Gesundheit, oder der Freiheit für ihn verbunden sein würde[98]).

§. 377. Außer dem Fall einer wirklichen Unmöglichkeit kann, wegen veränderter Umstände, die Erfüllung eines Vertrages in der Regel nicht verweigert werden[98a]). 3) wegen veränderter Umstände.

§. 378. Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäftes sich ergebenden Endzweckes beider[99]) Theile unmöglich gemacht[99a]), so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten[100]) Vertrage wieder abgehen.

§. 379. Ein Theil kann alsdann von dem andern nur in sofern Entschädigung fordern, als die Veränderung der Umstände durch dessen freie Handlung bewirkt worden.

§. 380. Wird durch die Veränderung der Umstände nur der ausdrücklich erklärte

---

97) Durch Eintritt der zufälligen Unmöglichkeit wird der Vertrag vernichtet. §. 364. Eine wichtige Abweichung von dem R. R., welches die Regel hat, daß der Zufall den Gläubiger trifft (creditoris est rei periculum s. damnum) Daraus folgt, daß der Schuldner frei ist und daß die Gegenleistung erfolgen muß. Miethverträge machen eine Ausnahme.

Ist der Vertrag einmal ipso jure aufgehoben, so kann er durch späteren zufälligen Wegfall der Unmöglichkeit nicht wieder aufleben. Daher kann z. B. in dem Falle, wenn ein Miether wegen eines zufällig nöthig gewordenen Hauptbaues an einem Hause die Wohnung räumen muß, Keiner den Anderen nach Vollendung des Baues zur Fortsetzung des Miethskontrakts anhalten. I. 21, §. 363, Pr. des Obertr. v. 11. Juli 1837. (Entsch. Bd. III, S. 15.) Eine bloß vorübergehende Verhinderung hebt aber den Vertrag nicht auf. Vergl. I, 21, §. 299 ff. Die Frage wird hier eine faktische, welche in Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses und der Umstände, nach dem Ermessen des Richters, zu entscheiden ist. In einem Verhältnisse, wo augenblickliche und prompte Erfüllung nothwendiges Erforderniß der gehörigen Erfüllung ist, muß eine auch nur kurze Zeit eintretende Unmöglichkeit sofortige Aufhebung zur Folge haben.

98) Dabei ist, indem die Vorschrift ursprünglich auf den Ort der Erfüllung berechnet war (Anm. 93), an lebens- und freiheitsgefährliche Begebenheiten an jenem Orte, wie Belagerung und andere Kriegsereignisse, gedacht.

98a) (4. A.) Die einem Wirthschaftsbeamten in dem Dienstvertrage zugesicherten Emolumente, insbesondere die Tantiemen von Holzverkaufsgeldern, sind demselben auch dann zu gewähren, wenn die von ihm nach der Dienstinstruktion deshalb zu leistenden Dienste unnöthig geworden sind. Erk. des Obertr. v. 8. Jan. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 241).

99) Ausnahme macht der Lieferungsvertrag, von welchem der Rücktritt freisteht, wenn der Zweck auch nur des einen Theils vereitelt wird, I, 11, §§. 984 bis 986; desgl. der Miethskontrakt, I, 21, §§. 376 ff.

99a) Nämlich zur Zeit der Erfüllung. Veränderte Verhältnisse, welche sich später ereignet, kommen in soweit nicht in Betracht, d. h. der §. 378 kommt dann überhaupt nicht zur Anwendung. Erk. des Obertr. v. 23. Nov. 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 239) und v. 6. Juni 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 55).

100) Hat der, welcher zurücktreten will, mit der Erfüllung bereits angefangen, so hat es dabei sein Bewenden: er hat wegen des Gegebenen oder Geleisteten kein Rückforderungsrecht und von der noch rückständigen Leistung ist er frei.

oder sich von selbst verstehende Zweck des einen Theils ganz vereitelt, so kann derselbe zwar von dem Vertrage zurücktreten [100a]);

§. 381. Er muß aber, wenn die Veränderung in seiner Person sich ereignet hat [1]), den Andern vollständig entschädigen.

§. 382. Ist die Veränderung in der Person des Andern erfolgt, so kann in der Regel keiner von beiden Theilen Entschädigung fordern.

§. 383. Doch muß der Zurücktretende diese Entschädigung leisten, wenn er selbst den Andern in diese veränderten Umstände gesetzt hat.

§. 384. Dagegen kann der Zurücktretende Schadloshaltung verlangen, wenn der Andere die in seiner Person sich zugetragene Veränderung durch seine eigene freie Handlung veranlaßt hat.

4) durch wechselseitige Einwilligung.

§. 385. Durch wechselseitige [1a]) Einwilligung kann ein zwar schon geschlossener, aber noch nicht erfüllter Vertrag wieder aufgehoben werden.

§. 386. Ist der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt, und erfolgt weiter nichts, als daß beide Theile ihre Einwilligung davon wieder abzugehen, äußern, so ist eine mündliche Erklärung hinreichend.

§. 387. Doch muß die Kassation des über den Vertrag aufgenommenen schriftlichen Instruments hinzukommen [2]).

---

100a) (5. A.) In den beiden §§. 378 und 380 kommt es darauf an, ob der Endzweck bei dem Abschlusse des Vertrages ausdrücklich erklärt worden, oder sich aus der Natur des durch den Vertrag gethätigten Geschäftes ergiebt, mithin ob auch der andere Theil von dem bestimmten Endzweck bei dem Abschlusse des Vertrages Kenntniß hat. Erk. des Obertr. vom 12. September 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 350).

1) (4. A.) Oder wenn er durch seine eigene Handlung den Vertragszweck vereitelt hat, so ist er ohne gleichzeitige Anerkennung seiner Verbindlichkeit zur Entschädigung zum Rücktritte nicht berechtigt. Erk. des Obertr. v. 14. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 302).

1a) Die Wechselseitigkeit ist bei solchen Verträgen zur Aufhebung nicht erforderlich, wo einseitiger Rücktritt gestattet ist. Daher ist keineswegs, wie ein Appellationsgericht behauptet hat, nothwendig, daß ein zum Theil schon erfüllter Verwaltungsvertrag nur in der hier vorgeschriebenen Form aufgehoben werden könne, vielmehr kann er vom Prinzipal, gleich einem Mandate, einseitig und mündlich gekündigt werden. Pr. 1708, v. 24. Januar 1846 (Entsch. Bd. XV, S. 209). Vergl. unten, Anm. 13a zu §. 877, Tit. 11.

2) Wird die Wiederaufhebung des Vertrages durch wechselseitige Einwilligung (mutuus dissensus) schriftlich abgefaßt, so bedarf es der Kassation des Instruments nicht. Nur wenn man diese ordentliche Vertragsform nicht anwenden mag, soll die mündliche Erklärung genügen, wenn sie durch Vernichtung der über den Vertrag abgefaßten, von beiden Theilen vollzogenen Urkunde bekräftigt wird. Diese Bekräftigung ist dergestalt wesentlich, daß ohne dieselbe die mündliche Uebereinkunft über die Aufhebung eines schriftlichen, noch unerfüllten Vertrages unverbindlich ist und die Klage aus dem schriftlichen Vertrage nicht ausschließt. Pr. 1839, vom 2. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 192). (5. A.) Diese Vorschrift (§. 387) setzt das Vorhandensein eines rechtsbeständigen schriftlichen Vertrages voraus und braucht zur Aufhebung eines von einem Unfähigen geschlossenen Vertrages, bevor dem Vormunde der Antrag zur Genehmigung gemacht worden, nicht beobachtet zu werden. Vergl. oben, Anm. 13 zu §. 12 d. T. Erk. des Obertr. vom 15. Dezember 1862 (Entsch. Bd. XLIX, S. 41). — Sind mehrere Exemplare des Instruments ausgefertigt, so müssen sie alle kassirt werden. Doch ist darüber Meinungsverschiedenheit. Dem Gedanken des Gesetzgebers ist die Vernichtung aller Exemplare entsprechender, weil er „das Instrument" vernichtet wissen will, das Instrument aber noch immer fortbesteht, so lange noch ein Exemplar davon vorhanden ist. Kann man nicht alle Exemplare vernichten, so muß man die schriftliche Form anwenden.

Die hier gestattete mündliche Form ist unanwendbar auf gerichtliche und notarielle Verträge, weil die Urschriften davon nicht vernichtet werden dürfen. S. unten die Anm. 5. Vergl. aber oben den §. 146 und die Anm. 23.

Zur Aufhebung eines mündlichen, von dem einen Kontrahenten jedoch schriftlich anerkannten Vertrages, bedarf es außer der wechselseitigen Einwilligung nicht noch der Kassation des einseitigen schriftlichen Anerkenntnisses. Pr. des Obertr. v. 24. Juni 1850. (Entsch. Bd. XX, S. 93.) (4. A.) Z. B. des über ein Handelsgeschäft ausgestellten Schlußscheins. Erk. des Obertr. v. 22. Oktober 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 51).

§. 388. Ist der Vertrag schon von einer Seite erfüllt [3]) oder werden der Einwilligung in dessen Aufhebung Bedingungen oder Nebenabreden hinzugefügt, so muß in soweit, als zur Errichtung des Vertrages [4]) die schriftliche Abfassung nothwendig ist, auch die Aufhebung desselben schriftlich erklärt werden [4a]).

§. 389. In sofern als ein Vertrag gerichtlich geschlossen werden muß [5]), muß auch dessen Aufhebung gerichtlich [6]) erfolgen.

§. 390. War der Vertrag in seinen wesentlichen Theilen von beiden Seiten schon erfüllt, so ist dessen durch wechselseitigen Konsens erfolgende Wiederaufhebung für einen neuen Vertrag zu achten [7]).

---

3) S. oben die Anm. 1[a] zu §. 385.

(4. A.) Es macht keinen Unterschied, wenn auch das Geleistete sofort bei der mündlichen Uebereinkunft zurückgegeben wird; dieses kann auf Grund des fortbestehenden Vertrages wieder gefordert werden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 8. Nov. 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 158).

4) Des Vertrages nämlich, welchen man aufheben will; denn um die gültige Aufhebung handelt es sich eben. Ob die Uebereinkunft über die Aufhebung Bedingungen oder Nebenabreden enthält, deren Gegenstand nicht von der Art ist, daß er für sich die schriftliche Form erfordert, ist unerheblich. (5. A.) Daher bedarf es zur Aufhebung eines schriftlichen mit der Erfüllung begonnenen Miethsvertrages im Lauf der Zeit, wenn beide Theile dazu verpflichtet werden sollen, der Schriftform; eine einseitige Kündigung ist unzulässig. Erk. des Obertr. vom 12. Dezember 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 160). — Ist ein mündlicher Miethsvertrag, welcher seinem Gegenstande nach der Schriftform bedurfte, durch die Uebergabe des gemietheten Quartiers zufolge des §. 269, I. 21 für beide Theile verbindlich geworden; so kann dieses Vertragsverhältniß durch ein bloßes Abkommen, d. h. ohne Hinzutritt der sofortigen beiderseitigen Erfüllung, nur in schriftlicher Form modifizirt werden, wenn die Miethe auf die Zeit, für welche die Modifikation eintreten soll, mehr als 50 Thlr. beträgt. Erk. des Obertr. vom 28. April 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 320).

4[a]) (5. A.) Dieser schriftlichen Aufhebung bedarf es dann nicht, wenn bei einem schriftlichen Vertrage, dessen Hauptgegenstand Handlungen sind, der eine Theil von dem Vertrage abgegangen ist, weil der Andere die Erfüllung bisher kontraktlich nicht geleistet hat, in welchem Falle ihm solches nach §. 408 freisteht. Erk. dess. vom 28. November 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 162).

5) Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf den unmittelbar vorhergehenden §. 388, sondern enthält den Gegensatz von §§. 386 und 387; sie setzt aber, nach dem klaren Wortlaute, einen Vertrag voraus, welcher zu seiner Gültigkeit die gerichtliche (oder notarielle) Form erfordert, nicht einen solchen, welcher zwar gerichtlich oder notariell, aber ohne Nothwendigkeit in dieser Form, abgefaßt worden ist. Ein solcher Vertrag kann auch privatschriftlich aufgehoben werden, aber nicht mündlich. Vergl. Anm. 2, Abs. 2 zu §. 387. (4. A.) Dies ist auch von dem Obertr. angenommen. Erk. v. 22. Mai 1857 (Archiv Bd. XXV, S. 130). Doch findet die Ausnahme, wo ein bloß mündlich geschlossener Vertrag Rechtsgültigkeit hat, auch auf den Aufhebungsvertrag oder Vergleich Anwendung. Oben, §. 146 und Anm. 23 dazu.

6) Diese Vorschrift setzt außerdem (s. die vor. Anm.) auch offenbar voraus, daß es sich um einen vorangegangenen völlig gültigen und perfekten Vertrag handele, nicht aber um die bloße Erklärung eines Analphabeten darüber: ob er einen für ihn schon an sich unverbindlichen Vertrag halten und vollziehen, oder nunmehr definitiv seine Nichtigkeit und völlige Beseitigung aussprechen wolle. Entsch. des Obertr. v. 1. Nov. 1845. (Bd. XII, S. 166.) Ein Appellationsgericht hatte die Vorschrift auf die Erklärung eines Analphabeten, daß er den privatschriftlichen Vertrag nicht halten wolle, angewendet, weil die Erklärung eine Entsagung auf ein bereits erworbenes Recht — da der andere Theil gebunden wäre — enthalte.

7) Hierbei ist Zweierlei vorausgesetzt, einmal: daß der vorangegangene, wieder zu beseitigende, Vertrag rechtsgültig; und dann, daß er in seinen wesentlichen Theilen erfüllt, z. B. die Uebergabe des Grundstücks an den Käufer vollzogen war. Das Eine ohne das Andere ist nicht hinreichend, die Verabredung, wodurch das unwirksam eingegangene oder vollzogene Geschäft faktisch wieder beseitigt werden soll, für einen neuen Vertrag in dem hier gemeinten Sinne zu halten, dergestalt, daß die zu seiner Rechtsbeständigkeit nach seinem Gegenstande an sich erforderliche Form angewendet werden müßte. Denn das an sich Ungültige erfordert zu seiner faktischen Beseitigung keine juristischen Förmlichkeiten. (4. A.) Wenn aber die Voraussetzungen vorhanden sind, so findet doch auch hier der allgemeine Grundsatz des §. 146 über die mündliche Abschließung von Verträgen Anwendung. Vergl. die Anm. 23 dazu.

(5. A.) Zur Wiederaufhebung eines von beiden Seiten erfüllten Vertrages genügt die in vorschriftsmäßiger Form erklärte einfache gegenseitige Einwilligung: daß der Vertrag wieder aufgehoben werde. Dies ist eben der neue Vertrag. Ist darin, im Falle eines wiederaufgehobenen und durch

§. 391. So lange einem zum Besten eines Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte selbst noch nicht beigetreten ist, wird zur Wiederaufhebung des Vertrages die Einwilligung desselben nicht erfordert. (§. 75 sqq.)

§. 392. Hat aber Jemand durch seinen für einen Dritten, vermöge obliegender Pflichten, gültig geschlossenen Vertrag demselben schon ein wirkliches Recht erworben, so kann er ihm dieses Recht durch seinen Konsens in die Wiederaufhebung des Vertrages nicht entziehen [8]).

5) wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite,

§. 393. Die von der einen Seite geweigerte oder nicht [8a]) gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages, berechtigt den Andern in der Regel noch nicht, von dem Vertrage selbst wieder abzugehen.

§. 394. Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung, und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung, durch den Richter anzuhalten [9]).

§. 395. Sind die Parteien über den eigentlichen Sinn und Umfang der im Kontrakte übernommenen Verbindlichkeiten uneins, so muß der Streit durch den Richter entschieden [10]), und sodann die Erfüllung, dieser Entscheidung gemäß, geleistet und angenommen werden.

§. 396. Ist der Inhalt des Vertrages klar; der eine Theil aber weigert die Erfüllung seiner darin übernommenen Verbindlichkeiten aus dem Grunde, weil der Andere die seinigen nicht gehörig erfüllt habe, oder solchergestalt nicht erfüllen könne; so muß dieser Weigerungsgrund [11]) gerichtlich untersucht werden.

---

Uebergabe vollzogenen Kaufes auch die Rückgewähr anerkannt, so ist der neue Vertrag auch erfüllt und das Eigenthum zurückübertragen. Erk. des Obertr. vom 15. April 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 35).

8) Das bezieht sich auf freigewählte Stellvertreter, nicht auf Vertreter der juristischen Persönlichkeit aus rechtlicher Nothwendigkeit, namentlich nicht auf Vormünder. Diese repräsentiren die juristische Persönlichkeit des Mündels in ihrer Totalität.

8a) (5. A.) Vergl. §. 397 und die Anm. 11a zu §. 397 d. T.

9) Die §§. 393, 394 geben die Regel, daß die Weigerung oder das Ausbleiben (die Verzögerung) der Erfüllung den Anderen noch nicht berechtige, von dem Vertrage wieder abzugehen und ohne Weiteres Entschädigung zu fordern, sondern daß er den Schuldner zunächst zur Leistung des Versprochenen und wenn dies fruchtlos ist, zur Entschädigung anhalten möge. Oben, Anm. 28 zu §. 270 d. T. Macht in diesem Falle der Beklagte Ausflüchte, so ist der Sinn und Umfang seiner Verbindlichkeit entweder zweifelhaft, oder er ist klar. Auf den ersteren Fall bezieht sich der folgende §. 395, auf den zweiten geht der §. 396 über. Die bloße Zögerung ist kein Grund zum Rücktritte für den Gläubiger.

(4. A.) Diese Vorschriften finden jedoch auf Zeitkaufsgeschäfte keine Anwendung; hier löst sich der Anspruch durch die Mora des einen oder anderen Theils (Verlauf der sog. Stichtage) in einen Entschädigungsanspruch auf. Vergl. oben, Anm. 14 zu Tit. 4 und Erk. des Obertr. v. 14. April 1859 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 134).

(4. A.) Die Regel des §. 393 ist aber auch nicht anwendbar und es muß eine Ausnahme insbesondere da eintreten, wo aus dem Inhalte des Vertrages selbst hervorgeht, daß die Parteien bei dessen Abschließung gerade darauf, daß die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit erfolge, vorzugsweise Gewicht gelegt haben. In solchem Falle hat der Berechtigte nicht nöthig, den nicht mehr zur rechten Zeit kommenden Erfolg der gegen den Anderen nachzusuchenden executio ad faciendum abzuwarten, oder aliud pro alio zu nehmen, d. h. sich mit einem Aequivalent (Entschädigung) für die nicht gewährte Leistung zu begnügen, vielmehr ist er zum Rücktritte befugt. Erk. des Obertr. v. 27. Mai 1859 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 59.) Es ist auch angenommen, daß ein Kaufmann nicht gehalten sei, die ihm bis zu einem bestimmten Zeitpunkte versprochenen Waaren in dem Falle später anzunehmen und mit dem ausbedungenen Preise zu bezahlen, wenn dieselben nach Verlauf der kontraktmäßigen Zeit überhaupt keinen Werth mehr haben, oder in ihrem Preise gesunken sind. Erk. des Obertr. v. 20. Dez. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 121). Er kann sogar auf Entschädigung wegen unterbliebener gehöriger Erfüllung des Vertrages klagen, ohne vorher oder zugleich noch die (zu spät kommende) Erfüllung zu fordern. Erk. des Obertr. v. 28. Febr. 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 56).

10) S. Pr. 1174 in der Anm. 29, Nr. III, 1, b zu §. 271 d. T.

11) Der Grund der Weigerung, nicht bloß die Weigerung, muß, nach vorheriger Erörterung, richterlich verworfen oder für erheblich erachtet werden, wenn die Weigerung den Rücktritt vom Vertrage soll begründen können. Unter diesen §. 396 werden die drei Fälle geordnet, wo der Weigerungs-

§. 397. Wird derselbe rechtskräftig verworfen, so hat derjenige, welcher auf die Erfüllung antrug, die Wahl: ob er nunmehr [11a]) ferner darauf bestehen und mit dem Ersatz des aus der ungegründeten Weigerung entstandenen Schadens sich begnügen, oder von dem Vertrage ganz zurücktreten wolle.

§. 398. Tritt er zurück, so muß derjenige, welcher die Erfüllung seiner kontraktmäßigen Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund verweigert hat, außer dem Ersatz des durch seine Weigerung entstandenen Schadens, auch noch alle Lasten eines unredlichen Besitzers, bei der Rückgabe der auf Rechnung des Kontrakts bereits empfangenen Sache, übernehmen.

§. 399. Wird aber die Weigerung desjenigen, der zur Erfüllung aufgefordert worden, durch ein rechtskräftiges Urtel für erheblich geachtet, so hängt es von dem Weigernden ab, die Erfüllung nur so, wie sie von dem Richter bestimmt worden, zu leisten, oder von dem Vertrage ganz abzugehen.

§. 400. Wählt er den Rücktritt von dem Vertrage, so hat er, bei Zurückgabe der auf Rechnung desselben bereits enthaltenen Sache, alle Rechte eines redlichen Besitzers.

§. 401. Uebrigens aber findet gegenseitig kein Anspruch auf Entschädigung statt.

§. 402. Werden die Ursachen, aus welchen ein Kontrahent seine Verbindlichkeiten, nach dem buchstäblichen Inhalte des Vertrages, zu erfüllen verweigert hat, zum Theil gegründet, zum Theil aber ungegründet befunden, so kann in der Regel kein Theil zurücktreten.

§. 403. Doch kann der Richter, wenn er findet, daß bei den über die Erfüllung des Vertrages entstandenen Weigerungen dem einen Theil ein Uebergewicht der Schuld zur Last falle, dem Andern die Befugniß zum Rücktritt vorbehalten [12]).

§. 404. Ist bei der Untersuchung über den Grund oder Ungrund der Weigerung das Erkenntniß erster Instanz zum Nachtheil des Weigernden ausgefallen, so kann der Andere, wenn er die Erörterung in den folgenden Instanzen vermeiden will, von dem Vertrage sogleich zurücktreten [13]).

§. 405. Er kann aber alsdann keine besondere Schadloshaltung fordern, und der Weigernde haftet bei der Rückgabe der auf Rechnung des Kontrakts bereits erhaltenen Sache nur für die Obliegenheiten eines redlichen Besitzers [14]).

§. 406. Ist das Erkenntniß erster Instanz [15]) zum Vortheil des Weigernden

---

grund 1) rechtskräftig, 2) nur in erster Instanz, 3) ganz oder nur theilweise verworfen oder erheblich befunden worden, und an jeden werden besondere Folgen geknüpft, die nicht auf einen anderen Fall übertragen werden dürfen.

11a) (5. A.) Das „nunmehr" steht dem „noch nicht" im §. 393 gegenüber, hat also nicht die Bedeutung, daß nur in dem Zeitpunkte, wo der Weigerungsgrund rechtskräftig verworfen ist, die Macht zum Rücktritte ausgeübt werden kann, sondern daß sie in diesem Zeitpunkte existent wird. Sie kann von nun an ausgeübt werden, so lange der Grund: Mangel der Erfüllung von der anderen Seite, und zwar rechtskräftig reprobirter Mangel, fortdauert. — Auch nach rechtskräftiger Verwerfung des Weigerungsgrundes kann daher der Andere, welcher die Erfüllung verlangt hat, auf Erfüllung durch Nachsuchung der Exekution bestehen und, wenn er dadurch keine Erfüllung erlangt, wegen Mangels der Erfüllung den Vertrag auflösen. Erk. des Obertr. vom 9. Okt. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 326 u. Entsch. Bd. L. S. 32).

12) Bis hierher ist immer der Fall der rechtskräftigen Entscheidung über den Weigerungsgrund vorausgesetzt. S. die vor. Anm.

13) Damit ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, nicht aber in Ansehung des Kostenpunktes, wegen dessen das ordentliche Rechtsmittel der Appellation zulässig sein muß, wegen der möglichen Nova. Bei dem wegen des Kostenpunktes allein sonst nur zulässigen Rekurse würde dem in erster Instanz unterliegenden Theile, der im vollen Rechte sein kann, über welches ihm aber kein vollständiges Gehör gestattet wird, ein Unrecht mehr zugefügt werden.

Nach der Einführung der Appellation kann das Rechtsmittel durch die Erklärung des Rücktritts nicht mehr abgeschnitten werden.

14) Er behält mithin auch die gezogenen Nutzungen. Vergl. §. 407, u. Tit. 11, §. 241.

15) Nämlich über den speziellen Weigerungsgrund. S. Anm. 11 zu §. 396. Hat der erste Rich-

ausgefallen, so kann dieser, wenn er es auf die Erörterung der folgenden Instanzen nicht ankommen lassen will, von dem Vertrage wieder abgehen[16]).

§. 407. Er muß aber alsdann dem Andern nicht nur die auf Rechnung des Vertrages bereits erhaltene Sache, sondern auch alle daraus wirklich gezogenen Nutzungen zurückgeben[17]); und hat bloß wegen der Verbesserungen und Verschlimmerungen die Befugnisse eines redlichen Besitzers[18]).

§. 408. Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand[19]) Handlungen[19a]) sind, kann

---

ter denselben nicht speziell für gerechtfertigt erklärt, sondern aus einem anderen Grunde die Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, für begründet erachtet, so findet die Vorschrift dieses §. nicht Anwendung. Pr. des Obertr. vom 22. Oktober 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 97).

16) Aber auch nur vor Einführung der Appellation. Wird Widerspruch gegen den Rücktritt erhoben, so muß über die Wirkung des Rücktritts erkannt werden.

(4. A.) Der §. 406 findet auf Versicherungsverträge keine Anwendung. §. 413 d. T. u. §. 2300, Tit. 8, Th. II; Erk. des Obertr. vom 30. Okt. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 48). Der §. 2300, Tit. 8, bezieht sich jedoch nicht auf die allgemeine Lehre des A. L.R. über die Aufhebung der Verträge wegen verweigerter Erfüllung, sondern auf das Institut des Abandon, welches gerade eine gewisse Erfüllungsart, keineswegs eine Aufhebung der Versicherung zum Gegenstande hat.

17) Was er selbst auf Rechnung des Vertrages etwa gegeben oder geleistet hat, kann er nicht zurückfordern, denn es ist unentschieden, wer von beiden Theilen Recht hat. (4. A.) Wenn er nicht im Stande ist, die auf Rechnung des Vertrages erhaltene Sache zurückzugeben, so hat es dennoch bei der auf Grund des ersten Erkenntnisses gegebenen Erklärung, von dem Vertrage wieder abgehen zu wollen, sein Bewenden und die Erfüllung des Vertrages kann gegen den davon Zurückgetretenen nicht verlangt werden. Erk. des Obertr. v. 24. Mai 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 43).

18) Die in den §§. 393—407 vorgeschriebenen Grundsätze beziehen sich nicht auf Verträge, welche Handlungen zum Gegenstande haben. Davon handeln die folgenden §§. 408—413.

19) Der Gegensatz davon sind die Gegenstände der Nebenverabredungen. (4. A. Daher ist ein Vergleich, nach welchem der einen Dorfgemeinde Hütungsrechte, und der anderen die Pferchnutzung zugestanden, und zugleich bestimmt ist, daß die letztere Gemeinde allein die Annahme und Entlassung des Hirten sowie die Regulirung des Hüterlohnes zu besorgen habe, kein Vertrag über Handlungen im gesetzlichen Sinne. — Unterläßt der zur Pferchnutzung Berechtigte die ihm vertragsmäßig obliegende Abholung der Heerde, so kann der Eigenthümer dieser Heerde dieselbe durch einen anderen Hirten austreiben und hüten lassen, ohne für die dem Ersteren hierdurch entzogene Pferchnutzung aufkommen zu brauchen. Erk. des Obertr. v. 17. Januar 1854 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 347]). Ist der Gegenstand des Hauptvertrages auf der einen Seite aus Leistungen und Handlungen gemischt, so sind solche Handlungen gleichfalls Hauptgegenstand des Vertrages, ([4. A.] und der §. 408 findet Anwendung, wenn unter mehreren in dem Vertrage vorbedungenen Hauptverbindlichkeiten nur Eine auf Handlungen gerichtet ist. Erk. des Obertr. v. 29. Februar 1856, Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 228). Dieser Auffassung entspricht das Pr. des Obertr. 2066, v. 3. Okt. 1848: „Wenn bei einer Gutsüberlassung neben den übrigen Verpflichtungen des Uebernehmers zu Zahlungen, Gewährungen u. s. w., auch dessen Verpflichtung ausgesprochen ist, den Ueberlasser stets anständig zu behandeln und mit kindlicher Liebe zu verpflegen, so betrifft diese Verpflichtung Handlungen, welche zu den Hauptgegenständen des Vertrages zu rechnen sind, und findet der §. 408 d. T. Anwendung." (4. A.) Auch die noch vor der Uebergabe des Gutes von dem Käufer verübte grobe Verletzung der dem Verkäufer zugesicherten guten Behandlung ist in dem gedachten Erk. vom 29. Febr. 1856 für einen Aufhebungsgrund, gemäß §. 408, erkannt worden. Dies ist, wie das Obertr. später erwogen hat, nicht als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz anzuerkennen, vielmehr ist die Frage: ob bei einem bestimmten Vertrage, namentlich bei einem Gutsüberlassungs- und Leibzuchtsvertrage, die stipulirten Handlungen dessen Hauptgegenstand bilden, oder nur als Nebenpunkt anzusehen sind, mehr thatsächlicher Natur und in jedem einzelnen Falle nach den besonderen thatsächlichen Umständen desselben zu beurtheilen. Die thatsächliche Erwägung und Feststellung des Richters in dieser Hinsicht ist mit der Nichtigkeitsbeschwerde für unangreifbar erachtet worden. Vergl. die Erk. v. 10. Juli 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 140) und vom 19. Dez. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 104). Dagegen ist doch zu bemerken, daß die Frage: ob ein bestimmter Vertrag ein Vertrag über Handlungen sei, rein technischer (juristischer) Natur ist (s. über den Begriff unten, Anm. 18 zu §. 393, Tit. 11), und daß der thatsächlichen Beurtheilung kein anderes Gebiet als die Feststellung derjenigen Leistungen oder Handlungen, welche als Gegenstand des Vertrages anzusehen, einzuräumen ist. Welchen juristischen Charakter der Gegenstand hat, ob er eine Leistung (ein dare) oder ein Thun (facere) im Rechtssinne sei, ist reine Rechtsfrage. Auch die Frage über Hauptgegenstand und Nebenpunkt unterliegt der juristischen Beurtheilung, weil diese Begriffe juristische sind.

19a) (4. A.) Ueber den Begriff: oben Anm. 50, Alinea 2 zu §. 165 d. T.

derjenige, welcher behauptet[20]), daß der Andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort, auf seine Gefahr, von dem Vertrage wieder abgehen[20a]).

§. 409. Er muß aber, wenn sich hiernächst bei der gerichtlichen Untersuchung findet, daß sein Vorgeben ungegründet gewesen sei, den Gegentheil vollständig[21]) entschädigen.

§. 410. Wird hingegen das Vorgeben begründet befunden, so muß der Andere, außer der erfolgenden Aufhebung des Vertrages, dem Abgehenden für allen aus seinem kontraktwidrigen Verhalten, bis zum Zeitpunkt des erklärten Rücktritts, wirklich entstandenen Schaden gerecht werden[22]).

§. 411. Wegen Vergütung der auf Rechnung des Vertrages etwa schon geleisteten Handlungen finden, je nachdem der Leistende zur Aufhebung des Kontrakts Anlaß gegeben hat, oder nicht, die Vorschriften §§. 166, 167 Anwendung.

§. 412. Was bei verdungenen Werken und bei gedungenen Arbeiten Rechtens sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 11, Abschn. 8.)

§. 413. In wiefern obige Vorschriften (§. 396 sqq.) auch im kaufmännischen Verkehr stattfinden, soll unten näher verordnet werden[22a]). (Th. II, Tit. 8.)

---

20) Die bloße Behauptung ist hinreichend, zum Rücktritte vom Vertrage zu berechtigen. Die Aufhebung des Vertrages wird bewirkt durch die Erklärung des Rücktritts, gestützt auf jene Behauptung. Vergl. §. 878, Tit. 11. (4. A.) Der Rücktritt erfordert daher eine ausdrückliche Willenserklärung. Erk. des Obertr. vom 26. Sept. 1851 (Archiv für Rechtsf. Bd. II, S. 272).

Die Vorschrift dieses §. findet auf verdungene Werke nicht Anwendung. §. 412 d. T. verb. mit Tit. 11, §§. 878, 936—938, 943—948. Pr. des Obertr. v. 7. Mai 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 151).

(4. A.) Der Rücktritt wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß der Vertrag für eine bestimmte Zeit mit Vorbehalt einer nur zu bestimmten Zeitpunkten zulässigen Kündigung geschlossen ist. Pr. des Obertr. vom 23. März 1858 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 207).

Vergl. unter Anm. 89a, Abs. 2 zu §. 170, II, 6.

20a) (4. A.) Auch ein auf Lebenszeit angestellter Förster kann von der Gutsherrschaft, vorbehaltlich ihrer Pflicht zur Entschädigung, einseitig sofort seines Dienstes entlassen und zur Räumung der Dienstwohnung gezwungen werden. Erk. des Obertr. vom 17. Juni 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 1). Vergl. dagegen unten die Anm. 55a zu §. 101, Th. II, Tit. 5 und die Anm. 92, Abs. 2 zu §. 177 ebend. — (5. A.) Daß der Grund des Rücktritts bei dem Rücktritt angezeigt werden müsse, widrigenfalls von demselben kein Gebrauch gemacht werden dürfe, ist im §. 408 und auch anderswo nicht vorgeschrieben. Erk. dess. v. 3. Nov. 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LX, S. 255).

(4. A). Der einseitige Rücktritt von einem schriftlichen Vertrage über Handlungen berechtigt nicht zur Rückforderung der auf die zu leistenden Handlungen im Voraus geleisteten Zahlung. Erk. dess. vom 26. u. 31. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 221).

(4. A.) Auf Lieferungsverträge findet die Vorschrift des §. 408 nicht in allen Fällen Anwendung. Unten, Anm. 38, Abs. 2 a. E. zu §. 981, Tit. 11.

(4. A.) Ein Fabrikarbeiter muß die vertragsmäßig festgestellte Arbeitszeit, mit Ausnahme der in den §§. 140, 141 der Gewerbeordnung speziell gedachten Fälle, aushalten und hat kein Recht, seinen Austritt auf den §. 408 d. T. zu gründen, welcher als allgemeines Gesetz auf die Fälle nicht angewendet werden kann, die durch spezielle und spätere Gesetze geregelt sind. Erk. des Obertr. v. 3. Dez. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 112).

21) Er muß mithin das ganze, dem Anderen aus der Nichterfüllung des Vertrages erwachsende Interesse leisten. S. auch Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 30.

22) Die Vorschriften §§. 408 ff. setzen ausdrücklich den Fall voraus, daß die Handlungen angeblich nicht geleistet werden, und es wird — jenachdem dies sich als begründet oder unbegründet erweist — die Entschädigung wegen der Aufhebung des Vertrages bestimmt. Sind die Handlungen in der That geleistet worden und hinterdrein wieder vereitelt, so ist der Fall ein anderer, für welchen diese Bestimmung nicht gegeben ist. — (5. A.) Die §§. 409, 410 erfordern zu ihrer Anwendung, daß der eine Kontrahent von dem unstreitig als rechtsverbindlich bestehenden Vertrage zurücktreten zu wollen erklärt, weil der Gegentheil nicht erfüllen könne oder wolle. Erk. des Obertr. vom 5. Sept. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 7).

22a) (4. A.) Dieses zu thun hat man dort vergessen; es findet sich im Tit. 8, Th. II kein Wort von solchen Modifikationen, und eine feste Praxis hat sich noch nicht gebildet. Vergl. m. Anleit. zur preuß. Prozeßpraxis, Th. I, §. 111. (5. A.) Diese Lücke ist nun durch das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch ausgefüllt. Unten, Th. II, Tit. 8.

6) durch Erlaß, Vergleich u. s. w.

§. 414. Durch Erlaß, Vergleich und andere solche allgemeine Mittel, Verbindlichkeiten zu ändern oder zu tilgen, werden auch diejenigen aufgehoben, welche aus Verträgen entsprungen sind. (Tit. 16.)

7) durch den Tod.

§. 415. Die Rechte und Pflichten aus Verträgen werden durch den Tod des einen oder des andern Kontrahenten in der Regel nicht geändert, sondern gehen auf die Erben über[23]).

§. 416. War jedoch der Gegenstand des Vertrages eine Handlung, bei welcher es auf besondere Fähigkeiten und Verhältnisse des Verpflichteten ankam[24]), und dieser ist vor der Erfüllung gestorben, so ist der Vertrag selbst für aufgehoben zu achten.

§. 417. Hat der Verpflichtete auf Rechnung der übernommenen Handlung bereits etwas erhalten, so müssen seine Erben solches zurückgeben[25]).

§. 418. Hat der Verpflichtete die Erfüllung durch seine Schuld verzögert, so kann der Berechtigte, wegen des durch Aufhebung des Vertrages ihm entstehenden Schadens[26]), an seinen Nachlaß sich halten.

§. 419. Bestand die Verbindlichkeit des Verpflichteten aus mehreren zusammengesetzten Handlungen, und hat er vor seinem Absterben einen Theil der Erfüllung wirklich geleistet, so fällt zwar demungeachtet die fernere Erfüllung des Vertrages durch seinen Tod hinweg.

§. 420. Die Erben können aber, für den bereits geleisteten Theil der Erfüllung, eine billige Vergütung fordern.

§. 421. Diese Vergütung muß in der Regel nach Verhältniß dessen, was für die ganze Leistung versprochen war, bestimmt werden.

§. 422. Findet sich hingegen, daß bei dieser Bestimmungsart der Berechtigte einen wirklichen Schaden erleiden würde, so müssen die Erben des Verpflichteten mit einer Vergütung nach Verhältniß des dem Berechtigten aus der Handlung des Erblassers entstandenen Vortheils, sich begnügen.

§. 423. Sind bei den Bedingungen eines lästigen Vertrages[27]) dem Erblasser, in Rücksicht seiner persönlichen Eigenschaften, und eines darauf gegründeten besondern Vertrauens, gewisse[28]) in Geschäften dieser Art sonst nicht gewöhnliche Vortheile zugestanden worden, und fällt durch seinen Tod der Grund dieses persönlichen Vertrauens weg; so müssen die Erben entweder dieser Vortheile sich begeben, oder dafür, daß

---

23) Vergl. u. I, 9, §. 362. — (4. A.) Das bei Erbsonderungen gegen den Uebernehmer eines Nachlaßgrundstückes den Miterben vorbehaltene Recht auf den den Annahmepreis übersteigenden Mehrbetrag eines künftigen Verkaufspreises greift auch dann Platz, wenn erst behufs Auseinandersetzung der Erben des Gutsannehmers der Verkauf bewirkt, und ein höheres Kaufgeld gelöst ist. Erk. des Obertr. v. 26. Nov. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 163).

24) Sogenannte nicht fungible Handlungen. Verträge über sog. fungible Handlungen, d. h. solche, welche von Jedem gleich gut geleistet werden, der sich damit befaßt, z. B. Holzhauen, Wasserschöpfen, Lastentragen, können auch die Erben erfüllen.
Die §§. 416—422 gehören in das besondere Kapitel von Verträgen über Handlungen.

25) Dieserwegen hat der Berechtigte die condictio causa data. Die Vertragsklage ist mit dem Vertrage selbst erloschen, wenn nicht Schuld oder Mora eine Aenderung bewirkt hat. S. die folg. Anm.

26) Die durch den Vertrag begründete Obligation erlischt nur für die Zukunft; insoweit schon Forderungen daraus entstanden waren, geht sie auf die Erben über. Der Berechtigte kann daher seine Interessenforderung, welche durch die Versäumung des Verpflichteten in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit begründet worden, mit der Kontraktsklage von den Erben einfordern. Der Inhalt und Umfang derselben ist in dem einzelnen Falle nach dessen Beschaffenheit und nach dem Grade der Verschuldung festzustellen.

27) Eines lästigen Vertrages überhaupt, aus welchem die Obligation sich auch passiv vererbt. Es bezieht sich auf den §. 145, nicht auf die §§. 416 ff. Ein Rücktritt von dem Vertrage findet hier gar nicht statt, nur die besonderen Vortheile fallen weg, wenn die Erben nicht ebenso Genüge leisten, als es von dem Erblasser selbst geschehen sein würde.

28) Diese „gewisse" Vortheile müssen aus dem Vertrage erhellen; es muß ersichtlich sein, was dem verstorbenen Theile von dem Anderen über das Gewöhnliche zugestanden worden ist.

sie dem Vertrage ebenso, wie es von dem Erblasser zu erwarten war, ein Genüge leisten werden, annehmliche Sicherheit bestellen[29]).

X. Von Korrealverträgen.

1. Bei mehreren Verpflichteten.

§. 424. Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und demselben Vertrage[30]) verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ver-

---

29) Die Sicherheitsbestellung ist eigentlich nicht die Bedingung, von welcher die nicht gewöhnlichen Vortheile abhangen, sondern die erwartete Leistung. Der Sinn der Bestimmung ist dieser: der Vertrag ist auf Seiten des überlebenden Kontrahenten entweder durch Einräumung der zugestandenen Vortheile schon erfüllt, oder er soll nach der Leistung von der anderen Seite erst noch erfüllt werden. In dem ersten Falle müssen die Erben Sicherheit bestellen oder die ungewöhnlichen Vortheile vorläufig fahren lassen; nach der Leistung entscheidet sich die Frage endgültig. In dem zweiten Falle findet es sich nach der Leistung, was sie zu erhalten haben.

30) Es ist hier von der sog. passiven Korrealobligation die Rede. Eine solche wird angenommen, wenn Mehrere zugleich sich in dem nämlichen Vertrage verbindlich gemacht haben. Der Vertrag muß nicht, um diese Wirkung zu haben, nothwendig ein bestimmter Konsensualkontrakt sein, worin die Summe, welche die Korrealverpflichteten zu zahlen haben, durch Vereinbarung der Parteien unmittelbar bestimmt worden ist, sondern ein jeder Innominatkontrakt, wodurch der Eine von dem Anderen eine Sache oder Leistung gegen eine noch unbestimmte Vergeltung übernimmt, hat diese Wirkung in Ansehung der in Folge desselben von dem Richter festgesetzten Summe. Die aus einer rechtlichen Nothwendigkeit erfolgende Ueberlassung z. B. an Personen, welchen das Expropriationsrecht verliehen ist, hat dieselbe rechtliche Natur, wenn auch keine Vereinigung über die Summe stattgefunden hat. (3. A.) Bei der Vorschrift des §. 424 ist nicht nothwendig ein schriftlicher Vertrag vorausgesetzt, vielmehr findet dieselbe auf jeden Vertrag Anwendung, wodurch eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit mehrerer Personen entstehen könnte. Diesen Satz behauptet das Obertribunal und wendet ihn auf mehrere Darlehnsnehmer, welche das gegebene Darlehn gemeinschaftlich in ungetrennter Summe empfangen haben, an in dem Erk. v. 10. Jan. 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 349). Dieser Rechtsanwendung ist nicht beizustimmen: der Satz ist vielmehr auf Konsensualverträge zu beschränken. Bei einem Darlehnskontrakte kann man für das, was Andere von mehreren Darlehnsnehmern empfangen, unmöglich re verbindlich gemacht werden, eben weil man die res nicht erhält; Solidarität kann hier nur consensu begründet werden, wie das Obertribunal auch selbst a. a. O. S. 352 und in anderen Rechtsanwendungen ausgeführt hat (vergl. unten Anm. 54, §. 727, Tit. 11); und hier kommt es denn auf die formelle Gültigkeit des Konsenses an, was sehr häufig praktisch hervortritt, wenn eine Manns- und eine Frauensperson gemeinschaftlich eine Verbindlichkeit eingehen. M. s. Anm. 57 zu §. 232, Tit. 14. — Auch das R. R. fordert eine besonders, gleichviel in welcher Form, ausgedrückte Willenserklärung, wenn mehrere Darlehnsnehmer in solidum verpflichtet werden sollen. L. 5 C. si cert. pet. (IV, 2). Doch ergiebt sich hieraus kein Beweisgrund für die Meinung des Obertribunals, weil das R. R. eine andere Regel für die formelle Eingehung der Konsensualverträge hat; es ist aber auch jener Grund, daß man durch einen Realkontrakt nicht anders als durch den wirklichen Empfang der Sache und außerdem auch durch eine formell gültige Willenserklärung verbindlich gemacht werden kann, zur Widerlegung der Meinung des Obertribunals ausreichend. (4. A.) Wie mit dem Realkontrakte, so verhält es sich auch mit dem Empfange der Zahlung einer Nichtschuld, und noch aus einem Grunde mehr, nämlich weil dabei auch die Voraussetzung des §. 424, daß ein Vertrag vorhanden sei, fehlt. Man wird daher durch die nicht weiter begründete Versicherung des Obertribunals: „wenn die Bekl. — die fr. Zinsen — gemeinschaftlich erhoben haben sollten, so würde sich auch die Erhebung dieser Zinsen als ihr gemeinsames Rechtsgeschäft darstellen, aus welchem sie, wenn sie eine Nichtschuld erhoben haben, dem Kläger solidarisch verhaftet sind, ohne Rücksicht darauf, wie sie das gemeinschaftlich erhobene Geld unter sich vertheilt haben", — überrascht, welche in einem Erk. vom 5. Mai 1857 (Arch. Bd. XXV, S. 99) zu lesen ist. Wie dieser Ausspruch zu begründen wäre, möchte ich wohl sehen.

Die I, 14, §. 232 vorgeschriebene Vermuthung findet auch auf Korrealverträge Anwendung. Pr. 1545 (Pl.-Beschl.) v. 28. Febr. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 33).

Befindet sich auf der Seite der Korrealverpflichteten ein Unfähiger, so ist das auf die Verbindlichkeit der Uebrigen ohne allen Einfluß (§§. 430, 437 u. 446), auch dann, wenn seine Forderung durch Gegenleistung bedingt ist: der Andere leistet dann an die Fähigen das Ganze, weil der Unfähige auch in der Aktivobligation ausscheidet, sobald er selbst solches erklärt, oder sein Vorgesetzter die Genehmigung nicht ertheilt. S. Anm. 84 zu §. 22, Tit. 4, und §§. 12, 13 d. T.

(4. A.) Das gilt auch von dem Falle, wenn einer der mehreren Kontrahenten schreibensunerfahren und deshalb durch die Unterkreuzung des schriftlichen Vertrages für seine Person nicht civilrechtlich verbindlich geworden ist. Erk. des Obertr. vom 18. Juni 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 51). Vergl. auch Erk. des Obertr. v. 7. März 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 47).

Ein ähnlicher Fall ist der, wenn in der Vertragsurkunde über einen wechselseitigen Vertrag auf der einen Seite Zwei als correi auftreten, aber der Eine jener Beiden weder selbst unterschrieben,

abredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften[30a]).

§. 425. Wollen die mehreren Verpflichteten aus dem gemeinschaftlich geschlossenen Vertrage solchergestalt nicht verhaftet sein, so müssen sie sich darüber in dem Vertrage selbst deutlich erklären.

§. 426. Ist in dem Vertrage selbst bestimmt: was und wieviel nur ein jeder der Verpflichteten zu der übernommenen Verbindlichkeit beitragen solle, so hat es dabei lediglich sein Bewenden.

§. 427. Fehlt diese Bestimmung und ist es gleichwohl aus dem Vertrage klar, daß die mehreren Verpflichteten nicht gemeinschaftlich[31]) haften sollen; so ist die Art und das Maß des von Jedem zu leistenden Beitrages, nach dem Zwecke seiner Theilnehmung an der übernommenen Verbindlichkeit, sowie derselbe aus der Natur des Geschäftes, und seinem persönlichen Stande oder Gewerbe sich ergiebt, zu beurtheilen.

§. 428. Kann auch hiernach der entstandene Streit nicht entschieden werden, so ist anzunehmen, daß die sämmtlichen Verpflichteten dem Berechtigten zu gleichen Theilen verhaftet sind.

---

noch demjenigen, der für ihn unterschrieben, eine schriftliche, sondern nur eine mündliche Vollmacht dazu gegeben hat. In einem solchen Falle hatte das Appellationsgericht (Kammergericht) den daraus von dem in Anspruch genommenen Zweiten, der persönlich kontrahirt und unterschrieben hatte, entnommenen Einwand der Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes auch in Beziehung auf ihn als unzuständig verworfen, in der Erwägung, daß mit der ersten, nicht vertretenen Person kein Vertrag rechtsverbindlich geschlossen worden sei, und hieraus — so muß ergänzt werden — für den zweiten Nebenkontrahenten und Korreus kein Einwand erwachse. Dieser Grund fließt logisch richtig aus dem Begriffe und aus der rechtlichen Natur der Korrealobligation. Das Obertr. jedoch hat dies für einen Grundirrthum in der Rechtslehre erkannt und die darauf gegründete Entscheidung vernichtet, behauptend, der rechtsgültige Abschluß des Vertrages *überhaupt* sei durch das Fehlen des Einen der Nebenkontrahenten vereitelt, „weil ja die Absicht der beiden Personen, welche ihren Willen kund gethan haben, dahin gegangen und dahin ausgesprochen ist, daß nicht sie allein, sondern auch der vermeintliche dritte Kontrahent in das Vertragsverhältniß eintreten solle, und weil daher, wenn diese Absicht sich nicht verwirklicht, überhaupt kein allseitiges Einverständniß darüber zu Stande kommt, welche Personen Rechte und Pflichten überkommen sollen. Auch der Verklagte (der, welcher unterschrieben hatte), welcher nicht allein, sondern in Gemeinschaft mit dem Zweiten, sowie der Kläger (der andere Theil), welcher nicht gegen den Verklagten allein, sondern auch gegen jenen Zweiten hat Rechte erwerben und Pflichten übernehmen sollen und wollen, haben sonach, weil Jener dem Vertrage (nicht dem Vertrage, sondern nur der Urkundserrichtung darüber, was jedoch unerheblich ist) fremd geblieben ist, in Wirklichkeit keinen Vertrag geschlossen." Erk. vom 19. März 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 355). Damit tritt das Obertribunal mit seinen Rechtsausführungen bei der Entscheidung früherer ähnlicher Fälle außer Uebereinstimmung, denn das Gesagte paßt auch auf jene. Das ist jedoch unerheblich; das Erhebliche ist, daß das Gesagte mit Begriff, Wesen und Wirkung einer Korrealobligation im Widerspruche steht. Eine Korrealobligation besteht dem anderen Theile gegenüber, aus so vielen einzelnen selbstständigen Obligationen, in Betreff des nämlichen Gegenstandes, wie Korrei nebeneinander stehen; die Korrei unter sich kontrahiren miteinander nicht. Daher nimmt jeder Korreus eine von den etwa noch neben ihm wirklich oder vermeintlich stehenden Nebenverpflichteten völlig unabhängige Alleinschuld auf sich, folglich kann er für seine Person aus der Nichtschuld eines solchen Nebenverpflichteten niemals einen Befreiungsgrund hernehmen: er muß auf Verlangen des Gläubigers bezahlen, wenn auch alle übrigen förmlich verbunden sind; er hat mithin, dem Gläubiger gegenüber, an der Befreiung eines vermeintlichen Nebenverbundenen kein rechtliches Interesse, eine *daher* geholte Einrede ist eine exceptio de jure tertii. Daraus, daß an der Gegenleistung die Ausscheidenden vielleicht Theil zu nehmen hätten, wenn sie in der Obligation ständen oder stehen geblieben wären, folgt für die passive Verbindlichkeit der rechtsgültig Verpflichteten nichts, da sie ja ausscheiden; und jedenfalls nur dem anderen Theile der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation erwachsen könnte.

30a) (4. A.) Diesen Rechtsgrundsatz hat das Obertribunal auch auf den Fall angewendet, wo mehrere gemeinschaftliche Verkäufer das Kaufgeld gemeinschaftlich in Empfang genommen hatten und in der Folge, da der Kauf wegen Formmangels als ungültig behandelt wurde, wieder zurückzahlen mußten. Erk. des Obertr. v. 19. April 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 264).

31) „Gemeinschaftlich" heißt hier so viel, wie Einer für Alle und Alle für Einen (§. 424), denn es soll eben der Gegensatz davon hier behandelt werden. Auch im §. 446 d. T., Tit. 13, §§. 201, 202 und I, 17, §§. 127, 131 hat es diese Bedeutung.

§. 429. In allen Fällen, wo mehrere Verpflichtete dem Berechtigten jeder nur für seinen Antheil haften (§§. 425—428), ist Letzterer wegen des Antheils des Einen sich an den Andern zu halten nicht befugt.

§. 430. Wenn aber die mehreren Verpflichteten dem Berechtigten Einer für Alle und Alle für Einen haften, so kann der Berechtigte, wegen seiner ganzen Forderung, an welchen unter ihnen er will, sich halten.

§. 431. Der in Anspruch Genommene kann zwar seine Mitverpflichteten zur gemeinschaftlichen Vertheidigung, oder Leistung der übernommenen Verbindlichkeit auffordern.

§. 432. Durch diese Aufforderung[32]) aber darf der Berechtigte in Verfolgung seines Anspruchs nicht aufgehalten werden.

§. 433. Wenn auch der Berechtigte einen oder alle Mitverpflichtete nur für ihren Antheil in Anspruch genommen hat, so kann er doch davon wieder abgehen, und Einen unter ihnen auf das Ganze belangen.

§. 434. Auch kann er, wegen der von einem Verpflichteten ganz oder zum Theil nicht zu erhaltenden Zahlung, jeden der Andern, welchen er will, so lange, bis er vollständig befriedigt worden, in Anspruch nehmen.

§. 435. Was in Ansehung der schuldigen Sache oder Handlung von dem einen Verpflichteten gethan worden, gereicht allen übrigen zum Vortheil[33]).

§. 436. Ist dadurch der Anspruch des Berechtigten gegen alle Mitverpflichtete vermindert, so kommt dieses demjenigen, der die Verminderung bewirkt hat, auch gegen die andern Mitverpflichteten[34]) zu Statten.

§. 437. Hat einer der Mitverpflichteten durch Vergleich, Urtel, oder auf andere Art, Befreiung von der Schuld nur für seine Person erhalten, so können die übrigen davon gegen den Berechtigten keinen Gebrauch machen[35]).

§. 438. Die Handlung eines Verpflichteten kann die Rechte der übrigen nicht schmälern[36]).

§. 439. Ein Verpflichteter kann also auch durch seine Einwilligung die an eine

32) Die „Aufforderung", d. h. die Litisdenunziation muß so zeitig angebracht werden, daß die Verhandlung der Hauptsache darnach nicht aufgehalten wird. Das Verbot des Aufenthaltes bezieht sich nicht auf die von den Litisdenunziaten zur Vertheidigung vorgebrachten Einreden, die ebenso erörtert werden müssen, als wenn sie der Beklagte selbst gemacht hätte. Es ist hier überhaupt gar nichts Neues in dieser Beziehung vorgeschrieben, vielmehr lediglich nach der Pr.-O. Tit. 17, §§. 14—18 und deren Abänderungen zu verfahren.

33) Die §§. 430—434 haben von der Befugniß des Gläubigers gesprochen, unter seinen alternativen Schuldnern nach Gutfinden den auszuwählen, welchen er auf Leistung angreifen will. Die §§. 435—437 behandeln die Wirkung einer von Einem erfolgten Leistung oder befreienden Handlung in Beziehung auf die Uebrigen. Das Wesen der Korrealobligation besteht darin, daß die Schuld eine subjektiv-alternative ist, und entweder von dem Einen oder von dem Andereu zu tilgen ist, aber einmal getilgt, ganz und für Alle getilgt ist. Dieser Grundsatz ist es, welchen der §. 435 ausspricht. (5. A.) Der Ausdruck: „was in Ansehung der schuldigen Sache oder Handlung — gethan worden", umfaßt alle die verschiedenen Leistungsarten, welche der §. 123, Tit. 2 aufzählt; er ist jedoch mißverstanden worden (s. Anm. 8 zu §. 10, Tit. 8 der Proz.-Ordn., 5. Ausg.) und würde den Gedanken vielleicht mit den Worten: „was zur Tilgung der Verbindlichkeit — gethan worden", korrekter ausgedrückt und so eine solche mißverständliche Auffassung verhindert haben.

(5. A.) Die auf verschiedenem Rechtsgrunde beruhenden Verpflichtungen des Acceptanten und des Trassanten eines Wechsels sind nicht als gemeinsame anzusehen, wenn auch möglicher Weise der Umfang der Verpflichtungen gleich groß ist. Erk. des Obertr. vom 14. Januar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 25).

34) Bei der Aufbringung des Restes, unter sich. Der verminderte Theil kommt dabei ganz auf die Rechnung des Minderers.

35) Dies ist der Gegensatz des §. 436. Beide Sätze folgen aus dem Grundsatze des §. 435.

36) Dies ist ein zweites Prinzip über die Wirkung von solchen Handlungen des Einen in Beziehung auf die Uebrigen, wodurch die Schuld vergrößert oder erschwert, oder die Befugniß des Gläubigers erweitert wird.

§. 446. Wenn einer oder mehrere der gemeinschaftlich Verpflichteten Verträge zu schließen unfähig sind, so müssen die übrigen deren Antheil unter einander übertragen.

§. 447. Ist einer, oder sind mehrere der Mitverpflichteten demjenigen, welcher den Berechtigten für das Ganze befriedigt hat, ihre Antheile zu entrichten unvermögend, so muß ein solcher ausfallender Antheil gleichergestalt von sämmtlichen Mitverpflichteten, mit Inbegriff desjenigen, welcher die Zahlung an den Berechtigten geleistet hat, übertragen werden.

§. 448. Außerdem aber kann ein Verpflichteter wegen desjenigen, was er von einem seiner Mitverpflichteten zu fordern hat, sich an die übrigen, in Mangel einer besondern Verabredung, nicht halten.

§. 449. Geräth ein Mitverpflichteter in Umstände, welche sein künftiges Unvermögen, den Vertrag zu erfüllen, wahrscheinlich machen, so können die Andern wider ihn auf Sicherstellung seines Antheils dringen.

2. Von mehreren Berechtigten.

§. 450. Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben[40]).

---

die Forderung des Gläubigers cedirt erhält oder erbt, nicht geändert (§§. 492—494, Tit. 16), weil er sich von seiner durch die Gemeinschaft bereits gegründeten Verbindlichkeit nicht einseitig frei machen kann.

Dieser Grundsatz findet auch Anwendung auf mehrere verpfändete Grundstücke. „Wenn bei der Existenz mehrerer, für eine und dieselbe Forderung solidarisch verpfändeter Grundstücke der Besitzer des einen derselben den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt und nun den Besitzer des anderen belangt, so kommt die Regel zur Anwendung, wonach mehrere Korrealverpflichtete unter sich auch ohne besonderen Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten haben. Diese Regel erleidet dadurch keine Aenderung, daß einer der Korrealverpflichteten den Gläubiger gegen jura cessa befriedigt hat; auch der Cession ungeachtet muß er sich, wenn er den Anderen in Anspruch nimmt, seinen eigenen Antheil in Abzug bringen lassen. Pr. 1649, v. 18. Oktbr und 12. Dez. 1845 (Entsch. XII, 168). (5. A.) Die Bestimmung dieses Präjudizes betrifft lediglich die Solidarität der Grundstücke und nur die Verhältnisse der temporären Besitzer als solcher unter einander; dagegen befinden sich die Besitzer von Grundstücken, auf welchen Hypotheken konjunktim haften, in keinem anderen nexus, als in demjenigen, welchen der Besitz ihrer Grundstücke gewährt. Erk. des Obertr. vom 11. März 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 268). — (4. A.) Anwendung: Erk. des Obertr. v. 27. Sept. 1850 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 342).

40) Parallelstellen: I, 17, §§. 10 u. 151; I, 13, §. 210. Diese Bestimmung hindert den Einzelnen von mehreren Mitberechtigten an der Ausübung oder Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechts für sich allein. I, 17, §. 10. Pr. 1870, v. 18. Mai 1847, und Erk. v. 16. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 181). Doch aber ist der Antheil eines Jeden ein besonderes Eigenthum, ein Individualrecht desselben (I, 17, §. 4), welches gefährdet werden kann, wenn ihm die Alleinhandlung in Beziehung auf das Ganze nicht gestattet ist, und er auch die Mitberechtigten zur Mithandlung oder Zustimmung nicht zu bewegen vermag. Diese Betrachtung hat eine Rechtsungewißheit und ein Schwanken der Praxis in der Zulassung von Klagen Einzelner wegen des gemeinschaftlichen Rechts veranlaßt; die Meinungen der Rechtsgelehrten und die Entscheidungen der Gerichte widersprechen sich. Durch den Pl.-Beschl. (Pr. 2325) des Obertr. v. 1. Dez. 1851, lautend: „In dem Falle, in welchem Mehreren das ihnen gemeinschaftliche Recht zusteht, von einem Dritten Rechnungslegung zu fordern, gehört es auch zu den Individualrechten des einzelnen Mitberechtigten, von dem Verpflichteten die Rechnungslegung an die Gesammtheit der Berechtigten zu verlangen" (J.M.Bl. 1852, S. 3 und Entsch. Bd. XXII, S. 136), — wird die Unsicherheit theilweise beseitigt. Es handelt sich um die Findung des Prinzips zur Bestimmung der Grenzen des Individualrechts, allein und ohne Zustimmung der Uebrigen einzuschreiten. Als leitender Grundsatz ist anzuerkennen, daß die Sicherung und Feststellung des gemeinschaftlichen Rechts und auf Vorbereitung der künftigen Theilung abzweckende Maßregeln als Ausfluß des besonderen Eigenthums anzusehen sind und deshalb als ein Individualrecht jedem einzelnen Mitberechtigten zustehen. Anwendungen davon sind gemacht in I, 14, §. 66 und Pr.-O. Tit. 46, §. 7. Doch wird der Fall der Anwendung bedenklich, wenn der Angesprochene dadurch in die Lage versetzt wird, daß er, wenn er obsiegt, oder Gegenansprüche hat, denselben Prozeß wiederholt mit jedem Einzelnen durchmachen müßte; gegen dieses Uebel muß er sich durch die exceptio plurium litisconsortium schützen können. Die Anwendung ist deshalb immer schwierig und kann mehr oder weniger rechtsverletzend für den Beklagten werden. Diese Schwierigkeit liegt in der abnormen Besonderheit der landrechtlichen Bestimmungen über das aktive Korrealverhältniß. Pr.-R. Bd. II, S. 151 und Recht der Forderungen Bd. II, §. 64. Eine richtige Anwendung macht das Erk. des

§. 451. Doch kann keiner der Mitberechtigten durch seine Handlungen und Entsagungen das Recht der übrigen schmälern.

§. 452. Hat, bei einer theilbaren Sache oder Summe, der Verpflichtete einem der Berechtigten seinen Antheil entrichtet, so tritt er, in Beziehung auf die übrigen Berechtigten, an dessen Stelle.

§. 453. Die Befugnisse der mehreren Berechtigten unter sich, sind nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthum zu beurtheilen. (Tit. 17.)

---

## Sechster Titel.

### Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen [1]).

Diese Materie hat keine Geschichte, sie ist durch und durch neu. Deshalb bietet für sie das Gemeine Recht keine Quelle und die gemeinrechtliche Literatur keine Hülfsmittel. Als eine geschlossene Lehre vom Schadenersatze, mit Hereinziehung der Entstehungsgründe und der besonderen Voraussetzungen derselben, mit Einschluß der Lehre vom Dolus, Culpa und Casus, darzustellen und die Behandlung als Theil des Obligationenrechtes hat versucht Sintenis in seinem praktischen gemeinen Civilrecht, Bd. II, §. 86. — Ueber Preußisches Recht s. m. hauptsächlich Bornemann, System des Preußischen Civilrechts, Bd. I, S. 300 ff., Bd. II, S. 299 ff. — M. Privatrecht, 3. A., Bd. II, §§. 465, 466, 735, 736; u. m. Recht der Forderungen, 2. Ausg., Bd. I, §. 19 u. 28; Bd. III, §. 395.

§. 1. Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens [2]).

§. 2. Wird ein solcher Nachtheil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt.

§. 3. Entsteht der Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache [3]), so ist ein mittelbarer Schade vorhanden.

---

Obertr. v. 11. Oktober 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 103). Auch in dem Erk. v. 22. Nov. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 58), wonach jeder einzelne Miteigenthümer eines Gebäudes für sich allein zur Klage gegen denjenigen berechtigt ist, welcher gegen die Vorschriften der §§. 124 u. 125, I, 8 dem Gebäude mit Anlagen zu nahe gekommen ist. S. weiter unten, Anm. 5 zu §. 10, Tit. 17. (4. A.) Die §§. 450 ff. setzen übrigens einen in rechtsgültiger Form errichteten Vertrag voraus. Erk. des Obertr. v. 18. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 194). Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. VIII, S. 137.

(4. A.) Mehrere Bevollmächtigte stehen hinsichtlich der actio mandati contraria nicht in Gemeinschaft, Jeder von ihnen kann wegen seines Aufwandes gegen die Machtgeber für sich allein klagen. Erk. des Obertr. vom 22. Januar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 29).

1) Ueber den Begriff der unerlaubten Handlungen s. o. die Anm. zu §. 35, Tit. 3. Die unter diesem Titel gegebenen Vorschriften beschränken sich nicht auf diejenigen Handlungen, welche im R. R. als Delikte und Quasidelikte bezeichnet sind, sondern sie umfassen auch, mehr oder weniger, die Obligationen quasi ex contractu, ja zum Theil selbst die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten, in sofern, als der hier bestimmte Umfang der Ersatzverbindlichkeit auf die Fälle des vertragswidrigen Verhaltens anzuwenden ist. Die in diesem Titel gegebenen Grundsätze über Schaden und Interesse und über Schadenersatz sind ganz allgemeine, die nicht lediglich in das Kapitel von unerlaubten Handlungen gehören.

Diese allgemeinen Grundsätze, ja der ganze Titel ist ohne geschichtliche Grundlage. Das bis dahin praktisch gültige Recht ist bei Seite gelegt und es sind ganz neue Begriffe ersonnen worden, weshalb sie für die Wirklichkeit wenig brauchbar sind. Insbesondere gilt dies von der Abstufung der Ersatzverbindlichkeit. „Wir dürfen kühn behaupten," sagen die Ges.-Rev., „daß die Abstufung der Ersatzverbindlichkeit für die Anwendung durchaus werthlos ist. Sie hat, weil sie nicht aus dem Leben gegriffen ist, auch nicht ins Leben übergehen können."

2) Dies ist die Begriffsbestimmung des s. g. positiven Schadens (damnum emergens). Der zweite Theil des ganzen Interesse, der s. g. entgangene Gewinn (lucrum cessans), ist im §. 5 definirt.

3) Wie man sich die Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der Folgen einer Handlung gedacht hat, s. m. in der Anm. 4 zu §. 5, Tit. 3.

§. 4. Ein Schade, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorausgesehen werden konnte[4]), wird im rechtlichen Sinne zufällig genannt.

§. 5. Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, werden zum entgangenen Gewinn gerechnet[5]).

§. 6. Doch wird bei Bestimmung des entzogenen Gewinnes nur auf solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen, vernünftiger Weise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen[6]).

§. 7. Zu einer vollständigen Genugthuung gehört der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinnes.

§. 8. Wer Jemandem ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben.

§. 9. Unterlassung einer Zwangspflicht wird einer Kränkung oder Beleidigung gleich geachtet.

Grundsätze vom Schadensersatze überhaupt.

§. 10. Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugthuung[7]) leisten[7a]). (§. 7.)

§. 11. Ebendazu ist auch der verhaftet, welcher eine dem Andern schuldige Pflicht aus Vorsatz oder grobem Versehen unterläßt, und dadurch denselben Schaden verursacht[7aa]).

---

4) Nicht darauf allein kommt es an: ob eine ursachliche Verbindung zwischen Handlung als Ursache und Schaden als Wirkung vorhanden, oder nicht, sondern auch darauf soll gesehen werden: ob der Handelnde die Wirkung voraussehen konnte. Konnte er das — nach dem Dafürhalten des Richters — nicht, so ist das auch durch willkürliche Handlung eines Menschen verursachte Ereigniß ein rein zufälliges. Vergl. §. 6, Tit. 3 und die Anm. 6 zu §. 7, sowie die Anm. 7 zu §. 8 ebend.

5) Die Fassung ist so, als wenn nicht Alles, was den entgangenen Gewinn ausmacht, bezeichnet werden sollte, als wenn der entzogene Gewinn noch andere Bestandtheile hätte. So ist es aber nicht gedacht, man hat eine erschöpfende Definition vom lucrum cessans beabsichtigt. S. o. die Anm. 2.

(4. A.) Den entgangenen Gewinn bildet bei einer marktgängigen Sache diejenige Differenz, welche zwischen dem Preise, der bei der kontraktlichen Erfüllung des Frachtvertrages an dem Ablieferungsorte zu erzielen gewesen sein würde, und demjenigen Preise besteht, welcher in Folge der Nichterfüllung später erlangt worden ist. Erk. des Obertr. v. 17. Sept. 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 13).

(4. A.) Der Entschädigungsanspruch des Holzberechtigten gegen den Waldeigenthümer, der die Ausübung des Holzungsrechts gehindert hat, ist nicht durch den Nachweis des wirklichen Verbrauchs bedingt, es genügt vielmehr der Nachweis des Bedarfs und der Möglichkeit der Befriedigung desselben aus dem belasteten Walde. Erk. dess. v. 6. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 224).

6) Die Frage ist rein faktisch. Rechtens ist nur, daß ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Handlung und dem entgangenen Vortheile vorhanden sein muß. Vergl. §. 286, Tit. 5 und die Anm. 37 dazu. Andere Fälle der Anwendung sind: Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 259 u. Bd. IV, S. 223.

Gegen den Beeinträchtiger eines Patentrechts findet ein Entschädigungsanspruch erst dann statt, wenn der Beeinträchtiger, nach vorausgegangener Verwarnung durch die Provinzial-Verwaltungsbehörde, einer wiederholten Verletzung sich schuldig macht. Patentregulativ vom 14. Okt. 1815, Nr. 10 (v. Kamptz, Annalen, Bd. VII, S. 827). Pr. des Obertr. 1971, vom 29. Januar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 117). Die Patentgesetzgebung ist eine singuläre.

Wenn die Entziehung des zu erstattenden Vortheils bis zur Befriedigung des Beschädigten in Ansehung der Hauptsache fortwirkt, so kann der Richter, wenngleich in der Klage keine Summe voraus angegeben werden kann, doch im Prinzipe über omnis causa erkennen, in der Weise, wie z. B. auch über künftige Verzugszinsen bis zur Zahlung erkannt wird.

7) Diese regulirt sich nach dem Orte, wo die beschädigende Handlung vorgefallen ist. S. oben Einl. §. 33, Anm. 44, Nr. III.

7a) (4. A.) Wird die Entschädigungsklage auf einen angeblichen Meineid gegründet, so kann die Klage nicht unmittelbar bei dem Civilgerichte durch die Behauptung, daß der Bekl. einen falschen Eid geschworen und dadurch den Kläger beschädigt habe, begründet; vielmehr muß präjudiziell über das Verbrechen von dem zuständigen Strafgerichte erkannt werden. Pr.-O. Tit. 16, §. 24; V. v. 3. Jan. 1849, §§. 151 ff.; Erk. des Obertr. v. 8. April 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 52).

7aa) (4. A.) Daß die §§. 10 u. 11 nicht auf Vertragsfälle angewendet werden können, wie es

§. 12. Wer nur aus mäßigem Versehen den Andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet nur für den daraus[7b]) entstandenen wirklichen[7c]) Schaden.

§. 13. Doch muß der Beschädiger auch einen solchen entgangenen Gewinn ersetzen, den der Beschädigte durch den gewöhnlichen Gebrauch desjenigen, woran er gekränkt worden, erlangt haben würde, wenn die Kränkung nicht vorgefallen wäre[8]).

§. 14. In einem solchen Falle muß der entgangene Gewinn vergütet werden, auch wenn der wirkliche Schade keiner Schätzung fähig wäre.

§. 15. In Fällen, wo auch ein geringes Versehen vertreten werden muß (Tit. 3, §§. 22, 23), haftet der Beschädiger nur für den durch ein solches Versehen entstandenen unmittelbaren Schaden[9]).

§. 16. Der aus einer Handlung entstandene zufällige Schade darf nur alsdann vergütet werden, wenn die Handlung selbst wider ein Verbotsgesetz[10]) ist; oder wenn

---

geschehen ist, bestimmt unten der §. 17 d. T. ausdrücklich. Vergl. oben die Anm. 36, Abs. 4 zu §. 285, Tit. 5.

Die Vorschriften §§. 1—11 kommen erst in Betracht, wenn dargethan ist, daß der Angesprochene eine ihm obliegende Schuldigkeit versäumt hat.

7b) (4. A.) Daraus entstandenen, wenn auch nicht lediglich, aber doch hauptsächlich. Denn wenn noch andere Umstände mitgewirkt haben, so ist es an dem Beklagten, darauf einen Einwand zu gründen; zur Begründung dieses Einwandes aber muß der Beklagte behaupten und folglich nachweisen, daß und in welchem Umfange die mitgewirkt habenden anderen Umstände, z. B. ungewöhnlich starke Regengüsse bei der ihm obgelegenen aber wissentlich unterlassenen Räumung und Instandsetzung des Ableitungsgrabens, unabhängig von dieser Vernachlässigung für sich allein einen selbstständigen Schaden verursacht haben würden. Pr. des Obertr. vom 3. Juli 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 79).

7c) (4. A.) Der wirkliche Schaden ist jeder Schaden im Gegensatze zum entgangenen Gewinne, ohne Unterschied, ob er ein mittelbarer oder unmittelbarer Schade sei. Daher ist z. B. der Richter, welcher bei Leitung einer nothwendigen Subhastation ein mäßiges Versehen begangen hat, auch in dem Falle, wenn dieses vor dem Zuschlage bemerkt und gehoben worden ist, außer zum Ersatze der deshalb entstandenen Kosten, dem Interessenten auch zum Ersatze des wirklichen Schadens verpflichtet. Es ist jedoch, was zweifelhaft ist (die Gründe sind ganz unzutreffend), auch angenommen, daß ein Hypothekengläubiger, der die Subhastation weder ausgebracht hat, noch auch ihr beigetreten ist, den durch das gedachte Versehen des Richters ihm entstandenen Schaden von demselben nicht erstattet verlangen könne. Der Rechtsfall war der, daß der Termin, wegen einer unterbliebenen Vorladung, nicht den Zuschlag zur Folge hatte, und daß in dem angesetzten neuen Termin 500 Thlr. weniger geboten wurden, was einen Ausfall zur Folge hatte. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 3 und Entsch. Bd. XLVII, S. 93).

8) Hierdurch entsteht eine neue Abstufung des entgangenen Gewinns (§§. 5 u. 6), von welcher die Anwendung schwierig ist, da nicht erkennbar ist, wodurch sich die hier gemeinte Spezies des lucrum cessans von der Gattung (§. 6) charakteristisch unterscheidet; denn die hier im §. 13 gemachte Bedingung findet sich wesentlich auch im §. 6. Dies wurde schon gegen den Entwurf monirt. Suarez erwiderte darauf: Der hier gemeinte Gewinn sei erstens ein solcher, den der Beleidigte durch das, woran ihm die Kränkung widerfahren, hätte erlangen können. Z. B. der Tagelöhner durch seine Arbeit (das ist auch bei dem §. 6 der Fall), der Pächter durch die Bewirthschaftung des gepachteten Guts (gleichfalls auch im Falle des §. 6), der Kaufmann durch die Nutzung der ihm vorenthaltenen und entzogenen Gelder (das überschreitet fast schon die Bedingung des §. 6). Zweitens könne nur auf einen solchen Gewinn, der durch den gewöhnlichen Gebrauch hätte erlangt werden können, gesehen werden. Z. B. der Tagelöhner könne nur das gewöhnliche Tagelohn, der Verleiher nur das gewöhnliche Miethsgeld fordern (Bornemann, System, II, 320). Was der Kaufmann fordern könne, sagt er nicht; aber er will ihm gewiß nur Verzugszinsen zubilligen, denn er fügt bei: auf dasjenige also, was der Beleidigte durch seine besondere Industrie und vermöge besonderer Anstalten und Vorkehrungen hätte erwerben können, sei hier nicht zu sehen. Dann paßt aber das Beispiel vom Kaufmanne nicht; denn jeder Andere muß auch Verzugszinsen erhalten.

9) Die Satzung paßt nicht, denn sie bezieht sich ausdrücklich nur auf die an sich erlaubten Handlungen solcher Personen, welche als Kunst- und Sachverständige ꝛc. besondere Kenntniß haben und besondere Sorgfalt anwenden müssen, während doch die Folgen einer jeden unerlaubten Handlung einem Jeden, welchem irgend ein auch nur geringes Versehen vorzuwerfen ist, angerechnet werden. §§. 88, 93, 98, 110, 111, 118 d. T.

10) Vergl. §. 13, Tit. 3. Der §. 249, Tit. 13 gehört nicht zu den hier gemeinten Verbotsge-

der Handelnde durch ein solches gesetzwidriges Verhalten in die Umstände, wodurch er zu der Handlung veranlaßt worden, sich selbst gesetzt hat.

§. 17. Was wegen der bei Verträgen zugefügten Schäden stattfinde, wird im vorhergehenden Titel bestimmt. (Tit. 5, §. 277 sqq.)

In wiefern die Schuld des Beschädigten den Beschädiger vom Ersatz befreie.

§. 18. Von der Vergütung eines aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten unmittelbaren Schadens wird der Beleidiger durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit.

§. 19. Hingegen darf der mittelbare Schade und der entgangene Gewinn nicht ersetzt werden, wenn der Beschädigte bei der Abwendung desselben sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen[10a]).

§. 20. Ein dergleichen eigenes grobes Versehen des Beschädigten macht denselben aller Schadloshaltung verlustig, wenn der Schade nur aus einem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers entstanden ist[10b]).

§. 21. Der Ersatz des aus mäßigem oder geringem Versehen entstandenen mittelbaren Schadens und entzogenen Gewinnes[11]) fällt schon alsdann weg, wenn der Beschädigte den Nachtheil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte[11a]).

Von wechselseitigen Beschädigungen.

§. 22. Haben zwei oder mehrere einander wechselseitig beschädigt[12]), so haftet jeder dem Andern für den verursachten Schaden nach Maßgabe der ihm zur Last fallenden Verschuldung[13]).

§. 23. Haben Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung einander dabei Schaden zugefügt, so muß jeder seinen eigenen Schaden tragen[14]).

Rechtliche Vermuthungen bei der Schadenszufügung.

§. 24. Daß Jemand durch die Schuld eines Andern beschädigt worden, wird nicht vermuthet.

§. 25. Wer aber in der Ausübung einer unerlaubten Handlung sich befunden hat, der hat die Vermuthung wider sich, daß ein bei solcher Gelegenheit[15]) entstandener Schade durch seine Schuld sei verursacht worden.

---

setzen des Staats, aber doch unter die Regeln über unerlaubte Handlungen außer dem Falle eines Vertrages. Vergl. Anm. 13 zu §. 13, Tit. 3.

10a) (5. A.) M. s. unten die Anm. 15a zu §. 26 d. T.

10b) (5. A.) M. s. unten die Anm. 15a u. 16, Absatz 2 zu §. 26 d. T.

11) Der entzogene Gewinn wird ja bei einem nur geringen Versehen schon an sich nicht erstattet, nach §. 15.

11a) (4. A.) Die Vorschriften der §§. 18—21 finden auch auf Verträge Anwendung. Erk. des Obertr. v. 4. Febr. 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 40).

12) Ohne Recht nämlich. §§. 8 und 36 d. T. Wer in gerechter Nothwehr den Angreifer beschädigt, ist keinen Ersatz schuldig.

13) Man hat hierbei an wechselseitige Schlägereien nach den Materialien gedacht. Nach R. R. hat der Angreifer keinen Ersatz zu fordern, nach dem Grundsatze über Beschädigung durch eigene Schuld. L. 1, §§. 11 D. si quadrupes (IX, 1). Nur darf der Angegriffene nicht nach Beseitigung des Angriffs aus Rache beschädigen. L. 7, §. 4; L. 45, §. 4 D ad leg. Aquil. (IX, 2).

14) Der hier vorausgesetzte Fall steht dem im vor. §. 22 gedachten Falle zur Seite und hat auch mit dem Falle des §. 34 durchaus nichts gemein. Der §. 22 bezieht sich auf den einer wechselseitigen Beschädigung von Personen, die einander feindlich gegenüber stehen. Der §. 23 gedenkt des Falles eines gemeinschaftlichen Unternehmens. Zwei Diebe unternehmen einen Einbruch. Der Eine hält die Leiter, der Andere steigt hinauf. Indem dieser oben ist, läßt der Erste die Leiter los. Jener stürzt herab und bricht Arme und Beine. Dafür hat er gar keinen Ersatz zu fordern. Der juristische Grund ist, daß der Beschädigte seiner verbrecherischen Unternehmung die Beschädigung zu danken hat; das Recht schweigt für solche Fälle.

15) Eben bei Gelegenheit der Ausübung dieser bestimmten Handlung, z. B. bei einem Einbruche, bei welchem, vielleicht aus anderen Ursachen, Schäden entstehen. Dafür hat der später hinzukommende Helfer bei Fortschaffung der Sachen, der Hehler, der Theilnehmer an den Vortheilen des Diebstahls nicht zu haften. Vergl. den Rechtsfall in den Rechtsf. des Obertr. Bd. IV, S. 320. (4. A.) Das Obertr. hat in dem Falle, wo ein Postbeamter bei Gelegenheit der Beförderung eines Geldpakets sei-

§. 26. Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt [15a]), für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre [16]).

§. 27. Der Ersatz des Schadens und entgangenen Gewinnes muß aus dem Vermögen desjenigen [16a]) erfolgen, welcher den Schaden verursacht hat. (§§. 42, 56.) Woher der Ersatz zu leisten.

§. 28. Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz geht auf die Erben des Beschädigers über [16b]). Verbindlichkeit der Erben.

---

nen Vorschriften zuwider den Schlüssel zur Briefbeutellade einem Dritten anvertraut hatte und die richtige Ankunft des Geldpakets auf der nächsten Poststation nicht nachweisen konnte, die Vermuthung als begründet angenommen, daß der eingetretene Verlust des Geldpakets durch die Schuld dieses Postbeamten veranlaßt worden sei. Erk. vom 21. November 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 8).

15a) (5. A.) Die Uebertretung eines Polizeigesetzes ist stets nur als ein grobes Versehen zu betrachten, und daher kann dabei die nur auf geringe Versehen sich beziehende Bestimmung des §. 20 gar nicht in Betracht kommen. Erk. dess. v. 9. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 275).

16) Wenn z. B. feuerfangende Sachen polizeiwidrig aufbewahrt, wenn geladene Gewehre an unsicheren Orten vorschriftswidrig hingestellt, wenn Brücken und Gebäude vernachlässigt, wenn Wasserbehälter nicht mit Umfriedungen versehen werden. (3. A.) „In den Fällen des §. 26 kommt es auf den Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden nicht weiter an, vielmehr wird alsdann jeder Schaden, welcher durch Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, als unmittelbarer Schaden angesehen, so daß in einem solchen Falle stets die Vorschrift des §. 18 d. T. eintritt, der §. 19 aber von der Anwendung ausgeschlossen bleibt." Pr. des Obertr. 2589, vom 20. Dezember 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 339).

(5. A.) Der §. 26 läßt, zumal er eine Ausnahmebestimmung enthält, eine analoge und über seinen deutlichen Wortlaut hinausgehende Anwendung nicht zu; es lassen sich unter Polizeigesetzen, abgesehen von, auf königl. Verordnungen beruhenden oder von der gesetzgebenden Gewalt in Gesetzesform erlassenen, allgemeinen Vorschriften nur die auf Grund des Gesetzes vom 11. März 1850 von den Ortspolizeibehörden oder Bezirksregierungen für einen bestimmten Ort oder Distrikt erlassenen generellen Verordnungen verstehen, nicht aber bloße für einen speziellen Fall resp. an eine bestimmte Person erlassene Verfügungen einer Polizeibehörde. Erk. dess. v. 9. Juni 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 78).

Die Stadtgemeinden als Eigenthümer der den Kämmereien zugehörigen öffentlichen Bauanlagen (Gebäuden, Straßen, Brücken rc.) sind wegen des durch Vernachlässigung derselben entstehenden Schadens dem Beschädigten unmittelbar verantwortlich und darf derselbe an den Beamten, dem in solcher Beziehung ein Versehen zur Last fällt, sich nicht verweisen lassen. So sagt das Pr. des Obertr. v. 10. Febr. 1838 und Pl.-Beschl. (Pr. 1881) vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 92). Von physischen Personen ist der Satz unzweifelhaft richtig, von juristischen ist er es nicht; diese stehen den völlig willenlosen Personen juristisch ganz gleich, sie sind jedes Versehens unfähig. Der Fehlgriff liegt in der Verwechselung der Beamten mit den physischen Personen, deren Wille den Willen der juristischen Person repräsentirt. Die Beamten freilich sind dem Beschädigten keine Bürgschaft, aber jene Repräsentanten sind diejenigen, welche für ihre Fehler dem Beschädigten zu haften haben. Niemals die unmündige juristische Person. (3. A.) In Ansehung des Fiskus ist der Grundsatz ausdrücklich anerkannt im §. 12, Tit. 15, Th. II. Zu vergl. Anm. 6 dazu. Es ist aber eine jede juristische Person von Natur unmündig. — Ein Unmündiger haftet dafür nicht, wenn sein Vormund eine Brücke nicht repariren läßt. (3. A.) Der §. 139, Tit. 15, Th. II steht nicht entgegen, denn er will über diese Frage keine Bestimmung treffen. — (4. A.) Aus dem durch den Pl.-Besch. vom 21. Juni 1847 festgestellten Satze folgt, daß die Beamten, wenn sie dennoch von dem Beschädigten zuerst in Anspruch genommen werden, befugt sein müssen, denselben an die betreffende Kommune zu verweisen. Erk. des Obertr. vom 9. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 96).

16a) Das soll heißen: von demjenigen, welcher u. s. w. Denn die Verbindlichkeit ist eine persönliche, nicht bloß eine auf dem Vermögen ruhende. Man hat dabei daran gedacht, daß auch Unzurechnungsfähige subsidiarisch herangezogen werden sollen. (§§. 41 ff.) — (4. A.) Vergl. unten, Anm. 69 zu §. 320, Th. II, Tit. 1, u. Anm. 38a zu §. 389 ebd.

16b) (4. A.) Hierüber war man keineswegs einverstanden, es gab viele Stimmen gegen den Uebergang der Ersatzverbindlichkeit auf den Erben, so daß diese Meinung von dem Konzilium zu Basel (1431) förmlich für irrig erklärt werden mußte. Der Beschluß lautet: „Duodecimus, quod heres non tenetur respondere de furto vel spolio perpetrato per illum, cui succedit in hereditatem, quod erroneum est, saltem in foro conscientiae." M. s. Brunnemann ad leg. 11 D. ad l. Aquil. (IX, 2), u. ad leg. 23 eod. n. 11, 12; desgl. ad l. 3 D. si mensor fals. mod., n. 3. Vergl. Schilter, Praxis, exerc. XIX, §§. 73—76.

Von mehreren Beschädigern.

§. 29. Haben Mehrere zur Zufügung eines Schadens aus Vorsatz oder grobem Versehen mitgewirkt[16c]), so haften sie einer für alle und alle für einen.

§. 30. Der Beschädigte hat alsdann gegen die Beleidiger eben die Rechte, welche bei Verträgen dem Berechtigten gegen mehrere gemeinschaftlich Verpflichtete zukommen. (Tit. 5, §. 430 sqq.)

§. 31. Haben Mehrere bei einer Schadenszufügung nur aus mäßigem oder geringem Versehen mitgewirkt, so haftet jeder nur für sein eigenes Versehen.

§. 32. Doch haften sie einer für alle, und alle für einen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, welchen Theil des Schadens ein jeder durch sein besonderes Versehen angerichtet habe[16d]).

§. 33. In allen Fällen, wo einer von mehreren Mitschuldigen den ganzen aus Versehen entstandenen Schaden, oder doch mehr als ihm nach Verhältniß seines Antheils an der Schadenszufügung oblag, ersetzt hat, kann er an die übrigen, wegen des von einem Jedem zu leistenden Beitrags, sich halten.

§. 34. War aber der Schade von Mehreren vorsätzlich veranlaßt worden, so findet unter ihnen kein Regreß statt.

§. 35. Dagegen muß Jeder von ihnen seinen Antheil, welchen er dem Beschädigten hätte vergüten müssen, wenn dieser sämmtliche Beschädiger auf ihren Antheil belangt hätte[17]), der Armenkasse des Orts zur Strafe entrichten[18]).

---

16c) (4. A.) In diesem Falle befinden sich Dieb und Hehler; Beide haften daher für die aus dem Werthe der nicht mehr vorhandenen Sache und des sonstigen Schadens bestehende Entschädigung des Bestohlenen solidarisch. Auch der Verwahrer, aus dessen Gewahrsam der Gegenstand gestohlen worden, ist wegen seines eigenen Interesses zur Entschädigungsklage selbstständig legitimirt. Erk. des Obertr. v. 2. November 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII. S. 348 u. Entsch. Bd. XLIV, S. 6). Vergl. unten die Anm. 69a zu §. 217, Nr. 4 des Str.G.B. Th. II, Tit. 20.

16d) (5. A.) Die Anlage und der Betrieb eines Koaksofens, wenn auch an sich erlaubt, schließt doch ein Versehen in sich, sobald dadurch dem Nachbar nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ein Schaden zugefügt werden kann, und es kommen deshalb die §§. 29—32 d. T. zur Anwendung. Erk. des Obertr. vom 26. September 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 193).

17) Von selbst versteht sich, daß, so lange der Beschädigte von Keinem befriedigt worden ist, von keinem Regresse des Zahlenden, oder dessen, der in seine Stelle tritt, Rede sein kann.

18) Das civilrechtliche Prinzip ist also auch im Falle des Dolus Theilung und Ausgleichung unter den Mitschuldnern, nur wird ihnen die Klage, wegen ihres Dolus, genommen, und der Armenanstalt, von Rechtswegen, gegeben. Suarez begründet dies so: Es sei schon gemeinen Rechtens, daß correi delinquendi in solidum obligirt seien. Solchergestalt aber würden, wenn der eine correus den ganzen Schaden erstattet habe, die übrigen Theilnehmer an der vorsätzlichen Schadenszufügung in vielen Fällen, wo just nicht Kriminalbestrafung stattfinde, völlig ohne Ahndung davon kommen. Deswegen sei dieser Satz (§. 35) angenommen worden, der übrigens auch die Analogie für sich habe, da z. E. bei der condictio ex turpi causa, wenn turpitudo von beiden Seiten vorhanden, zwar kein Theil gegen den anderen eine Kondiktion habe, der Fiskus aber das turpiter et injuste acquisitum eripire. (Jahrb. Bd. LI, S. 7.) Für die Regreßklage bei kulposen Beschädigungen (die auch wahre Verbrechen sein können, z. B. fahrlässige Brandstiftung, fahrlässiger Todtschlag) wird kein Grund angegeben. Der Grund für den Regreß bei vorsätzlichen Beschädigungen aber ist eine Vermengung der Begriffe von Strafe und Obligation; der Analogie von der condictio ob turpem causam fehlt es an Analogie, d. i. Aehnlichkeit. Die Rechtfertigung gewährt keinen Blick in die Tiefe des L.R. Bei dem Anspruche mehrerer Schuldner derselben Schuld unter einander auf Ausgleichung kommt alles auf den wahren Rechtsgrund an. Der nächste Grund zwar ist die Gemeinschaft, aber die Frage ist nach dem eigentlichen Gegenstande der Gemeinschaft, ob es nämlich der Verpflichtungsgrund, oder die Schuld sei. Begründet nämlich die gemeinschaftliche Verpflichtung zur Schuld die Gemeinschaft unter den Schuldnern, dann folgt, daß correi delinquendi, nach der Regel (§. 36, Tit. 3), gar keinen Regreß unter sich haben nnd daß die Bestimmungen hier in den §§. 33—35 exceptionelle sind; es folgt ferner, daß mehrere Schuldner einer und derselben Schuld keinen Regreß haben, wenn sie nicht durch eine gemeinschaftliche Handlung die Verbindlichkeit eingegangen sind. Ist aber die Schuld der Gegenstand der Gemeinschaft, so entsteht der Regreßanspruch nicht aus einer turpis causa, sondern aus dem ehrbaren Rechtsgeschäfte der Zahlung, die Bestimmungen der §§. 33—35 sind dann regelrecht und es haben auch solche Mitschuldner, die sich einzeln verpflichtet haben, Anspruch auf Ausgleichung wegen der gemeinschaftlichen Schuld. Welches von Beiden nach dem L.R. anzunehmen sei,

1: Verordnung v. 17. August 1835, zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung, bei Aufläufen und Tumulten (G.S. S. 170).

§. 11. Für Beschädigungen an Sachen, welche bei solchen Gelegenheiten vorfallen, haften nicht nur die Urheber derselben, sondern auch alle diejenigen solidarisch:

a) welche sich bei einem Auflaufe irgend eine gesetzwidrige Handlung haben zu Schulden kommen lassen, und

b) alle Zuschauer[19]), welche sich an dem Orte des Auflaufs befunden, und nach dem Einschreiten der Orts- oder Polizeibehörde nicht sogleich entfernt haben. Keine Entschuldigung eines Zuschauers wird beachtet, wenn seine Anwesenheit noch bei[20]) dem Einschreiten der bewaffneten Macht stattgefunden hat.

Denen, die sich nur in dem letzteren Falle befunden haben, bleibt der Regreß an diejenigen vorbehalten, die sich mit ihnen in demselben Falle befinden, zu gleichen Theilen, an die Urheber und die Theilnehmer des Verbrechens aber für den ganzen von ihnen gezahlten Betrag.

1a. Gesetz, betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens. Vom 11. März 1850 (G.S. S. 199).

Wir ꝛc. verordnen, unter Zustimmung beider Kammern, was folgt:

§. 1. Finden bei einer Zusammenrottung oder einem Auflaufe von Menschen durch offene Gewalt, oder durch Anwendung der dagegen getroffenen gesetzlichen Maßregeln, Beschädigungen des Eigenthums, oder Verletzungen von Personen statt, so haftet die Gemeinde, in deren Bezirke diese Handlungen geschehen sind, für den dadurch verursachten Schaden[20a]).

§. 2. Die im §. 1 festgestellte Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn die Beschädigung durch eine von außen her in den Gemeindebezirk eingedrungene Menschenmenge verursacht worden und in diesem Falle die Einwohner des letzteren zur Abwehr des Schadens erweislich außer Stande gewesen sind.

§. 3. Im Falle des §. 2 liegt die Entschädigungspflicht der Gemeinde oder den Gemeinden ob, auf deren Gebiete die Ansammlung, oder von deren Bezirke aus der Ueberfall stattgehabt hat, es sei denn, daß auch diese Gemeinden erweislich nicht im Stande gewesen wären, den verursachten Schaden zu hindern.

Mehrere nach den vorstehenden Bestimmungen verpflichtete Gemeinden (§§. 1 u. 3) haften, dem Beschädigten gegenüber, solidarisch.

§. 4. Hat in einer Gemeinde eine Beschädigung der im §. 1 gedachten Art stattgefunden, so ist der Vorstand der Gemeinde berechtigt und auf Ansuchen des Beschädigten verpflichtet, den angerichteten Schaden vorläufig zu ermitteln und festzustellen.

Bei dieser Ermittelung sind die Interessenten, soweit als möglich, zuzuziehen.

---

ist nicht zu sagen; dem Verfasser selbst ist es nicht klar gewesen, und die Praxis hat sich auch noch nicht mit Bewußtsein ausgesprochen. Wie es damit steht, darüber s. m. die Anm. 39 zu §. 545, Tit. 5 verbunden mit der Anm. 32 zu §. 36, Tit. 3.

19) Zuschauer, nicht etwa alle Anwesende. Wer zufällig dort passirt und durch den Volkshaufen am Fortkommen augenblicklich verhindert wird, ist noch kein Zuschauer. Zuschauer ist derjenige, welcher freiwillig an dem Orte verweilt, um zuzusehen.

20) D. h. in dem Augenblicke, wo die bewaffnete Macht auf dem Schauplatze anlangt. Doch kann das unmöglich entscheiden. Wer in demselben Augenblicke sich entfernt, kann nicht haften für den Schaden, der erweislich erst hinterher verursacht worden ist. Die Bestimmung setzt voraus, daß die Entstehung des Schadens älter oder der Zeit nach nicht festzustellen sei. (2. A.) Wer sich vor dem Einschreiten der bewaffneten Macht, aber nicht sogleich nach dem Einschreiten der Orts- oder Polizeibehörde entfernt hat, haftet zwar gleichfalls, aber doch muß er mit Entschuldigungen wegen nicht sofortiger Entfernung gehört werden, deren Erheblichkeit der Richter zu ermessen hat. — Uebrigens tritt die fragliche Ersatzverbindlichkeit ein, mag an die Zuschauer eine besondere Aufforderung der Civilbehörde, sich zu entfernen, ergangen sein, oder nicht. Pr. des Obertr. v. 12. Dez. 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 126).

20a) (5. A.) Die Gemeinde hat die Verpflichtung, der Auflauf zu hintertreiben und die Beschädigung abzuwehren. Sie ist in der Lage, die Beschädiger durch ihre Vorsteher zu ermitteln und sich an diesen zu erholen. Durch ihre prinzipale Haftung wird sie angetrieben, die Beschädigung abzuwehren, resp. die Thäter auszufinden.

§. 5. Wer von der Gemeinde Schadensersatz fordern will, muß seine Forderung binnen 14 Tagen präklusivischer Frist, nachdem das Dasein des Schadens zu seiner Wissenschaft gelangt ist, bei dem Gemeindevorstande anmelden und binnen 4 Wochen präklusivischer Frist nach dem Tage, an welchem ihm der Bescheid des Gemeindevorstandes zugegangen ist, erforderlichen Falls gerichtlich geltend machen.

§. 6. Bezüglich der Entschädigungspflicht derjenigen Personen, welchen eine solche nach Maßgabe der besonderen Gesetze obliegt, wird durch vorstehende Bestimmungen nichts geändert. Der Gemeinde, welche ihrer Entschädigungspflicht Genüge geleistet hat, steht der Regreß an die für den Schaden nach allgemeinen Grundsätzen Verhafteten zu.

§. 7. Bis zum Erlasse eines allgemeinen Gesetzes über eine Gemeinde-, Bürger- oder Schutzwehr sind die Bezirksregierungen ermächtigt, auf den Antrag der Gemeinden die Errichtung eines bewaffneten Sicherheitsvereins anzuordnen.

Urkundlich ꝛc.

In wiefern Beschädigungen nicht ersetzt werden dürfen.

§. 36. Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken[20b]) bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen.

1) Wenn der Beschädiger sich nur seines Rechts bedient hat.

§. 37. Er muß aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht[21]), denselben zu beschädigen, gewählt habe.

§. 38. Wer gefährliche Handlungen an einem dazu unter öffentlicher Genehmigung bestimmten Orte, und zur erlaubten Zeit vornimmt, haftet nur für die schädlichen Folgen, die aus Vorsatz oder grobem Versehen entstanden sind.

2) Wenn die schädliche Handlung unwillkürlich war.

§. 39. Ein durch unwillkürliche Handlungen verursachter Schade kann dem Handelnden nicht zugerechnet werden.

§. 40. Wer sich selbst in einen vorübergehenden Zustand, in welchem er seiner Vernunft nicht mächtig ist, versetzt hat, muß auch den in diesem Zustande unwillkürlich verursachten Schaden ersetzen.

3) Wenn der Beschädiger wahn- oder blödsinnig, oder ein Kind ist.

§. 41. Wenn Wahn- und Blödsinnige, oder Kinder unter sieben Jahren Jemanden beschädigen, so kann nur der Ersatz des unmittelbaren Schadens aus ihrem Vermögen gefordert werden[22]).

---

20b) Unten, Anm. 18, Satz 2 zu §. 28, Tit. 8.

(4. A.) Wenn ein vorläufig vollstreckbares Erkenntniß, vor seiner Rechtskraft, auf den Antrag des Siegers vollstreckt wird, so geschieht dies immer auf Gefahr des Antragstellers, dieser muß daher dem Gegner das Interesse vergüten, wenn demnächst das Erkenntniß zu dessen Gunsten in letzter Instanz abgeändert wird. Daher haftet auch der Kläger, welcher das im Bagatellprozesse erwirkte obsiegliche Urtel hat vollstrecken lassen, dem Beklagten für das Interesse, wenn das Urtel hinterher auf das eingelegte Rekursgesuch zu Gunsten des Beklagten abgeändert worden ist. Erk. des Obertr. vom 12. Sept. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 37).

(4. A.) Daß die im Prozesse unterliegende Partei sich ihrer Befugniß zur prozessualischen Geltendmachung ihrer Rechte innerhalb der gehörigen Schranken bedient habe, ist immer anzunehmen, sie ist daher der Gegenpartei für einen dadurch entstandenen Schaden nur nach Maßgabe des ihr zur Last fallenden und besonders zu erweisenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren (vertretbaren) Versehens verhaftet. Erk. v. 5. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 247). Das Versehen ist hier jedoch kein Grund zu irgend einer Verbindlichkeit. Vergl. §. 37 und die folg. Anm. 21 dazu.

(4. A.) Der Interventionskläger ist bei einem ungünstigen Ausfalle des Interventionsprozesses zum Ersatze des dem Gegner durch die entbehrte vollständige Disposition über die streitige Sache während der Dauer des Rechtsstreites entstandenen Schadens nicht unbedingt, sondern nur nach Maßgabe eines bösen Vorsatzes oder zu vertretenden Versehens haftbar. Erk. des Obertr. vom 27. Jan. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 251).

21) Es muß ein wirklicher Mißbrauch des Rechts stattgefunden haben, d. h. eine vorsätzliche Auswahl einer Ausübungsart in der Absicht, um dadurch zu schaden. Vergl. o. die Anm. 82 zu §. 72 der Einl. und u. §§. 27, 28, Tit. 8. Das grobe Versehen kann hier, wo es gerade auf Böswilligkeit und Vorbedacht ankommt, dem Dolus nicht zur Seite gestellt werden, wie es sonst civilrechtliche Regel ist (Tit. 3, §. 19), die jedoch auch noch manche andere Ausnahme hat. In sofern hat sich meine, im R. der Ford. Bd. I, S. 266 der 1. Ausg. ausgesprochene Meinung geändert.

22) Diese regelwidrige Bestimmung wird durch Berufung auf die natürliche Billigkeit gerechtfertigt, in der Anm. zu §. 34, Th. II, Tit. 3 des Entw.

§. 42. Doch haftet das Vermögen solcher Personen nur alsdann, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Eltern [23]) nicht erhalten kann.

§. 43. Auch haftet dasselbe nur so weit, als dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt, und wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden.

§. 44. Hat der Beschädigte dergleichen Personen durch sein eigenes auch nur geringes Versehen zu der schädlichen Handlung veranlaßt, so kann er sich an das Vermögen derselben nicht halten.

§. 45. Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden [23a]). 4) Wenn er auf Befehl eines Vorgesetzten handelt.

§. 46. Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist. (§. 48) [24]).

§. 47. Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten, ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Obern prüfe [25]).

§. 48. Dem, der aus Unwissenheit einen gesetzwidrigen Befehl ausgerichtet hat, bleibt der Regreß gegen den Befehlenden vorbehalten [26]).

---

23) Wenn nämlich der Beschädiger sich in deren Aufsicht befindet.

23a) (4. A.) Wenn z. B. ein Verwaltungsbeamter auf Requisition des Gerichts gegen einen Jagdkontravenienten die Konfiskation der von demselben gebrauchten Jagdgeräthe vollstrecken läßt, und demnächst von einem Dritten behauptet wird, daß ihm das Eigenthum derselben zustehe, so bleibt diesem zwar unbenommen, sein Eigenthumsrecht im Wege des Interventionsprozesses geltend zu machen, die Klage kann jedoch nicht gegen den Verwaltungsbeamten, von welchem die Konfiskation der Jagdgeräthe bewirkt worden ist, gerichtet werden. Auch ist der Rechtsweg, wenn der Beamte belangt wird, zufolge des G. v. 13. Febr. 1854, §. 3 (G.S. S. 86 u. unten Zus. zu Art. 97 der Verf.-Urkunde, Th. II, Tit. 13), ausgeschlossen. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. vom 30. Mai 1857 (J.M.Bl. 1858, S. 15). Der Gegner ist in einem solchen Falle, da der Erlös aus den konfiszirten Jagdgeräthen nicht zur Gerichtskasse, sondern zur Regierungskasse fließt (unten Anm. 84a zu §. 277, Tit. 20, Th. II), der Fiskus, vertreten durch die Bezirksregierung und der Jagdkontravenient als Exequendus.

24) Die allgemeine Fassung wird auch hier der Anwendung hinderlich. Nicht alle ausdrücklich verbotenen Handlungen machen den Beauftragten dem Beschädigten verantwortlich. Die Praxis sucht daher zu individualisiren. Die Besitzstörungen z. B. sind ausdrücklich verboten und begründen die Klage sowohl gegen den Urheber, als gegen die Theilnehmer, mithin auch den beauftragten physischen Urheber. Tit. 7, §§. 148, 158. Proz.-O. Tit. 17, §. 40. Dennoch muß wohl, ohne Anwendung des §. 48 d. T., derjenige außer Verantwortung bleiben, welcher von der Ungebührlichkeit der aus Auftrag unternommenen Handlung kein Bewußtsein hatte. Wenn also z. B. ein Gutsherr seinem Knechte heißt, mit dem Wagen über ein Feldstück, welches, dem Knechte vielleicht unbewußt, einem Anderen gehört, zu fahren, so ist der Knecht ein willenloses Werkzeug, welchem die Handlung, wenn sie eine Besitzstörung enthält, nicht zugerechnet werden kann. §. 39 d. T. (Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 16. Ist aus meiner Relation.) Denn es ist ein anzuerkennender Satz, daß die Besitzstörungsklage unbegründet ist, wenn der Handelnde nicht in der Absicht handelte, den Besitz des Anderen zu stören, selbst wenn sich die in Rede stehende Handlung äußerlich als Turbation darstellen möchte. Erk. des Obertr. v. 12. Okt. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 31). Vergl. unten, Anmerk. 92a zu §. 150, Tit. 7. Die Praxis geht aber noch weiter. Das Schwanken der Meinungen ist durch den Pl.-Beschl. des Obertr. vom 2. April 1849 beseitigt worden, welcher als Rechtssatz annimmt: derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten, und für denselben eine besitzstörende Handlung unternommen hat, kann sich von der gegen seine Person angestellten Besitzklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien, daß ein solcher Auftrag zu Grunde gelegen habe. (Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 11.) Der Satz geht viel zu weit, er tritt in geraden Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatze, daß bei unerlaubten Handlungen der physische wie der intellektuelle Urheber haften.

25) Dabei ist hauptsächlich an Soldaten gedacht worden, und an solche Civilbedienungen, in welchen eine strenge Subordination nothwendig ist. Dergleichen Civilbedienungen sind die Polizeistellen und die Steuerposten.

26) Dem Beschädigten bleibt er also verantwortlich, ohne sich mit Unwissenheit entschuldigen zu können. Die Bestimmung macht mithin keine Ausnahme von der im §. 12 der Einl. festgesetzten Regel, aber in der Praxis findet sie keine volle Anwendung. Vergl. die vor. Anm. 24 und die Anm. zu §. 148, Tit. 7.

§. 49. Wer die Grenzen des erhaltenen Befehles überschreitet, macht sich allemal zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verantwortlich.

5) Wenn der Schade bei Gelegenheit eines Auftrags verursacht worden.

§. 50. Wer einem Andern einen in den Gesetzen nicht gemißbilligten Auftrag macht, haftet nicht für den von selbigem bei Ausrichtung dieses Auftrages verursachten Schaden[27]).

§. 51. War aber der Auftrag unerlaubt, so haften wegen des Schadenersatzes der Machtgeber und der Bevollmächtigte, beide für einen und einer für beide (§. 30); selbst wenn der Bevollmächtigte die Grenzen des Auftrages überschritten hat.

§. 52. War der Auftrag nur in Ansehung des Machtgebers allein, oder nur in Ansehung des Bevollmächtigten allein, unerlaubt, so haftet jeder von ihnen nur für seine eigene Schuld.

§. 53. Hat der Machtgeber, bei der Auswahl eines untüchtigen Bevollmächtigten, sich ein grobes oder mäßiges Versehen[28]) zu Schulden kommen lassen, so haftet er für den von selbigem auch bei der Ausrichtung eines erlaubten Auftrages durch seine Untüchtigkeit verursachten Schaden soweit, als der Beschädiger selbst zum Ersatz unvermögend ist.

Wie lange der Schadenersatz gefordert werden könne.

§. 54. Wer einen außerhalb dem Falle eines Kontrakts[29]) erlittenen Schaden

---

27) Bei der Frage: in wiefern der Staat durch die unerlaubten Handlungen seiner Beamten verbindlich wird, ist die zwiefache Persönlichkeit des Staats (Anm. 88 zur Einl.) zu unterscheiden. Der Staat im eminenten Sinne (die Staatshoheit) kann durch die unerlaubten Handlungen seiner, mit Ausübung der Regierungsgewalt beauftragten, Beamten niemals verbindlich gemacht werden, weil er Subjekt von Privatrechten oder Verbindlichkeiten gar nicht sein kann. Als Erwerbsgesellschaft (Fiskus) aber steht er auf gleicher Linie mit jeder anderen juristischen Person, d. h. eines fingirten Subjekts von Vermögensrechten. Dergleichen fingirte Personen sind aus natürlichen Gründen ganz willensunfähig; diejenigen physischen Personen, welche zu deren Vertretung verfassungsmäßig berufen sind, legen ihren eigenen Willen jener fingirten Person unter und machen durch unerlaubte Handlungen nicht diese, sondern sich selbst verbindlich. Vergl. die Anm. zu §. 26 d. T. Bei Vertragsverhältnissen und der Nichterfüllung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten handelt es sich nicht, wie hier, erst um die Begründung einer Verbindlichkeit, daher die hier geltenden Grundsätze dort nicht entscheiden.

28) Zwei Stellen scheinen hiermit nicht zu harmoniren, nämlich der §. 64 d. T. und der §. 36, Tit. 13: in beiden Stellen ist von der wissentlichen Bestellung eines Untüchtigen Rede, während hier nach §. 53 schon ein mäßiges Versehen hinreichen soll. Doch ist ein wirklicher Widerspruch nicht vorhanden, wenn man nur die richtigen Beziehungen wahrnimmt. Zu unterscheiden ist die Kenntniß des Auftraggebers über die Eigenschaften und Fähigkeiten des Beauftragten, von der Handlung der Bestellung. Weiß der Auftraggeber gar nichts von der Unzuverlässigkeit, so kann überhaupt nicht von der Zurechnung Rede sein, wenn die Unfähigkeit nicht in die Augen fällt. Ein böser Vorsatz oder ein Versehen kann erst dann eintreten, wenn der Auftraggeber seinen Mann genau kennt. Nun ist aber eine solche Kenntniß der Persönlichkeit und der Dolus bei der Bestellung durchaus gar nicht zu identifiziren. Dolus ist dabei erst dann vorhanden, wenn der Besteller, in dem Bewußtsein der Untüchtigkeit, gerade wegen der Untüchtigkeit diesen Menschen anstellt. Ein solcher böser Vorbedacht braucht aber gar nicht vorhanden zu sein; der Besteller kann aus Unbedachtsamkeit daran nicht denken, oder aus Fahrlässigkeit die Sache auf gut Glück gehen lassen: hier ist der Fall eines Versehens, obgleich der Auftraggeber die Untüchtigkeit des Beauftragten kennt. Der §. 53 macht in dieser Hinsicht schon für ein mäßiges Versehen verantwortlich; die §. 64 d. T. und §. 36, Tit. 13 bestimmen keinen Grad der Schuld. Daraus folgt, daß derjenige Grad der Sorgfalt angewendet werden muß, welchen das Rechtsgeschäft nach seiner Beschaffenheit und nach den allgemeinen Regeln erfordert. (4. A.) So versteht auch das Obertribunal diese Stellen. Erk. v. 22. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 367).

(4. A.) Der §. 53 ist nicht auf das eigentliche Mandatsverhältniß oder den Vollmachtsauftrag (Tit. 13, §§. 5 ff.) zu beschränken, sondern auch auf den Befehl oder Auftrag von technischen Verrichtungen und mechanischen Arbeiten anwendbar. Tit. 11, §. 897; Erk. des Obertr. v. 22. Febr. 1861 a. a. O. u. v. 6. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 325). — (5. A.) Privilegirte Korporationen haften für die, durch ihre Beauftragten in Ausführung ihres Auftrages einem Dritten zugefügten Beschädigungen nur insofern, als ihnen bei Auswahl ihrer Beamten ein grobes oder mäßiges Versehen zur Last fällt, oder der Auftrag selbst ein unerlaubter war. Erk. des Obertr. vom 9. Oktober 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 19).

29) Die Ansprüche außer dem Falle eines vertragsmäßigen oder vertragsähnlichen Verhältnisses sind gemeint, der §. 54 findet also auf ein vertragsmäßiges Recht keine Anwendung, wenngleich schon

innerhalb Dreier Jahre, nachdem das Dasein und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind [30]), gerichtlich einzuklagen vernachlässigt [30a]), der hat sein Recht [31]) verloren.

---

nach gesetzlicher Bestimmung Schadensersatz hätte gefordert werden können. Erk. des Obertr. vom 27. Nov. 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 328). Denn man hat nicht beabsichtigt, für alle Klagen aus vertragsähnlichen Verhältnissen, ohne Rücksicht auf die Besonderheiten eines jeden derselben, eine kurze Verjährung ganz allgemein vorzuschreiben, sondern man hat an die actiones ex facto illicito gedacht. Suarez in Jahrb. Bd. XLI, S. 7. Die Praxis des obersten Gerichtshofes war auch mit den Rechtslehrern darüber, daß die Bestimmung nur auf unerlaubte Handlungen zu beziehen, lange einverstanden, bis ein Justiz-Ministerial-R. v. 19. Jan. 1821 (Jahrb. Bd. XVII, S. 5) eine ausgedehntere Anwendung in Anspruch nahm, und dann besonders in Beziehung auf öffentliche Verhältnisse, namentlich auf den Bergbau, die Verbindlichkeiten der Staatsdiener, die Expropriation u. dergl. die Anwendung streitig wurde. Zur Lösung dieser Zweifel erging die Deklaration vom 31. März 1838 (Zus. 2), wonach der §. 54 auf alle außer dem Falle eines Vertrages entstandenen Beschädigungen, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung verursacht sein, insbesondere auf Ansprüche wegen Beschädigungen, die bei Gelegenheit öffentlicher Anlagen, sowie bei dem Bergbaue zugefügt sind, ferner auf Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen, nicht aber auf solche, welche vom Staate oder demjenigen, in dessen Diensten der Beamte angestellt ist, erhoben werden, — sich bezieht. Da jedoch wieder kein Rechtsprinzip gegeben ward, so entstanden neue Zweifel, wodurch der Pl.-Beschl. (Pr. 2395), v. 6. Sept. 1852 veranlaßt, den folgenden Grundsatz ausspricht: „Die Verjährung des §. 54 findet bei Verletzung bestehender, wenngleich nicht auf einen Kontrakt sich gründender Rechtsverhältnisse, in soweit keine Anwendung, als die Klage nur die Natur eines Anspruchs auf Erfüllung oder Ersatz des Werths wegen verweigerter Erfüllung hat." (Entsch. Bd. XXIII, S. 241.) Hiernach findet z. B. a) die dreijährige Verjährung nicht bei solchen Entschädigungsforderungen statt, welche aus Handlungen abgeleitet werden, die durch Exekution abgenöthigt sind; b) auf Kondiktionen ebenfalls nicht Anwendung. Pr. des Obertr. 1883, v. 7. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 97). Ebensowenig c) auf einen Anspruch auf Grund des §. 53 des Regl. v. 29. April 1838 für die Feuersozietät der sämmtlichen Städte des Regierungsbezirks Gumbinnen wider den Versicherten wegen Erstattung der ihm gezahlten Brandentschädigungsgelder, weil es ein Anspruch aus der Assekuranz ist. Dagegen ist, wenn auf Grund des §. 54 des gedachten Regl. der Ersatz der einem Dritten gezahlten Brandvergütigungs-Summe gefordert wird, diese Forderung nicht unter den Gesichtspunkt eines Assekuranzanspruchs zu bringen und ist der kürzeren Verjährung des §. 54 d. T. allerdings unterworfen. Pr. des Obertr. 2356, v. 27. Nov. 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 283). (3. A.) „Das Pr. 2356 findet auf den Fall nicht Anwendung, wenn durch eine condictio indebiti auf Rückzahlung des geleisteten Feuerversicherungs-Quanti gegen den Versicherten geklagt wird, der nachher der vorsätzlichen Brandstiftung überführt wird." Pr. des Obertr. 2483, vom 9. Nov. 1853. — In Widerspruch mit jenen festgestellten Rechtsgrundsätzen tritt das ältere Pr. 356, vom 31. Okt. 1837: daß die Vorschrift des §. 54 d. T. auch auf die Regreßansprüche ehemaliger Pflegebefohlenen an ihre gewesenen Vormünder Anwendung finde. Denn dergleichen Ansprüche haben ihren Rechtsgrund in dem Rechtsverhältnisse der Stellvertretung und ihre besonderen, eigenthümlichen Rechtsmittel (Klagerechte) auf Ersatz des Werths wegen unrichtiger oder mangelhafter Erfüllung. Eine andere Sache ist es, wenn nicht das Prinzip geleugnet, sondern nur für unanwendbar erklärt wird. Dies ist nicht juris, sondern facti. Von dieser Art ist das Pr. 254, v. 20. Mai 1847: „Der Schade, welcher dem Gewerbetreibenden dadurch entsteht, daß er (in Folge der Steuergesetzgebung) die Geldstrafen wegen Defraudation seiner Gewerbsgehülfen im Falle ihres Unvermögens bezahlen muß, ist nicht als ein aus dem Dienstvertrage entspringender anzusehen, und die Klage auf Erstattung desselben unterliegt der dreijährigen Verjährung." Denn der Schade entsteht doch ebenfalls durch Pflichtwidrigkeit in der Diensterfüllung.

30) In Beziehung auf den Hauptverpflichteten beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, wo die beschädigende Handlung zur Wissenschaft des Beschädigten (und zwar zu einer solchen Kenntniß der Umstände, welche zur Substanziirung einer Klage genügt; Erk. des Obertr. v. 22. Juni 1857, Archiv, Bd. XXV, S. 255) gelangt; nicht etwa erst, wie man behauptet hat, von da an, wo die Handlung durch Anerkenntniß oder Urtel für eine unerlaubte erklärt worden ist. Pr. des Obertr. v. 6. April 1833 (Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 15). Dies ist zweifelhaft geworden, wodurch der Pl.-Besch. des Obertr. (Pr. 2197) v. 22. April 1850 veranlaßt worden ist, welcher den Satz für richtig erklärt: „Das Eintreten der Verjährung bei einem außerhalb dem Falle eines Kontrakts erlittenen Schaden, innerhalb dreier Jahre, nachdem das Dasein und der Urheber desselben zur Wissenschaft des Beschädigten gelangt sind, wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß über die Rechtmäßigkeit der beschädigenden Handlung unter den Parteien in einem Prozesse gestritten wird." (Entsch. Bd. XIX, S. 3.) Um diesen Satz, wonach sogar ein Prozeß zwischen den Parteien über die beschädigende Handlung die Verjährung nicht unterbrechen soll, verständlich zu finden, muß man den veranlassenden Rechtsfall berücksichtigen. Der Fiskus hatte 1839 den einzigen, in einem Dorfe befindlichen, an der Garten-

2. Deklaration v. 31. März 1838 (G.S. S. 252).

Wir ꝛc. erklären zur Beseitigung der Zweifel über die Auslegung des §. 54 auf den Antrag des Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten des Staatsraths, daß die Vorschrift dieses Paragraphen auf alle, außer dem Falle eines Kontraktes entstandene Beschädigungen, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung verursacht sein, zu beziehen ist.

1. Sie findet hiernach Anwendung auf Ansprüche wegen Beschädigungen, die bei Gelegenheit öffentlicher Anlagen[32]), so wie bei dem Bergbau zugefügt sind. Die Vergütung für das zu solchen

---

mauer seiner Domäne belegenen Röhrbrunnen abbrechen und in den Domänenhof verlegen lassen. Die Gemeinde erstritt, daß der Fiskus den Brunnen wieder an die frühere Stelle zurückzuverlegen habe. Nun klagte 1844 der Gastwirth des Dorfs auf Entschädigung wegen des durch die größere Entfernung des Wassers in der Zeit, wo der Brunnen innerhalb des Hofes gestanden hatte, ihm verursachten Nachtheils. Hier sind die Parteien, welche vorher über die Rechtmäßigkeit der Handlung gestritten haben, ganz und gar nicht dieselben. Der Gastwirth und die Gemeinde sind ganz verschiedene Personen.

Betreffs der Hülfsverpflichteten beginnt die Verjährung erst von da an, wo die Zahlungsunfähigkeit des Hauptverpflichteten dem Gläubiger bekannt geworden ist. Pr. des Obertr. vom 27. Juni 1836 (Entsch. Bd. III, S. 43); oder wo die Prinzipalverpflichtung sich als ungültig erweist, wie in dem Falle, wo ein Beamter wegen seines Versehens, z. B. ein instrumentirender Richter oder Notar wegen Nichtigkeit der Urkunde, aufkommen soll. Pr. des Obertr. v. 18. Januar 1847 (Ulrich, Archiv, Bd. XIII, S. 320). In allen diesen Fällen der Subsidiarverpflichtung deshalb, weil früher keine Klage gegen die Hülfsverpflichteten stattfindet, folglich die Verjährung der noch nicht gegebenen Klage nicht beginnen kann. (4. A.) Dieser Rechtsgrundsatz ist durch ein Erk. des Obertr. vom 26. Nov. 1855 verletzt. In diesem Falle wird behauptet, daß, wenn ein Rechtsmittel wegen verspäteter Präsentation der Anmeldung desselben für desert erklärt, dagegen aber behauptet wird, daß das Präsentatum falsch, und die Anmeldung des Rechtsmittels innerhalb der gesetzmäßigen Frist beim Gerichte eingereicht worden sei, — die Verjährung der Regreßklage gegen den präsentirenden Beamten dadurch nicht gehemmt werde, daß in einem Nullitätsprozesse die Unrichtigkeit des Präsentatums und die rechtzeitige Einreichung der Anmeldung des Rechtsmittels gesucht wird. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 124.) Der Verletzte hat ja aber gegen den ihn verletzenden Beamten eher keine Regreßklage, bevor er nicht alle Rechtsmittel, die ihm gegen den Hauptverpflichteten zu Gebote stehen, fruchtlos angewendet und verfolgt hat. Daß übrigens ein solcher Fall vorkommen kann, ist ein Mangel unseres Prozeßverfahrens, worüber ich mich in der Anl. zum preußischen Prozeßverfahren, Th. II, §. 36, Nr. 6, ausgelassen habe.

30a) (4. A.) Durch die rechtskräftige Verurtheilung eines Beschädigers zum Ersatze des verursachten Schadens ist dieser Anspruch der 3jährigen Verjährung entzogen; diese Verjährung steht der erst später erhobenen Klage auf Feststellung des Betrages der Entschädigung nicht entgegen. Tit. 9, §. 558; Erk. des Obertr. v. 22. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 298).

31) Das ganze Recht, auch in den Fällen, wo der aus einer Handlung entstehende, dem Beschädigten bekannt gewordene Schaden so beschaffen ist, daß er, obwohl im wechselnden Umfange, sich auch in der Zukunft erneuert. Pl.-Beschl. (Pr. 1717) des Obertr. vom 20. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 19). Dadurch ist dem früheren Meinungsstreite in der Praxis ein Ende gemacht. Ein so Beschädigter, welcher die künftige Erneuerung der Schäden in Folge der ursprünglichen schädlichen Ursache nicht voraus zu berechnen vermag, ist nun in der Lage, daß er über das Prinzip der Schadloshaltung für alle Zukunft, mit Vorbehalt der künftigen Ermittelung der Quanta, prozessiren muß. (5. A.) Das Obertr. hat diesen Pl.-Beschl. dahin deklarirt: „Daß der Beschädigte auch in solchem Falle, wenn er innerhalb dreier Jahre seit der Beschädigung den Schaden, der ihm an Kurkosten resp. entgangenem Arbeitsverdienst bis zu einem bestimmten Tage erwachsen war, eingeklagt hat, sich den Anspruch auf Ersatz von späteren Nachtheilen aus der beschädigenden Handlung, die außer ihren anfänglichen Folgen noch späterhin eintreten möchten, sich aber noch nicht bestimmt vorhersehen ließen, nur dann erhalte, wenn er innerhalb der 3 Jahre nicht bloß den bis dahin erwachsenen Schaden, sondern allgemein die Entschädigungspflicht, vorbehaltlich künftiger Ermittelung des Quanti, zur rechtlichen Erörterung bringt, ist in dem Pl.-Beschl. nicht ausgesprochen. Derselbe betrifft vielmehr den, von dem vorliegenden verschiedenen Fall, wenn sich das Eintreten nachtheiliger Folgen aus einer beschädigenden Handlung und ihre Fortdauer für die Zukunft erkennen ließen, und der Beschädigte die dreijährige Frist seit seiner Kenntniß von der in solcher Art schädlichen Handlung versäumt hat." Erk. v. 5. Januar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 317).

32) Anlaß zu dieser Bestimmung sind die Fälle gewesen, wo dafür Ersatz gefordert worden, daß bei Gelegenheit oder in Folge öffentlicher Anlagen Schäden entstanden waren. Das Pr. 33 des Obertr. v. J. 1833 hatte den Grundsatz ausgesprochen: der Einwand der dreijährigen Verjährung des Entschädigungsanspruchs wegen der, in Folge einer fiskalischen Kanalanlage seit 1787 erfolgten Versan-

Anlagen abzutretende Eigenthums- oder Nutzungsrecht[33]) ist hierunter nicht begriffen, sondern der ordentlichen Verjährung unterworfen.

2. Sie findet ferner Anwendung auf Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen[34]), nicht aber auf solche, welche von dem Staate oder demjenigen, in dessen Diensten der Beamte angestellt ist, erhoben werden.

Wenn der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden des Andern einen Vortheil verschafft hat, so tritt die ordentliche Verjährung ein, soweit der Anspruch des Beschädigten die Höhe jenes Vortheils nicht übersteigt[35]).

Gesetz vom 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

3) die Deklaration des §. 54, Tit. 6, Th. I des Allgemeinen Landrechts, betreffend die Verjährungsfrist bei einer Schadensersatzforderung, vom 31. März 1838.

§. 55. Sind seit dem Zeitpunkte der Schadenszufügung dreißig Jahre verflossen, so kommt es auf den Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft nicht weiter an.

Von Schaden, der durch andere Menschen, besonders

§. 56. Wer eines Andern unwillkürliche Handlung, wodurch derselbe sich selbst, oder einem Dritten schädlich geworden ist, aus Vorsatz, grobem oder mäßigem[36]) Versehen veranlaßt hat, haftet für den dadurch verursachten Schaden.

§. 57. Gleiche Verbindlichkeit hat der, welcher die über Wahn- und Blödsinnige oder über Kinder unter sieben Jahren ihm obliegende Aufsicht gröblich oder auch nur aus einem mäßigen Versehen vernachlässigt (§§. 41—44)[37]).

§. 58. Wer eine unerlaubte Handlung befiehlt, haftet hauptsächlich[38]) für den daraus entstandenen Schaden.

§. 59. Wer wissentlich etwas geschehen läßt, was er zu verhindern schuldig und

---

dung eines Grundstücks ist zu verwerfen, und es steht nur die dreißigjährige Verjährung dem Anspruche entgegen. Die Jurisprudenz wird durch die Deklaration reprobirt.

33) So wie die Vergütung für die Schmälerung oder Einschränkung des Eigenthums- oder Nutzungsrechts im öffentlichen Interesse; weil darin eine theilweise Abtretung zu solchen Anlagen liegt. Vergl. Pr. des Obertr. vom 26. Sept. 1848 (Rechtsf. Bd. IV. S. 401), u. vom 23. April 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 122).

34) Juristisch richtig ist der Satz nicht, aber er hat nun gesetzliche Kraft.

35) Wegen Ersatzes der gestohlenen Sache kann also gegen den Dieb, welcher sich die Sache zu Nutze gemacht hat, und gegen den Theilnehmer an den Vortheilen des Diebstahls, innerhalb der ordentlichen Verjährung geklagt werden. Die Vindikation der Sache selbst ist auch hieran nicht gebunden. §§. 579, 584, 648, Tit. 9.

(4. A.) Das ist von dem Obertr. in den Sitzungen vom 4. u. 30. November und 9. Dez. 1859 als Rechtswahrheit angenommen und überzeugend bewiesen worden, und zwar dergestalt, daß der Dieb, selbst der minorenne, noch nach Ablauf der dreijährigen Verjährung, nicht nur zur Zurückgabe der gestohlenen Sache, sondern auch zur Erstattung ihres vollen Werthes verpflichtet ist, ohne daß es darauf ankommt, was er für dieselbe erhalten hat und ob er davon zur Zeit der Klage noch reicher ist. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 328 und Entsch. Bd. XLII, S. 35.) Das ist den Grundsätzen der condictio sine causa, von welcher die condictio furtiva nur eine Anwendung ist, vollkommen entsprechend.

36) Nach einem Vermerke von Suarez zu einem Monito gegen den Entwurf, daß auch ein geringes Versehen vertreten werden müsse, ist man absichtlich über das mäßige Versehen nicht hinausgegangen.

37) Vergl. II, 2, §§. 139—146, 167 u. 203. — Aus der Vergleichung dieser Stellen mit §§. 57 u. 41, 42 d. T. ergeben sich die Regeln: Kinder unter sieben Jahren haften subsidiarisch. Kinder über sieben Jahren haften, sammt den Eltern, dem Beschädigten solidarisch.

38) Das bezieht sich freilich auf die Art der Haftbarkeit, im Gegensatze zur subsidiarischen Haftbarkeit. Dadurch soll aber kein Gegensatz zur Haftbarkeit des Befehligten allgemein vorgeschrieben, vielmehr nur das außer Zweifel gesetzt werden, daß der Befehlende jedenfalls Hauptschuldner sei. Ob der Befehligte hafte, ist nach §§. 45 u. 47 d. T. zu bestimmen. Haftet er, so ist er schlechtweg correus und hat nur im Falle des §. 48 den Regreß.

vermögend gewesen, hat eben die Verantwortung, als ob er solches befohlen hätte. (Tit. 3, §. 26. sqq.)

durch Dienstboten,

§. 60. Für den von Dienstboten zugefügten Schaden ist die Herrschaft in der Regel nicht verantwortlich[39]).

§. 61. Wer aber wissentlich geschehen läßt, daß sein Gesinde einem Andern einen Schaden zufügt, der wird als Theilnehmer an der unerlaubten Handlung des Gesindes angesehen (§. 59).

§. 62. Wer Gesinde, das durch einen überwiegenden Hang zu groben Lastern, durch einen hohen Grad von Blödsinn oder Schwermuth, oder durch ansteckende Krankheiten, Andern gefährlich werden kann, wissentlich in Dienste nimmt, oder darin behält[40]), der haftet für alle Gefahr.

§. 63. Für den durch Dienstboten angerichteten Feuerschaden haftet die Herrschaft auch alsdann, wenn ihr die Unvorsichtigkeit des Gesindes bei dem Gebrauche von Feuer und Licht bekannt gewesen ist, und sie dasselbe dennoch beibehalten hat[41]).

§. 64. Wenn Jemand zu einem Geschäfte ein dazu untüchtiges Gesinde wissentlich bestellt, so haftet er für den Schaden, welcher einem Dritten bei der Ausrichtung des Geschäftes, durch die Untüchtigkeit des Gesindes zugefügt worden[42]).

durch Handwerksgesellen und Lehrjungen,

§. 65. In Ansehung der Handwerksgesellen und Lehrjungen haben die Meister die den Dienstherrschaften aufgelegten Pflichten.

durch Miethsleute, oder

§. 66. Wer wissentlich Miethsleute duldet[43]), die mit Feuer und Licht, bei dem Auswerfen, oder Ausgießen, oder in Verschließung des Hauses unvorsichtig und nachlässig zu verfahren gewohnt sind, der haftet für allen durch selbige auf dergleichen Art verursachten Schaden.

§. 67. In allen vorstehend bestimmten Fällen (§§. 62—66)[44]) haften jedoch die Herrschaft, der Meister oder Hauswirth nur in soweit, als der Schadensersatz aus dem Vermögen des Beschädigers nicht erfolgen kann.

§. 68. Sobald erhellet, daß ein Schade durch Jemandes Gesinde, Handwerksgesellen oder Lehrjungen, oder durch die Bewohner seines Hauses[45]) verursacht worden,

---

39) Eine Ausnahme macht die Beschädigung durch Thiere. S. unten §. 73 und die Anm. 47 dazu.

40) Nämlich länger behält, als er es nach der Gesindeordnung schuldig ist; denn nach deren Vorschriften darf die Herrschaft das Gesinde nicht immer sogleich entlassen.

41) Das Gleiche gilt auch hier: die Herrschaft muß ein solches Gesinde zuvor warnen und kann es erst entlassen, wenn es sich nicht bessert. G.O. §. 126. Daß es sich nicht gebessert hat, kann die Herrschaft nicht eher wissen, als bis das Gesinde rückfällig wird, bei dem Rückfalle aber kann gerade der Feuerschaden verursacht werden. Für diesen braucht die Herrschaft nicht aufzukommen, wenn sie von ihrem Rechte gegen das Gesinde Gebrauch gemacht und mit der Warnung vorgegangen ist. (3. A.) Zu vergl. die Anmerk. 65 zu §. 126 der Gesinde-O. (Th. II, Tit. 5.)

42) Von Hausoffizianten gelten die Grundsätze wie vom gemeinen Gesinde, soweit nicht besondere Ausnahmen ausdrücklich gemacht sind, II, 5, §. 186. Erzieher und Privatsekretäre, sowie Handlungsdiener, sind keine Hausoffizianten.

43) Länger duldet, als er nach dem Miethskontrakte schuldig ist.

44) Es ist dabei immer vorausgesetzt, daß der Meister oder Herr in keinem besonderen Kontraktsverhältnisse zu dem Beschädigten stehe, sondern aus der allgemeinen Beaufsichtigungspflicht haften solle. Im Falle er in einem Vertragsverhältnisse steht, haftet er lediglich nach diesem. Ein Miether z. B. kann sich dadurch nicht von seiner Vertragsverbindlichkeit, die Sache im gehörigen Stande wieder zurückzugeben, und sie während des Gebrauchs in demselben zu erhalten, freimachen, daß er seinen Gesellen oder Lehrjungen als Beschädiger angiebt. Aber wenn ihm ein nach diesem Rechtsverhältnisse vertretbares Versehen nicht zur Last fällt, und also der Beschädiger Hauptschuldner ist, wird jener aus diesem allgemeinen Grunde subsidiarisch haften.

45) Damit sind auch die Gäste des Wohnungswirthes inbegriffen. Ich sage: des Wohnungswirthes. Das Gesetz nennt den Herrn des Hauses, womit kein Anderer als der Herr der Wohnung gemeint sein kann; denn auf abwesende Hauseigenthümer, die ihr Haus im Ganzen vermiethet haben und vielleicht weit davon an einem anderen Orte wohnen, kann die Vorschrift unmöglich angewendet werden.

und die Herrschaft, der Meister oder Hauswirth kann die Person des Beschädigers nicht nachweisen, so ist derselbe dem Beschädigten zur Schadloshaltung hauptsächlich verhaftet.

§. 69. Ob in den Fällen des §. 56—68, wo Jemand für den von Andern verursachten Schaden haften muß, derselbe nur den unmittelbaren, oder auch den mittelbaren Schaden, und den entgangenen Gewinn vertreten müsse, ist nach dem Grade seiner Verschuldung und den Vorschriften §§. 10—21 zu beurtheilen.

§. 70. Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß wilde oder andere Thiere hält, die vermöge ihrer Natur den Menschen oder den in der Wirthschaft nützlichen Thieren schädlich sind, und in den Häusern oder auf dem Lande gewöhnlich nicht gehalten werden, der haftet für allen durch selbige verursachten Schaden. durch Thiere verursacht worden.

§. 71. Eine gleiche Vertretung trifft denjenigen, welcher, auch nach erhaltener Erlaubniß, die gehörigen Maßregeln zur Abwendung des von solchen Thieren zu befürchtenden Schadens verabsäumt.

§. 72. Wer Thiere hält, die zwar ihrer Natur nach nicht schädlich sind, aber auch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung nicht gebraucht werden, der haftet für allen durch selbige, auch ohne seine besondere Schuld[46]), verursachten unmittelbaren Schaden.

§. 73. Bei andern von Natur unschädlichen Thieren haftet der Eigenthümer[46a]) nur für den Schaden, welcher aus der verabsäumten[47]) Aufsicht über sie entspringt.

§. 74. Wer aber weiß, daß ein Thier, wider die Natur seiner Art, schädlich sei, und dennoch die gehörigen Maßregeln zur Verhütung nachtheiliger Folgen verabsäumt; der ist dem Beschädigten zur vollen Genugthuung verpflichtet[48]).

---

Durch die Vorschrift ist die actio de effusis et dejectis allgemein auf sehr verschiedenartige Fälle, die darunter nicht passen, ausgedehnt. Jedenfalls kann die Bestimmung nicht auf Beschädigungen angewendet werden, welche außer dem Bereiche des Herrn oder des Meisters von den genannten Angehörigen desselben verursacht worden. Was diese außer seiner Wohnung unternehmen, ohne daß er gegenwärtig ist, kann er nicht verantworten.

46) Nach den Grundsätzen der röm. actio de pauperie, nur ohne die damit zusammenhängende noxae datio. Man hat diese singuläre Vorschrift gegeben, weil es in der natürlichen Billigkeit gegründet sei, daß Niemand seinem Vergnügen mit Gefahr und Nachtheil für seine Mitbürger nachhängen könne, und daß, wenn ein solches Thier Schaden gethan hat, der Eigenthümer wenigstens diesen Schaden ersetzen müsse. Bei den Römern, fügt Suarez bei, war dies der eigentliche Fall, wo das Thier noxae gegeben werden mußte. (Ges.-Revis.-Pens. XIV, Mot. zum Entw. Tit. 6, S. 178.) Warum die noxae datio nicht gestattet sein solle, wird nicht gesagt.

46a) Oder Besitzer. Pr. 2317 unten in der Anm. 48.

47) (4. A.) Nämlich von dem Eigenthümer (oder Besitzer) selbst versäumten Aufsicht; für seine an sich tüchtigen Dienstleute haftet der Eigenthümer nicht. So hat das Obertribunal in dem Pr. 2685, v. 20. März 1857 angenommen. (Entsch. Bd. XXXV, S. 378.) Dabei wird gesagt, daß dem das Pr. 1300 (wovon sogleich Rede sein wird) nicht entgegen stehe, weil es einen ganz anderen Fall betreffe. Damit ist der Widerspruch nicht beseitigt, denn kein Fall ist dem anderen ganz gleich, und es handelt sich nicht um denselben Fall, sondern um dasselbe Prinzip. Dieses Pr. behauptet nämlich den Satz: Wo nicht nach Provinzialverordnungen oder auch nach L.R. I, 22, §. 185 bei Schonungen eine Aenderung eintritt, da haftet für den durch Thiere auf fremden Grundstücken angerichteten Schaden der Eigenthümer der Thiere unmittelbar, und braucht sich der Beschädigte an den Hirten nicht verweisen zu lassen. Pr. des Obertr. 1300, v. 20 Mai 1843. In der Absicht der Verf. scheint dies nicht gelegen zu haben, denn Suarez sagt a. a. O.: „Werden die Thiere zum Gebrauche gehalten, so haftet der Eigenthümer nur alsdann, wenn er die nöthige Aufsicht über dieselben überhaupt vernachlässigt." Dabei ist auf den §. 73 verwiesen. Darnach ist der in dem Pr. 1300 festgestellte Satz auf Beschädigungen der Waldschonungen durch weidendes Vieh zu beschränken. Vergl. Erk. des Obertr. vom 6. Juli 1857 (Arch. Bd. XXV, S. 325). Die Provinzialverordnungen über das Austreiben des Viehes enthalten gewöhnlich andere Vorschriften. Die Feldpolizeiordnung vom 1. Novbr. 1847 (G.S. S. 376 und Zus. 6 zu §. 457, Tit. 14) ändert in den landrechtl. Bestimmungen nichts.

48) Das Gleiche wird gelten bei Thieren, welche an sich schädlich sind und in der Landwirthschaft gehalten zu werden pflegen, z. B. Ziegen. — Die Vorschrift findet jedoch nur gegen denjenigen Anwendung, in dessen Eigenthume oder Besitze das beschädigende Thier zur Zeit der Anrichtung des

§. 75. Wer ein von Natur unschädliches, oder ein mit obrigkeitlicher Erlaubniß gehaltenes schädliches Thier reizt, oder sonst durch eigene Unvorsichtigkeit zu Schadenszufügungen durch dasselbe Anlaß giebt, kann für sich selbst keine Schadloshaltung fordern [49]).

§. 76. Wird dadurch ein Anderer beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier gereizt oder die Unvorsichtigkeit begangen hat, zum Ersatz dafür verpflichtet [50]).

§. 77. Der schuldige Eigenthümer und der, welcher das Thier gereizt hat, haften dafür als Mitschuldige. (§. 30 sqq.)

§. 78. Wenn die Thiere zweier Eigenthümer ohne weitere Anreizung einander beschädigen, so haftet nur der, welcher bei der Aufsicht über das schädlich gewordene Thier seine Pflicht vernachlässigt hat [51]).

Wie der Schadensersatz zu leisten.

§. 79. Wenn ein Schade geschehen ist, so muß alles, so viel als möglich, wieder in den Zustand gesetzt werden, welcher vor der Anrichtung des Schadens vorhanden war.

§. 80. Kann durch diese Wiedererstattung der Beleidigte nicht hinreichend entschädigt werden, so muß der Beschädiger ihm das daran noch Fehlende anderweitig vergüten [51 a]).

§. 81. Ein Gleiches muß geschehen, wenn die Erstattung unmöglich ist [52]).

Bei Beschädigungen an Sachen.

§. 82. Ist eine Sache ganz verloren gegangen, vernichtet, oder unbrauchbar geworden, so muß der Beschädiger deren ganzen durch Gesetze bestimmten Werth vergüten.

§. 83. Ist der Werth durch Gesetze nicht bestimmt, so muß bei Sachen, die einen gewöhnlichen Gegenstand des Verkehrs auf Messen oder Märkten ausmachen, oder worüber Preis-Couranten gehalten werden, derjenige Werth, welchen Sachen derselben Art zur Zeit des Verlustes gehabt haben, ersetzt werden.

§. 84. Bei andern Sachen werden die Beschaffenheit und die Eigenschaften derselben zur Zeit des Verlustes durch Beweis ausgemittelt, und sodann wird der Werth nach dem Gutachten der Sachverständigen bestimmt.

---

Schadens befindlich war. Pr. des Obertr. 2317, v. 1. Oktober 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 188). Wer also ein schädliches Thier erwirbt und von demselben beschädigt wird, kann den vorigen Eigenthümer, wegen unterlassener Benachrichtigung von der ihm bekannten Schädlichkeit, nicht auf Grund dieser Vorschrift auf Schadloshaltung belangen.

49) Vergl. o. §§. 20 und 21 d. T. — L. 1, §. 11; L. 2, §. 1 D. si quadrupes (IX, 1); L. 11 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

50) L. 9, §. 3; L. 11, §. 5 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 1, §§. 4—6 D. si quadrupes (IX, 1).

51) Abweichend von L. 1, §§. 8 u. 11 D. si quadrupes, wegen der Verschiedenheit im Prinzipe bezüglich auf den Verpflichtungsgrund.

Der Aufseher hat den Grad von Sorgfalt anzuwenden, welchen sein Rechtsverhältniß nach der allgemeinen Regel mit sich bringt, demjenigen gegenüber, zu welchem er in Verhältniß steht. Dem Dritten gegenüber muß er für omnis culpa haften.

51 a) (4. A.) Zur Begründung des Anspruchs eines Grundeigenthümers gegen den Bergbauenden auf Wiederverschaffung des früheren Wasserstandes und auf Schadensersatz wegen Entziehung und resp. bewirkter Verminderung des Wassers in Quellen und Wasserbehältern ist der Nachweis, daß das noch vorhandene Wasser zu dem davon zu machenden bestimmten Gebrauche nicht ausreiche, so wie die Bezeichnung der Art des entstandenen Schadens erforderlich. Der Bergbauende kann von dem Beeinträchtigten nicht unbedingt auf Wiederverschaffung des entzogenen Wassers, sondern nur alternativ — entweder auf Wiederverschaffung des Wassers, oder auf Entschädigung — in Anspruch genommen werden. Erk. des Obertr. v. 7. Oktober 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 191).

(4. A.) Das judikatmäßige Recht des Besitzers eines Grundstückes, zu verlangen, daß der Nachbar die vorgenommenen Beschädigungen dieses Grundstückes beseitige und dafür Entschädigung leiste, geht ohne ausdrückliche Cession als ein subjektiv dingliches auf den späteren Erwerber des beschädigten Grundstückes über. Erk. dess. v. 18. Juni 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. V, S. 320).

52) Bei fortwirkenden Beschädigungen hat der Beschädigte die Wahl: ob er eine Kapitalabfindung oder eine Rente fordern will. Pr. des Obertr. von 1827 (Simon's Rechtspr. Bd. I, S. 77),

§. 85. Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so muß der höchste Werth, welchen die Sache, nach obigen Bestimmungen (§§. 82, 83, 84), in dem Zeitraume zwischen der Schadenszufügung und der dem Beschädiger zugestellten Klage[53]) gehabt hat, vergütet werden.

§. 86. Auch haftet in einem solchen Falle der Beschädiger für den außerordentlichen Werth.

§. 87. Für den Werth der besonderen Vorliebe haftet er nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist.

§. 88. Ist der Schade durch ein mäßiges oder geringes Versehen entstanden, so darf nur der, zur Zeit der Schadenszufügung vorhanden gewesene, gemeine Werth ersetzt werden.

§. 89. Ist durch den Schaden der Werth der Sache nur vermindert worden, so muß derjenige Werth, welchen die Sache vor der Beschädigung gehabt hat, nach obigen Grundsätzen ausgemittelt und mit dem gegenwärtigen Werthe derselben verglichen werden.

§. 90. Die daraus sich ergebende Verminderung des Werths muß der Beschädiger vergüten.

§. 91. Ist jedoch der Schade an einer beweglichen Sache zugefügt worden, so hat der Beschädigte die Wahl: ob er mit dieser Vergütung sich begnügen, oder von dem Beschädiger den ganzen nach §. 89 ausgemittelten vormaligen Werth, gegen Ueberlassung der Sache, fordern wolle[54]).

---

53) In den in Bezug genommenen §§. 82 — 84 ist nur von dem Werthe zur Zeit des Verlustes Rede; hier im §. 85 soll der höchste Werth ersetzt werden, welchen die Sache in dem bezeichneten Zeitraume gehabt hat. Was den Endtermin betrifft, so paßt er zum Prozeßverfahren nicht recht, weil er eine Erhöhung der Forderung nach Anbringung der Klage zuläßt, wenn zwischen diesem Zeitpunkte und der Insinuation, wovon der Kläger, nach dem ordentlichen Laufe unseres Verfahrens, nichts erfährt, eine Preiserhöhung eingetreten ist. Die Bestimmung ist noch aus einem anderen Grunde völlig unpraktisch, da einestheils eine beschädigte Sache schwerlich im Verkehre gesucht sein wird, so daß man ein Steigen und Fallen des Preises daran beobachten könnte, und anderentheils der Preis der beschädigten Sache nicht maßgebend für den Werth der Sache im unbeschädigten Zustande sein kann. Wahrscheinlich soll nicht das beschädigte Individuum, sondern ein anderes von gleicher Art und Güte (Genus) maßgebend sein, was wieder andere Schwierigkeiten bei nicht fungiblen Sachen hat. Der §. 92, welcher davon spricht, erstreckt sich auch nicht auf diesen §. 85, wohl deshalb, weil die Veränderung desselben erst nach Vollendung des gedr. Entwurfes erfolgte. Man wollte dadurch die Theorie der praktischen Römer, welche den höchsten Werth, den die Sache in einem gewissen Zeitraume vor der Beschädigung, also in ihrem gesunden Zustande, gehabt hatte, annahmen, wieder herstellen. Vor dieser Verbesserung hatte die ursprüngliche Bestimmung des Entwurfes, wonach im Falle des §. 85 gleichfalls nur auf den Werth zur Zeit des Verlustes gesehen werden sollte, den Vorzug. Man hatte dagegen erinnert, es müsse der höchste Werth, den die Sache bis zur insinuirten Klage gehabt, vergütet werden, und Suarez trat ihnen bei, meinend, daß dieses der Theorie des R. R. entspreche.

54) In diesem Falle hat das Verhältniß die rechtliche Natur eines Kaufes: der Beschädiger ist nur schuldig, gegen Uebergabe der Sache deren Werth zu bezahlen und der Beschädigte muß Gewähr leisten. Verkannt ist das Rechtsverhältniß in dem Rechtsfalle, auf welchen sich das J. M. Reskr. v. 5. Mai 1807 (Rabe Bd. IX, S. 37 ff.) bezieht. Die Richter hatten den Beschädiger unbedingt verurtheilt und ihm zugemuthet, wegen Herausgabe der beschädigten Sache, die der Beschädigte nicht mehr hatte — besonders zu klagen. Das J.M. schrieb dem Rekursrichter vor, den Rekursbescheid dahin zu deklariren, daß der Bekl. nur gegen Uebergabe der beschädigten Sache zu zahlen verbunden. Das war zwar in der Sache selbst richtig, aber die Umstoßung der Richtersprüche durch Ministerialreskript gehört nicht in eine geordnete Rechtspflege.

Eine andere Entscheidung, welche gleichfalls keine richtige Anwendung des Gesetzes enthält, bezieht sich auf Sachen, welche aus mehreren einzelnen, für sich bestehenden Sachen, zu einem Ganzen zusammengesetzt sind. Der Beschädiger soll nicht schuldig sein, die ganze Sache zu nehmen, sondern nur den einzelnen beschädigten Theil. (Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 434.) Bezüglich auf Begriffsganze ist das richtig, bei mechanisch zusammengesetzten Sachen aber nicht. Das Gesetz unterscheidet nicht in Zuerkennung der Befugniß zur Ueberlassung der beschädigten Sache an den Beschädiger. Vorbedingung ist aber, daß die Sache nicht völlig in den vorigen Stand gesetzt werden kann. In diesem Falle bleibt es bei dem Grundsatze §. 79.

§. 92. In allen Fällen, wo der vormalige Werth der Sache nach Vorschrift §§. 83, 84 nicht mit hinlänglicher Zuversicht ausgemittelt werden kann, muß derjenige Werth, welchen eine Sache von derselben Art und von mittlerer Güte, in dem nach obigen Grundsätzen zu bestimmenden Zeitpunkte gehabt hat, durch Sachverständige festgesetzt werden.

§. 93. Ist der Schade nur aus mäßigem oder geringem Versehen zugefügt worden, so muß der Beschädigte mit der Vergütung nach diesem mittleren Werthe sich begnügen.

§. 94. Ist aber der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen verursacht worden, so muß der Beschädigte auch zur eidlichen Bestärkung eines höheren Werthes, nach richterlichem Ermessen, zugelassen werden.

§. 95. Doch darf auch dieser höhere Werth den doppelten [54a]) Betrag des von den Sachverständigen angegebenen mittleren [54b]) Werths niemals übersteigen.

§. 96. Ist aber von dem Werthe der besonderen Vorliebe die Rede, so findet dergleichen Rücksicht auf das Verhältniß zwischen dem von den Sachverständigen bestimmten, und dem von dem Beschädigten angegebenen Werthe keine Statt.

§. 97. Vielmehr muß alsdann das richterliche Ermessen den von dem Beschädigten eidlich zu erhärtenden Werth nur nach der besonderen Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, festsetzen und ermäßigen [55]).

An der Person. 1. durch Tödtung.

§. 98. Wer widerrechtlich einen Menschen ums Leben bringt, muß in allen [56])

---

54a) (4. A.) Diese Beschränkung ist aus der Verordnung Justinian's, L. un. C. de sent. quae pro eo (VII, 47) entnommen; sie bezieht sich auch auf Konventionalstrafen. Vergl. Tit. 5, §. 301.

54b) (4. A.) Dieser mittlere Werth muß nach Vorschrift der §§. 92 und 84 festgestellt werden, es muß mithin auf „die Beschaffenheit und die Eigenschaften" der untergegangenen Sache gesehen und eine Sache von gleicher Beschaffenheit und von gleichen Eigenschaften mittlerer Güte bei der Werthschätzung vorausgesetzt werden. Ist z. B. ein zu s. g. Kunststücken abgerichtetes Thier, welches der Eigenthümer für Geld zeigt, oder ein abgerichteter Leithund eines Blinden getödtet worden; so muß der gemeine Werth eines eben so dressirten Thieres, nur von mittlerer Güte, nach dem Nutzen, welchen sein Herr davon gehabt hat, gewürdigt werden; und diesen Werth kann der Beschädigte bis auf das Duplum beschwören.

55) D. h. der Richter bestimmt mit Rücksicht auf diese Umstände und Verhältnisse das Maximum, über welches hinaus das juramentum in litem nicht bewilligt wird.

Ein allgemeiner Uebelstand ist mit dem prozessualischen Verfahren über die Werthsermittelung verbunden, wodurch der Beschädigte immer um einen Theil seiner Entschädigung gebracht wird. Dies ist die Maxime, daß die Richter von dem Kläger nicht den Klageantrag: den Bekl. zum Ersatze des Schadens, welcher ausgemittelt werden wird, zu verurtheilen, annehmen, sondern die Angabe einer bestimmten Summe, die der Kläger doch unmöglich mit Sicherheit angeben kann, fordern. Die Folge davon ist, daß, wenn der Werth sich auch höher ermittelt, nicht mehr, als gefordert worden ist, zugesprochen wird, weil nicht ultra petita erkannt werden soll; wenn er aber zufällig eine höhere Summe genannt hat, als die Sachverständigen finden, ihm ein Theil der oft nicht unbedeutenden Kosten aufgebürdet wird, obgleich er doch nicht mehr, als ihm zukommt, zu fordern beabsichtigt; und wenn er sich dagegen dadurch zu schützen gedenkt, daß er vorher die Sachverständigen zu Rathe zieht, um darnach sein Petitum einzurichten, wieder gegen die Glaubwürdigkeit der Sachverständigen der Einwand gemacht wird, daß sie dem Kläger Rath gegeben haben. Der Beschädigte mag es also anstellen, wie er will, er kommt allemal in Verlust. Diesen Mißstand hatten schon die Verfasser des L.R. gefühlt; sie wollten ihm durch eine besondere Bestimmung abhelfen und man schlug die Vorschrift vor: „Bei der Nachweisung des Schadens kann keine Evidenz verlangt werden — und der Beschädigte ist für Weitläufigkeiten und Kosten zu sichern." Man ließ sie jedoch, als zu unbestimmt, fallen. Eine verständige Praxis bedarf einer solchen Bestimmung auch nicht, denn die Gerechtigkeit bringt es mit sich, daß die Kosten der Ausmittelung dem Beschädiger zur Last fallen, und wenn der Kläger erklärt, daß er sich mit dem Ausspruche der Sachverständigen zufrieden stelle, und darnach seinen Antrag, wenn er mehr gefordert haben sollte, ermäßigt, so giebt es gar keinen rechtlichen Grund, ihm Kosten aufzubürden.

56) In allen Fällen, wo ihm irgend ein Versehen zur Last fällt. Dieser §. 98 bestimmt den Umfang der Entschädigungsverbindlichkeit für den Fall eines nur geringen Versehens. §. 110.

Fällen der hinterlassenen Frau, und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwanigen Cur, ingleichen die Begräbniß- und Trauerkosten ersetzen[57]).

§. 99. Außerdem ist, wenn die Entleibung aus Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt, der Beschädiger verbunden, der Wittwe und den Kindern des Entleibten standesmäßigen Unterhalt[57a]), auch den Letztern dergleichen Erziehung und Ausstattung, als sie von dem Vater nach dessen Stand und Vermögen erwarten konnten, zu gewähren[57b]). a) Wenn dieselbe aus Vorsatz oder grobem Versehen,

§. 100. Dabei wird auf das von dem Entleibten hinterlassene Vermögen[57c]), ingleichen auf die Unterstützungen, welche der Wittwe und den Kindern von dem Staat oder anders woher angedeihen, keine Rücksicht genommen.

§. 101. Diese Verbindlichkeit des Beschädigers dauert so lange, als die Familie des Entleibten eine solche Verpflegung und Unterstützung von demselben, wenn er noch am Leben wäre, fordern könnte[58]).

§. 102. Treten aber Umstände ein, unter welchen die Pflicht des Entleibten, seine Familie aus eigenen Mitteln zu ernähren, aufgehört haben würde, so wird auch der Beschädiger von seiner Verbindlichkeit frei[58a]).

§. 103. Ist die Entleibung nur durch ein mäßiges Versehen verursacht worden, so muß der Beschädiger für eine nach Verhältniß des Standes nothdürftige Verpflegung der Wittwe und Kinder des Entleibten, und für eine dergleichen Erziehung der Letzteren in so weit sorgen, als die Kosten dazu aus den Einkünften des hinterlassenen Vermögens und den Beiträgen des Staats oder eines Dritten nicht aufgebracht werden können. b) wenn sie aus mäßigem Versehen,

§. 104. Auch muß er den noch unversorgten Kindern, bei Ermangelung eines eigenen dazu hinreichenden Vermögens, eine solche Ausstattung gewähren, als dieselben von dem Entleibten nach den Gesetzen zu fordern berechtigt wären.

§. 105. Die Verbindlichkeit zur Erziehung und Verpflegung der Kinder dauert

57) Die in den §§. 98—110 festgesetzte Verpflichtung zur Entschädigung wegen Tödtung eines freien Menschen ist aus der gemeinrechtlichen Praxis herüber genommen. Snarez beruft sich zur Begründung derselben darauf, daß der Satz, daß, wer einen Menschen tödtet, seine Frau und Familie entschädigen müsse, ex moribus längst feststehe. Als Autoritäten werden bezeichnet: Stryk, Usus mod. L. IX, Tit. 2, §. 9; Vinnius, Comment. ad instit. L. IV, tit. 3 pr.; Hugo Grotius, L. III, tit. 33. (Jahrb. Bd. XLI, S. 7.)

Zu den Abstufungen im Quanto der Entschädigung nach dem Grade der Zurechnung ist man erst bei der Berathung der Monita gegen den gedruckten Entwurf gekommen.

57a) (4. A.) Gegen diesen Anspruch findet die vierjährige Klageverjährung rückständiger Alimentenforderungen, d. h. von Rückständen solcher Alimente, welche bereits quantitativ rechtskräftig festgestellt sind, auf Grund des §. 2, Nr. 5 des G. v. 31. März 1838, statt. Erk. des Obertr. v. 30. Jan. 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 21).

57b) (5. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß die Ansprüche auf Unterhalt und Ausstattung, zu denen die Wittwe und Kinder eines Verstorbenen gegen denjenigen berechtigt sind, der dessen Tod durch eine ihm zugefügte Körperverletzung verursacht hat, durch einen Vergleich ausgeschlossen werden, den der Verletzte nach erlittener Verletzung mit dem Beschädiger über die dafür zu leistende Entschädigung geschlossen hat. Erk. vom 11. Dezember 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 28).

57c) Uebrigens hat die Bestimmung auf solche getödtete Personen, welche lediglich von ihren Gütern leben, und reiche Besitzthümer hinterlassen, keinen juridischen Sinn. Wie soll nur denkbarer Weise die Forderung auf Wittwenversorgung und Kindererziehung an einen Bedienten gemacht werden, der aus grobem Versehen seinen Herren, einen reichbegüterten Fürsten, tödtet? Hier ist gar keine vermögensrechtliche Verschlimmerung eingetreten.

58) Verkrüppelte oder geisteskranke Familienglieder also Zeit ihres Lebens. §. 106. Nach dem Prinzipe der Gerechtigkeit, wonach nur das ersetzt werden muß, was entzogen worden ist, sollte nur bis zum natürlichen Tode des Entleibten die Verbindlichkeit des Todtschlägers dauern, da die Verbindlichkeit des Entleibten selbst mit seinem Tode aufhört. Allein diese natürliche Begrenzung kann hier nicht eintreten, weil Niemand wissen kann, wie lange der Entleibte gelebt haben würde, wenn er nicht getödtet worden wäre.

58a) (4. A.) Vergl. §. 107 und die Anm. 58a dazu.

in der Regel so lange, bis entweder dieselben die Volljährigkeit erreicht haben, oder der Fall des §. 102 noch vorher eintritt.

§. 106. Solche Kinder hingegen, welche wegen körperlicher oder Geistesschwächen, auch nach erlangter Volljährigkeit, sich selbst ihren Unterhalt zu erwerben nicht im Stande sind, muß der Beschädiger bis zu ihrem Tode, oder ihrer Wiederherstellung, verpflegen.

§. 107. In Ansehung der Wittwe des Entleibten dauert die Verpflegungsverbindlichkeit des Beschädigers so lange, bis dieselbe wieder heirathet[58b]), oder in Umstände kommt, da sie einer solchen Unterstützung füglich entbehren kann.

§. 108. Ueberhaupt hören die Pflichten auch eines solchen Beschädigers unter eben den Umständen auf, unter welchen der Entleibte selbst, wenn er noch lebte, davon frei werden würde.

§. 109. Was vorstehend zum Besten der Wittwe und Kinder des Entleibten verordnet ist (§§. 99—108), gilt auch zum Besten anderer Personen, welche nach den Vorschriften der Gesetze Unterhalt von dem Entleibten zu fordern berechtigt sein würden.

c) wenn sie nur aus geringem Versehen erfolgt ist.

§. 110. Ist die Entleibung nur aus geringem Versehen erfolgt, so muß die Familie des Entleibten mit der §. 98 bestimmten Entschädigung sich begnügen.

2. Durch andere körperliche Verletzungen.

§. 111. Bei andern körperlichen Verletzungen, wodurch der Beschädigte nicht entleibt worden, ist derselbe, in allen Fällen, auf den Ersatz der Cur- und Heilungskosten[59]) anzutragen berechtigt.

Wegen erlittener Schmerzen.

§. 112. Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande, denen dergleichen Verletzung[60]) aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzengeld[61]) fordern.

---

58b) (4. A.) Das Obertribunal hat, im Widerspruche mit dem Appellationsgerichte in Posen, angenommen, daß der §. 107 keinen Gegensatz zum §. 102 bilde, und daß keineswegs nur bei einer durch mäßiges Versehen verursachten Tödtung der Beschädiger durch die Wiederverheirathung der Wittwe des Entleibten von der Verbindlichkeit, ihr den Unterhalt zu gewähren, frei werde, dieses vielmehr auch bei der vorsätzlichen und grobfahrlässigen Tödtung eintrete. Erk. v. 30. Januar 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 19). Die Beweisführung ist untriftig. Nicht bloß die Fassung und Abtheilung der für die verschiedenen Fälle gegebenen Bestimmungen und daß im §. 102 von der Wittwe speciell gar nicht Rede ist, wie im §. 107, ist dieser Auslegung entgegen, sondern der gar nicht erwähnte innere Grund, daß die Wittwe, im Falle der vorsätzlichen Tödtung ihres Mannes, eine vollständige Entschädigung zu fordern hat, so daß sie dadurch vielleicht leichter eine Gelegenheit findet, sich wieder zu verheirathen, und das ist der Fall, wenn sie ihrem zweiten Mann den Unterhalt für ihre Person in die Ehe bringen kann. Darum hat die Nichtberücksichtigung des Falles der Wiederverheirathung in den §§. 101 u. 102 einen sehr verständigen Grund, der durch die Erwägungen des Obertribunals durchaus gar nicht berührt wird und ebenso, wie die formellen Gründe, in seinem vollen Gewichte stehen bleibt.

59) Selbstverstanden sind nur die nothwendigen und nützlichen Kosten zu erstatten. Als solche gelten ohne Weiteres diejenigen, welche durch das Heilverfahren eines approbirten Heilkünstlers entstehen. Aber auch solche verfahren bisweilen so ungeschickt und gegen die Regeln der Kunst, daß sie das Uebel vergrößern und dadurch die Kosten ins Große vermehren. Diese unnützen Kosten können, da sie keine Folge der ursprünglichen Beschädigung sind, nicht auf Rechnung des ersten Beschädigers kommen, sondern diese hat der selbstständig beschädigende Arzt zu erstatten. — (4. A.) Die hier gemachte Unterscheidung zwischen nothwendigen wie nützlichen und unnützen Kosten ist von der Gerichtspraxis in Beziehung auf den Entschädigungsanspruch angenommen und zur Anwendung gebracht worden. Die Entscheidung hierüber beruht selbstverständlich auf thatsächlichen Momenten. M. s. das Erk. des Obertr. vom 1. Dezember 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 197).

60) Dies Gesetz kommt auch dann zur Anwendung, wenn die vorsätzlich oder aus grobem Versehen unternommene beschädigende Handlung keine äußere Verletzung, sondern eine Krankheit zur Folge gehabt hat, selbst wenn diese nach der Bestimmung des §. 3 d. T. als ein mittelbarer Schade anzusehen wäre, und diese Art der Beschädigung nicht in der Absicht des Beschädigers gelegen hätte. Pr. 1189, vom 13. und 27. August 1842.

61) Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung sagt Suarez: „Das Schmerzengeld ist beinahe in ganz Deutschland üblich. Stryk, Us. mod. IX, Tit. 2, §. 9. Die Wiederherstellung desselben, wenigstens in Ansehung der niederen Stände, scheint daher ebenso unbedenklich, als selbst der Billigkeit gemäß zu sein." Jahrb. Bd. XL, S. 8. Nach G. R. wird über die Zulässigkeit des Schmerzengel-

§. 113. Der Betrag dieses Schmerzengeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen[62]) Curkosten[63]), richterlich zu bestimmen.

§. 114. Bei Personen höheren Standes wird auf die dem Beleidigten durch die Mißhandlung verursachten Schmerzen nur bei Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen.

Wegen verursachter Unfähigkeit zur Fortsetzung des Amts oder Gewerbes.

§. 115. Ist durch die zugefügte Verletzung der Beschädigte, sein Amt oder Gewerbe auf die bisherige Art zu betreiben, gänzlich außer Stand gesetzt worden, so haftet der Beschädiger für diejenigen Vortheile, deren fortgesetzter Genuß dem Beschädigten dadurch entzogen wird.

§. 116. Ist die Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so müssen dem Beschädigten auch künftige Vortheile vergütet werden, deren Erlangung derselbe, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, vernünftiger Weise, erwarten konnte[64]).

---

des gestritten. Aus dem Gesichtspunkte der Entschädigung für verlorene Arbeitszeit oder für größeren nicht genau nachweisbaren Aufwand ist es nicht zu bestreiten; in dieser Bedeutung aber spricht es das L.R. nicht zu, denn die Entschädigung für Versäumniß u. dgl. hat der Beschädigte noch überdies zu fordern. Das Schmerzengeld im Sinne des L.R. ist eine Taxe der Schmerzen als solcher; das L.R. taxirt damit die Gliedmaßen des gemeinen Mannes wie das R. R. die des Sklaven. Der vornehme Mann hingegen ist darin unschätzbar, daher er nichts fordern kann. Diejenigen, welche in solcher Weise die menschlichen Gliedmaßen zu geldwerthen Vermögensstücken machen, fußen auf C. C. C. Art. 20, wonach „oberkeit und richter — den so wider recht — gemartert (gefoltert) war, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden, der gebüre vergeltung zu thun schuldig sein sollen." Daraus ist das Schmerzengeld in der landrechtlichen Bedeutung nicht zu entnehmen, und wenn die Stelle dafür als Quelle gelten soll, so ist doch keine Spur von einer Eintheilung der Menschen in zwei Klassen, in schätzbare und in unschätzbare, darin zu finden. Zu den heutigen Ansichten paßt die Bestimmung nicht. (3. A.) Das Schmerzengeld scheint ein Ueberrest der Kompositionen zu sein. (4. A.) Die Bestimmung des §. 112 ist übrigens durch den Art. 4 der Verf.-Urkunde nicht aufgehoben. Erk. des Obertr. vom 31. Januar 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 191).

(4. A.) Daß dieses Forderungsrecht auch auf die Erben übergeht, folgt schon aus seiner rechtlichen Natur als eines solchen von selbst; es trägt nicht ein einziges Merkmal der Privatstrafe. Der widersprechende Aufsatz in Gruchot's Archiv Bd. IV, S. 175 führt für sein Thema keinen juristischen Beweis.

62) Ist kein Arzt gebraucht worden, und dennoch die Wiederherstellung erfolgt, so sind Kurkosten nicht erforderlich gewesen, folglich findet wegen Geringfügigkeit der Beschädigung kein Schmerzengeld statt, wofür dann auch der Maßstab ganz fehlt.

63) Unter den Kurkosten versteht die Praxis nur die Kurkosten im engeren Sinne, d. h. das Arztlohn und die Medizinkosten. Nicht gerechnet werden Reisekosten des Arztes oder Fuhrkosten des Kranken für dessen Transport zum Arzte, Wärterkosten u. dgl. So hat erkannt das frühere Oberland.-G. zu Breslau als Appellationsgericht am 5. Juli 1836 in einer Sache Schmidt w. Gebel. Vergl. auch den Rechtsfal in Ulrich, Arch. Bd. XIII, S. 565, wo derselbe Grundsatz angewendet worden ist. — (4. A.) Auch das Obertr. hat diesen Grundsatz für richtig anerkannt und angewendet. Erk. v. 17. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 287 und Entsch. Bd. L, S. 39).

64) Die Anwendung dieses Grundsatzes hat Schwierigkeiten. Anfangs hatte man im Entwurfe die Bestimmung vorgeschlagen, daß der Beschädiger für diejenigen Vortheile haften solle, deren fortgesetzter Genuß dem Beschädigten durch die Beschädigung entzogen worden, sowie für künftige Verbesserungen, insofern solche bestimmt und gewiß waren. Dagegen wurde erinnert, daß es undeutlich sei, was unter künftigen bestimmten und gewissen Verbesserungen gemeint sei. Man dachte sich darunter die Fälle, wo ein Offiziant zu einer höheren und einträglicheren Bedienung schon ernannt sei, obgleich er solche noch nicht angetreten habe; desgl. wenn Jemand zu einer besseren Versorgung wirklich schon die Anwartschaft hatte, und der Fall, wo er wirklich habe eintreten können und sollen, in der Folge zur Wirklichkeit gelangte. Dazu ist am Rande bemerkt, wer dolo vel culpa lata beschädigt, muß auch die künftigen Vortheile prästiren, auf welche der Damnifikat nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge Hoffnung hatte; — wer culpa levi, nur die gegenwärtigen. (Ges.-Revis. Mot. zu diesem Tit., S. 198.) Durch diese Aenderung ist der Ausdruck noch allgemeiner und unbestimmter geworden. (5. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß in den §§. 115—122 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der §§. 18, 19 d. T. nicht festgesetzt sei, und demnach ein durch Schläge Arbeitsunfähiggewordener, welcher sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen, gegen den Beschädiger keinen Anspruch habe. Erk. vom 13. Mai 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 309).

§. 117. Ist ein mäßiges Versehen begangen worden, so darf der Beschädiger die Vergütung nur nach derjenigen Lage leisten, in welcher der Beschädigte zur Zeit der Verletzung sich wirklich befunden hat.

§. 118. Ist nur ein geringes Versehen vorhanden, so findet bloß die §. 111 bestimmte Schadloshaltung statt.

§. 119. Sobald der Beschädigte, der Verletzung ungeachtet, durch Anwendung seiner körperlichen oder Geisteskräfte zu einem wirklichen Erwerbe [65]) gelangt, so muß derselbe auf die nach §§. 115, 116, 117 zu leistende Entschädigung abgerechnet werden.

§. 120. Ist der Beschädigte durch die zugefügte Verletzung nur eine Zeitlang zum Betriebe seines Gewerbes außer Stand gesetzt worden, so kann er nur Versäumnißkosten fordern [66]).

§. 121. Diese Kosten müssen nach den §. 115 sqq. bestimmten Grundsätzen, jedoch nur im Verhältniß der Zeit, während welcher die erlittene Verletzung den Beschädigten an dem Betriebe seiner Geschäfte verhindert, festgesetzt werden.

§. 122. Nach eben diesen Grundsätzen und mit billiger Rücksicht auf den nachtheiligen Einfluß, welchen eine erlittene Verletzung auf die Glücksumstände [67]) des Beschädigten hat, muß der Richter die Vergütung bestimmen, wenn der Beschädigte zum Betriebe seines Amtes oder Gewerbes zwar nicht gänzlich unfähig, wohl aber ihm dieser Betrieb dadurch schwerer oder kostbarer gemacht worden.

Wegen erlittener Verunstaltung.

§. 123. Wird eine unverheirathete Frauensperson [68]) durch körperliche Verletzung verunstaltet, und ihr dadurch [69]) die Gelegenheit sich zu verheirathen erschwert: so kann sie von dem Beschädiger Ausstattung fordern.

§. 124. Diese Ausstattung muß, wenn die Verunstaltung aus Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt ist, nach richterlichem Ermessen so bestimmt werden, daß die Beschädigte Hoffnung erhalte, eine ihrem Stande gemäße Heirath zu finden, und unterdessen aus den Einkünften derselben ihren Unterhalt [70]) nehmen könne.

---

Ein Schieferdecker behauptete, in Folge ihm zugefügter Schläge auf den Kopf einen beständigen Schwindel erhalten zu haben, wodurch er zum Schieferdecken auf hohen Gebäuden unfähig geworden. Die Unfähigkeit eines mit Schwindel behafteten Menschen zu solchem Dienste wurde durch Gutachten Sachverständiger nachgewiesen; der Schwindel aber war nicht nachweisbar, der Arzt bekundete die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit. Der Beweis wurde für geführt angenommen, und das Gericht sprach dem Schieferdecker so viel zu, wie er mit seinem Gewerbe würde haben verdienen können, monatlich (oder wöchentlich) posnumerando auf so lange, bis er vom Schwindel wieder würde geheilt sein. Dabei ist der Beschädiger sicher sehr zu kurz gekommen.

Eine andere Anwendung findet sich in dem Rechtsfalle, welcher in der Themis von 1827 S. 951 ff. u. S. 971 ff. mitgetheilt ist. Jemand, der sich der Feldmeßkunst gewidmet hatte, war durch Beschädigung an der Fortsetzung dieses Studiums verhindert worden, und befleißigte sich darauf der Rechtswissenschaft. Die Gerichte (und auch das Obertr.) sprachen ihm den Ersatz dessen zu, was er in Folge dieses Wechsels bis zum juristischen zweiten Examen mehr ausgeben mußte, als ihm die Beendigung seines ersten Studiums bis zum Konduktenexamen gekostet haben würde, indem man annahm, daß er als Feldmesser, hinsichtlich seines Einkommens, einem Unterrichter gleichgestanden haben würde. Billig möchte in solchem Falle dem Beschädiger in der Folge auch das größere Einkommen eines begünstigten Rechtsverständigen, in Vergleich mit dem Einkommen eines Feldmessers, zu Gute kommen.

65) Giebt er in Folge von Glücksanfällen sein Gewerbe ganz auf, so hat der Beschädiger nichts mehr zu leisten.

66) Bei langdauernden Verhinderungen bestehen die Versäumnißkosten eben in dem Einkommen, welches der Beschädigte würde haben erwerben können. Vgl. Anm. 64, Alinea 2 u. den flg. §. 121.

67) Darunter werden schlechtweg die Vermögensumstände und das gewerbliche Einkommen gemeint.

68) Ohne Unterschied des Alters. Der Vorschlag, die Anwendung auf Frauenspersonen unter 40 Jahren zu beschränken, fand zwar Suarez' Beifall, ist aber dann nicht weiter beachtet worden.

69) Die Person muß mithin nicht schon vorher, durch zu hohes Alter, Gebrechlichkeit oder Häßlichkeit in einer hoffnungslosen Lage gewesen sein. Ist die verunstaltete Person reich, so kann ihre Lage durch eine hinzutretende Ausstattung nicht verbessert werden. Ist sie noch nicht mannbar, so braucht die Ausstattung erst mit dem Eintritte des heirathsfähigen Alters erlegt zu werden; die Schuld ist bis dahin eine bedingte.

70) Dabei ist ihr eigenes Vermögen und ihre Erwerbsfähigkeit zu berücksichtigen, weil Beides in Anschlag kommt, wenn die Person auch nicht verunstaltet worden wäre.

§. 125. Ist die Beschädigung nur aus mäßigem Versehen zugefügt worden, so muß die Verunstaltete mit einer solchen[71]) Ausstattung, als sie von ihrem Vater nach dessen Stande, vermöge der Gesetze, zu fordern haben würde, sich begnügen.

§. 126. Besitzt der Beschädiger kein Kapitalsvermögen, aus welchem die nach §§. 124, 125 zu bestimmende Ausstattung genommen werden kann, so muß er der Verletzten die Zinsen davon zu fünf vom Hundert jährlich entrichten.

§. 127. Dieser Beitrag dauert fort, so lange die Verunstaltete lebt, auch wenn sie sich wirklich verheirathet[72]).

§. 128. Ist außerdem Jemandem[73]) sein Fortkommen in der Welt durch eine aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügte Verunstaltung erschwert worden, so muß ihm auch dafür eine billige, nach den Umständen zu bestimmende Entschädigung geleistet werden.

§. 129. Wer zur Entschädigung des Beleidigten oder seiner Familie schuldig erkannt wird, kann sich dagegen mit dem Einwande, daß er dadurch die Seinigen pflichtmäßig zu ernähren unvermögend werde, nicht schützen[74]).

§. 130. Fällt weg[75]). an der Ehre.

§. 131. Der Ersatz eines nach Gelde in Anschlag zu bringenden Schadens kann nur in sofern gefordert werden, als der Schade aus der Ehrenkränkung unmittelbar[76]) entstanden ist.

§. 132. Wer auf irgend eine Art einen Andern der persönlichen Freiheit widerrechtlich beraubt, der haftet demselben für das ganze Interesse. an der Freiheit.

§. 133. Der, auf dessen Gefahr oder falsche Vorspiegelung ein widerrechtlicher Personalarrest verhängt worden, und der Richter[77]), welcher dabei den gesetzlichen Vorschriften zuwider gehandelt hat, sind dem Beleidigten als Mitschuldige verhaftet.

§. 134. Wer in Privatarrest gehalten worden, kann zur eidlichen Bestärkung des erlittenen Schadens und entgangenen Gewinns, nach vorgängiger richterlicher Ermäßigung, gelassen werden.

§. 135. Alle Kosten, welche erforderlich sind, um den Gefangenen wieder in Freiheit zu setzen, muß der Beleidiger tragen.

§. 136. Kann dem Beleidigten die geraubte persönliche Freiheit nicht wieder verschafft werden, so haben die Frau und Kinder desselben gegen den Beleidiger, wegen der ihnen zu gewährenden Verpflegungs- und Erziehungskosten, eben die Rechte, die ihnen bei einer erfolgten Entleibung (§. 98 sqq.) beigelegt sind.

§. 137. Wer Sachen unrechtmäßiger Weise[78]) mit Arrest belegt, haftet für den bei Realarresten.

---

71) D. h. mit einer Ausstattung von einem solchen Betrage. Die zum Vortheile der Eltern geltende Regel: wer nicht will, stattet nicht aus, findet hier nicht Anwendung. Vergl. II, 2, §. 233.

72) Nach dem Zwecke, welchen die Entschädigung eines verunstalteten Frauenzimmers hat, sollte der Beschädiger Alles dadurch gut machen können, daß er selbst die Frauensperson zu heirathen sich erbietet. Doch muß es wohl auf die Umstände ankommen, unter welchen die Verunstaltung zugefügt worden ist. Hat der Beschädiger in feindseliger Absicht gegen die Frauensperson gehandelt, so kann dieser nicht zugemuthet werden, sich ihrem Feinde in die Arme zu werfen.

73) Z. B. einem Militär, Seemanne, Bergmanne, Schauspieler u. dergl.

74) Er hat nicht das beneficium competentiae, wozu hier auch ein Rechtsgrund fehlen würde.

75) (3. A.) Der §. 130 lautet:

Die bei verübten Ehrenkränkungen zu leistende Privatgenugthuung ist im Kriminalrechte bestimmt. Die Privatgenugthuung ist bekanntlich schon lange vor dem neuen Str.G.B. aufgehoben.

76) Die unmittelbare Beschädigung am Vermögen durch Worte (beleidigende Aeußerungen) ist nicht denkbar. Die Satzung ist unpraktisch und nicht der Gerechtigkeit entsprechend, welche auch den mittelbaren Schaden zu ersetzen gebietet. Dafür hatte das G. R., und noch jetzt das franz., die actio aestimatoria, wodurch nicht die Ehre zum Vermögensstücke gemacht, sondern Entschädigung für Verschlimmerung des Vermögenszustandes gefordert wurde.

77) Das Gleiche muß jetzt auch von den Staatsanwälten gelten, welche Leute in Verwahrsam nehmen.

78) Bloß die Abweisung des Arrestanten mit der Arrestklage für sich allein reicht nicht hin, um

Schaden, den dieselben dadurch leiden, eben so, als wenn er diesen Schaden durch seine unmittelbare[79]) Handlung veranlaßt hätte. (§. 82 sqq.)

§. 138. Kann außer diesem Schaden ein durch den Arrest entzogener sicherer Gewinn nachgewiesen werden, so ist der Arrestleger auch diesen zu vergüten schuldig. (§§. 13, 14.)

---

# Siebenter Titel.

## Von Gewahrsam und Besitz.*)

Literar-Notizen. Daß die Redaktoren in der Lehre vom Besitze wesentlich das Römische Recht als den bestehenden Rechtszustand darstellen wollten und inwiefern das gelungen, ist schon in der Note* angemerkt. Darnach können die in dieser Materie gewonnenen Resultate der neuern Forschungen zur Erklärung des Allgemeinen Landrechts nicht beitragen, von einigem Werthe in dieser Hinsicht sind nur die Werke der gemeinrechtlichen Literatur aus der Zeitperiode kurz vor und nach der Abfassung des Landrechts. Dahin gehören außer den schon in der Note* genannten: Westphal, System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. Leipzig, 1788, S. 33—260. — v. Spangenberg, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitze. 2 Theile. Baireuth 1794. — Die Preußische Literatur bietet: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. I, drittes Buch. — Grävell, die Lehre vom Besitz und Verjährung, Halle 1820. — Meine Lehre vom Besitz nach Preußischem Rechte, 2te Ausg. Breslau 1839. Dazu Recens. in Gersdorfs Repertorium, Bd. XXII, Jahrg. 1839, S. 323. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 3, Berlin 1868, Erstes Hauptstück.

Begriffe. §. 1. Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen[1]), der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt.

---

den dem Arrestaten nachgelassenen Regreß zu begründen. Die Worte: „unrechtmäßiger Weise", erhalten vielmehr ihre richtige Deutung nur aus dem §. 8 d. T., wonach der, welcher Jemandem ohne Recht Schaden zufügt, denselben kränkt oder beleidigt; es gehört folglich zur Begründung einer desfallsigen Entschädigungsklage nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze aus unerlaubten Handlungen, daß dem Arrestanten bei Anstellung seiner Arrestklage böser Vorsatz oder doch ein Versehen vorgeworfen werden kann, und daß nach Verschiedenheit des Grades des letzteren auch die Entschädigung verschieden ausfallen muß. Pr. 36, v. 4. Dezember 1833. Dieselben Grundsätze sind bei der in den Entsch. Bd. XV, S. 103 abgedruckten Entscheidung vom 20. Mai 1847 vertheidigt. Inzwischen hat sich auch der entgegengesetzte Grundsatz bei einer Entsch. des Obertr. vom 2. Febr. 1837 und einer späteren vom 30. Januar 1846 geltend gemacht, ohne daß man den Konflikt wahrgenommen hat. Dieser ist erst am 7. Jan. 1850 zur Entscheidung gekommen, wo das Obertr. durch Pl.-Beschl. (Pr. 2168) jene ältere Meinung aufrecht erhalten und folgenden Satz angenommen hat: „Der Arrestleger haftet dem Arrestaten für den demselben aus der Arrestlegung entstandenen Schaden, wenn auch der Arrest durch den Richter für nicht gerechtfertigt erachtet worden, nicht unbedingt, sondern nur nach Maßgabe des ihm zur Last fallenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens." Proz.-O. Tit. 29, §. 80 (Entsch. Bd. XIX, S. 11). Der Satz ist nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze aus unerlaubter Handlung vollkommen gerechtfertigt, aber gewiß ist auch, daß darnach schwerlich ein Regreß wegen ungerechtfertigten Arrestes zu begründen sein wird.

(4. A.) Der Arrestleger, welcher auf eine im Besitze seines Schuldners befindliche fremde Sache einen Arrest ausgebracht hat, ist dem Eigenthümer der letzteren zum Ersatze des aus der Arrestirung erwachsenen Schadens verpflichtet, auch wenn er die Sache für seinem Schuldner gehörig zu halten hinreichende Veranlassung hatte, und der Arrest diesem gegenüber für justifizirt erklärt ist. Erk. des Obertr. v. 8. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 366). Vorauszusetzen ist selbstverständlich ein dem Arrestanten beizumessendes Versehen. Denn die Sache steht nicht anders als ein ausgebrachter Arrest, der demnächst für nicht justifizirt erachtet wird (Satz 1), oder eine Intervention, womit der Intervenient durchdringt. Oben, Anm. 20a, Alinea 4.

79) Diese Vorschrift enthält keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen §§. 10 ff. über den Schadensersatz, sondern erstreckt sich nur auf die Mitwirkung des Richters bei der Arrestlegung, und enthält nur den Grundsatz: daß der, nicht selbst und unmittelbar, sondern durch den Richter handelnde Arrestleger ebenso angesehen werden soll, als wenn er selbst und allein gehandelt hätte. Pr. 391, vom 2. Dezember 1837.

*) Nach der Absicht der Verf. des L.R. sollte in der Lehre vom Besitze wesentlich der vorge-

§. 2. Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen [2]), in seiner Gewahrsam hat.

§. 3. Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst [3]) zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache [4]).

§. 4. Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts [5]).

§. 5. Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt [6]).

---

fundene Rechtsstand festgestellt werden. Als Erkenntnißquelle wird das R.R. bezeichnet: die einheimische Gesetzgebung hatte sich mit dem Besitze auch nicht befaßt. Das R.R. wurde nach der Darstellungsweise der Schriftsteller aufgefaßt, die gerade in dieser Lehre mehr als in jeder anderen in ihren Vorstellungen von einander abwichen. Die Verf. selbst stimmten in ihren Ausdrücken und Begriffen nicht überein. Wahre Quelle des L.R. sind somit die Meinungen und Ansichten der einzelnen Verfasser dieses Titels und die Schriften der von ihnen benutzten Schriftsteller, als welche Berger, Leyser, Voet, Strube und Wernher genannt werden. Darüber s. m. die merkwürdigen Materialien des A. L.R. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, von Simon und v. Strampff, auch als III. Band der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts. Berlin, 1836.

1) Das heißt, wer thatsächlich in der Lage ist, mit einer Sache willkürlich und ausschließlich zu verfahren, damit zu machen was ihm gutdünkt. Eine Berechtigung dazu wird hierbei nicht vorausgesetzt, auch wird eine Willenserklärung (Rechtshandlung) unter der Verfügung nicht gemeint, obgleich nicht ausgeschlossen. In der Erscheinung äußert dieser thatsächliche Zustand sich als die Ausübung des Eigenthums. — (5. A.) Vergl. unten, Anm. 76a zu §. 122 d. T.

2) Damit ist nicht etwa eine besondere Art von Inhabern bezeichnet. Nach der Absicht, welche eine Person, die sich in dem im §. 1 bezeichneten thatsächlichen Verhältnisse zu einer Sache befindet, damit verbindet, ist sie ein bloßer Inhaber oder ein Besitzer. Die Absicht des Inhabers muß negativ dahin ausgedrückt werden, daß er nicht für sich die Sache haben will. Das ist auch der Fall mit dem Inhaber, von welchem der §. 2 spricht. Den Gegensatz drückt der §. 3 aus. Das R. R. unterscheidet die verschiedenen Inhaber in dieser Weise nicht. Die Verfasser mußten dies thun, weil sie in einem Falle, wo der Inhaber allerdings die Absicht für sich zu haben hat, doch nicht Besitz annehmen, nämlich wenn die Besitzergreifung fehlerhaft ist. §§. 98, 108 d. T.

3) Diese Absicht macht den Inhaber zum Besitzer, mit Ausnahme des in der vor. Anm. 2 gedachten Falles. Der animus possidendi muß jedoch nicht nothwendig auf das Eigenthum gehen (animus domini), er muß aber jedenfalls ein animus sibi habendi sein, d. h. darauf gerichtet sein, die Sache zu irgend einem eigennützigen Zwecke zu haben. Vergl. §§. 6 u. 7.

4) Dieser Begriff des Besitzes stimmt mit dem Begriffe der röm. possessio überein. Ueber die rechtliche Natur des Besitzes sind die Verfasser nicht im Klaren gewesen. Die Auffassung jener Zeit nahm den Besitz für Thatsache und Recht zugleich, aber in einem anderen Sinne als das R. R.; denn manche zählten den Besitz zu den dinglichen Rechten. Soweit sind die Verfasser des L.R. nicht gegangen; denn die Klagen zum Schutze des Besitzes werden als persönliche Klagen aus einer unerlaubten Handlung bezeichnet (§. 148 d. T.), weshalb sie auch dem bloßen Inhaber, nur nicht dem Besitzer gegenüber, zugeschrieben werden (§§. 141, 144, 146). Doch giebt es auch eine Meinung unter den preußischen Praktikern, welche diese Natur der Besitzklagen leugnet. Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 16.

(4. A.) Der Nachbar, welcher die Luftsäule über der zwischen seinem und dem gegenüber liegenden Gebäude befindlichen Gasse aus eigenem Rechte benutzt, ist Mitbesitzer der Gasse. Erk. des Obertr. vom 22. Dez. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 225).

5) Gewahrsam aber wird ihm nicht zugeschrieben, diese ist auf körperliche Sachen eingeschränkt. Simon, Material., S. 604.

6) Die beiden §§. 4 u. 5 definiren die juris quasi possessio, und zwar in derselben Allgemeinheit wie das Eigenthum an Rechten. Der Rechtssatz geht parallel mit dem Eigenthume an Rechten, denn er besteht nach dieser Definition, in der Ausübung eines Rechts. In dieser Allgemeinheit hat aber der Rechtsbesitz keine Realität; die possessorischen Rechtsmittel lassen sich nicht auf den Besitz eines jeden Rechts anwenden. Gegenstand des Rechtsbesitzes können eigentlich nur solche Rechte sein, bei welchen eine gewaltsame, heimliche, oder bittweise Störung denkbar ist. Ob sie dingliche oder nur persönliche sind, ist dabei nicht entscheidend. Gegen Störungen im Besitze negativer Rechte, wenn diese auch persönliche, nicht dingliche sind, sich aber auf den Besitz von Sachen beziehen, findet das possessorische Rechtsmittel statt. Pr. 1358, vom 6. Nov. 1843. S. jedoch unten die Anm. 50 zu §. 81. Dagegen kann der Schutz im Besitze eines affirmativen Rechts, — gleichviel, ob solches dinglich oder persönlich, fortdauernd oder nur unter gewissen Verhältnissen wiederkehrend ausgeübt sein möge, —

Vollständiger und unvollständiger Besitz.

§. 6. Wer eine Sache oder ein Recht zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer [7]).

§. 7. Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt.

§. 8. Beruhet dieser Besitz auf einem Rechtsgrunde, durch welchen das Eigenthum [8]) erlangt werden kann, so ist ein vollständiger titulirter Besitz vorhanden.

§. 9. Der unvollständige Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts, dessen er darüber sich anmaßt.

Redlicher, unredlicher und unrechtfertiger [9]) Besitz.

§. 10. Die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes hängt von der Beschaffenheit und Gültigkeit des Titels ab, auf welchen das Recht zu besitzen sich gründet [9a]).

§. 11. Wer es weiß [10]), daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer.

---

im possessorischen Rechtswege nicht in Anspruch genommen werden. Pr. 1428, vom 22. März 1844 (Entsch. Bd. X, S. 97). Ein Dienstbote kann z. B. wegen Nichterfüllung des Dienstkontrakts gegen den Dienstherrn nicht possessorisch klagen, selbst wenn der Kontrakt im Hypothekenbuche eingetragen wäre. (Schles. Arch. Bd. V, S. 109.) Ebenso steht einem Privatbeamten, insbesondere einem Förster, wenn ihm als pars salarii die Benutzung eines Grundstücks eingeräumt ist, gegen den Dienstherrn, welcher ihm den Genuß entzieht, noch keine Besitzklage zu, weil, wenn das ganze Verhältniß ein persönliches ist, nicht ein Theil desselben als ein dingliches betrachtet werden kann. Pr. 2098, vom 9. Januar 1849. (4. A.) In einem Erk. dess. vom 26. März 1860 ist jedoch ausgesprochen, daß für einen Privatforstbeamten, welchem als Dienstemolument eine Aufhütung eingeräumt ist, der also einen gegen die an sich zulässige Einschränkung seitens des Eigenthümers gerichteten Besitz erworben habe, der Possessorienprozeß zulässig sei. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 135.) Eine auffallende Bedingung. Die Erwerbung des Besitzes vor der Störung ist ja das Erforderniß zur Begründung einer jeden Besitzklage. Vergl. unten die Anm. 48 zu §. 80, und Anm. 83 zu §. 144. — (4. A.) Der Besitz des Rechts der Freiheit von Entrichtung eines Brückengeldes ist der Störung empfänglich und kann in possessorio geschützt werden. Erk. des Obertr. v. 10. Okt. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 1).

7) Unter dem unvollständigen Besitze dachten sich die Verf. den Röm. Naturalbesitz, aber es sind darunter begriffen: 1. die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes des R. R.; 2. die persönlichen Servituten des R. R. und einige andere jura in re, an welchen eine juris quasi possessio stattfand; 3. die Fälle, in welchen die Ausübung des Rechts mit der Gewahrsam der Sache, auf welche sich das Recht bezieht, verbunden ist, z. B. Nießbrauch, Pacht, Miethe, Leihe, und in welchen das R. R. gar keinen Besitz annahm. Der Prekarist und Sequester, welche nach R. R. wirklichen Besitz hatten, sind nach L.R. bloße Stellvertreter.

8) Damit ist nicht bloß der Sachbesitz (corporis possessio), sondern auch jeder Rechtsbesitz in der landrechtlichen Ausdehnung gemeint, denn es wird ein Eigenthum an Rechten anerkannt. Tit. 8, §. 1.

9) In den jüngeren Ausgaben steht unrechtmäßiger, was ein Druckfehler ist. Simon, Material., S. 685. Vergl. die Ausg. des Gesetzb. von 1791.

9a) (5. A.) Der §. 10 giebt nur die Bedingungen der Rechtmäßigkeit des Besitzes an, kommt aber bei Begründung einer Possessorienklage wegen Besitzstörung nicht in Betracht; die Besitzklage erfordert nur das Vorhandensein des letzten ruhigen Besitzes, nicht aber den Nachweis des Besitztitels. (§§. 146, 150, 154 d. T.) Erk. des Obertr. v. 25. Sept. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 128). Vergl. unten die Anm. 11 a. E.

10) Nicht allein der sich seines unrechtmäßigen Verhältnisses zur Sache klar Bewußte ist ein unredlicher Besitzer nach der Theorie des L.R., sondern noch verschiedene andere Personen. Suarez unterschied dreierlei mögliche Zustände im Bewußtsein des Besitzers: 1. das Wissen der Unrechtmäßigkeit des Besitzes, d. i. der Fall des wahren unredlichen Besitzers (malae fidei possessor) des R. R. Diesen meint unser §. 11. 2. Den Fall des betrügerischen Besitzers und besonders desjenigen, der durch eine strafbare Handlung den Besitz erlangt hat. (§§. 229 und 242 d. T. — Simon, Material., S. 330, Nr. 12.) 3. Den Fall des einfachen unredlichen Besitzers, dessen Unredlichkeit eigentlich eine bloße Fiktion ist. Dahin gehört der Beklagte, nachdem ihm die Klage insinuirt worden (§. 222 d. T.); ferner der, welcher aus einem verschuldeten faktischen Irrthume seinen Besitz für rechtmäßig hält (§. 13); sowie der, welcher als vorsichtiger Mann schon bei der Erwerbung des Besitzes die Rechtmäßigkeit desselben hätte bezweifeln sollen (§. 15). Hierin schließt sich das L.R. an die Auffassung der Romanisten seiner Zeit an; denn auch diese gründen die Fiktion einer mala fides auf den Beginn des Rechtsstreits, zu dem Zwecke, um als Grund für die Verpflichtung des Bekl. zu dienen, die während

§. 12. Die Unwissenheit der Gesetze entschuldigt den nicht, der seinen Besitztitel irriger Weise für gültig erachtet hat.

§. 13. Ein bloßer Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzers nicht, sobald nur der Irrende nicht durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrthum gerathen ist[10a]).

§. 14. Wer aber aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, heißt ein unrechtfertiger Besitzer, und wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet[11]). (§§. 232, 239, 240, 241.)

§. 15. Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes, bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit[11a]), Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet.

§. 16. Dagegen verliert der, bei welchem erst nach schon erworbenem Besitze bloße Zweifel über die Rechtmäßigkeit desselben entstehen, dadurch noch nicht die Eigenschaft und die Rechte eines redlichen Besitzers.

§. 17. Von dem Zeitpunkte aber, da Jemand von der Unrechtmäßigkeit[12]) seines Besitzes überführt worden, ist er für einen unredlichen Besitzer zu achten.

§. 18. Die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes, wo nicht die Gesetze in gewissen Fällen und Umständen die besondere Vermuthung des Gegentheils ausdrücklich festsetzen.

§. 19. Wer des Besitzes einer Sache, die mit fremden Namen, einzelnen Buchstaben, Wappen, Petschaften oder andern zur Bezeichnung des Eigenthums gewöhn-

---

des Prozesses gezogenen Früchte und Nutzungen herauszugeben. Denn, meinte Tevenar, jeder nicht rechtmäßige Besitzer könne und solle aus der insinuirten Klage sein Unrecht abnehmen, und wenn er es nicht einsehen wolle, so verdiene diese Verstockung keine Schonung. Und damit erklärte Suarez sich einverstanden. Simon, S. 171.

10a) (4. A.) Diesen Grundsatz hat schon das R. R. L. 44, §. 4 D. de usurpat. (XLI, 3); L. 7, §. 2 D. pro emtore (XLI, 4).

11) Diese Fiktion, welche auf den error juris gegründet wird — denn nach der Aeußerung von Suarez wirkt der error juris keinen redlichen Besitz in sensu juris (Simon, S. 605); es ist dabei der Besitz als ein Recht gedacht, so daß auf den thatsächlich vorhandenen guten Glauben des Besitzers gar nichts ankommt — ist doch nur auf die Herausgabe der omnis causa und die Gegenforderungen beschränkt, wie die Allegate ergeben. Auf die Verjährung findet sie keine Anwendung. Pr. des Obertr. 2073, v. 20. Nov. 1848 und uneingetragenes Pr. vom 24. April 1849 in Sachen Schneider w. Obt, $^{11}/_{25}$ III, 49. (3. A.) Auch stehen dem unrechtfertigen Besitzer die possessorischen Klagen zu. Pr. des Obertr. v. 9. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 78).

11a) Vergl. §. 13 und die Anm. 10a dazu.

12) Es kommt also auch bei der mala fides superveniens nichts auf den thatsächlichen Glauben des Besitzers an, vielmehr wird die mala fides fingirt, sobald der Besitzer von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes „überführt" wird. Vergl. Tit. 9, §. 611. Der Zeitpunkt wird, bei einem direkten Rechtsangriffe auf den Besitz, auf den Zeitpunkt der Klagebehändigung zurückgelegt. Bei außergerichtlichen Handlungen hingegen, welche an sich ungeeignet zur Ueberführung des Besitzers sind, z. B. Pfändungen (Tit. 9, §. 612), muß der Ausspruch des Richters über die Rechtmäßigkeit der Handlung (Pfändung) hinzukommen: eine von dem Richter rechtmäßig befundene Pfändung macht den Besitz unredlich. Pr. des Obertr. 1798, vom 16. Nov. 1846. In diesem Falle ist der Zeitpunkt der Unredlichkeit auf den Tag der Insinuation des Urtels, wenn der Unterliegende nicht appellirt, sonst aber erst auf den Tag der letztinstanzlichen Entscheidung zu verlegen, weil, so lange der Rechtsstreit dauert, noch keine Ueberführung des Besitzers durch einen unabänderlichen Rechtsspruch erfolgt ist. In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatze spricht das Pr. des Obertr. 2274, vom 14. Febr. 1851 auch aus, daß der Adjudikatar, dessen Zuschlag mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten wird, nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde unredlicher Besitzer wird, vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten. (Entsch. Bd. XX, S. 106.) Der Anfangstermin ist, wenn der Implorat in der Audienz anwesend ist, der Tag der Verkündigung; wenn er nicht gegenwärtig, der Tag der Insinuation des Urtels; denn es kommt hierbei lediglich auf die Thatsache der Kenntnißnahme an.

lichen Merkmalen versehen ist, sich eigenmächtig anmaßt, hat die Vermuthung des unredlichen Besitzes gegen sich[13]).

§. 20. Bloß willkürliche und ungewöhnliche Zeichen können diese Vermuthung nicht begründen.

§. 21. Die Redlichkeit des Dritten, durch welchen Jemand einen Besitz für sich erwirbt, kommt dem unredlichen Erwerber nicht zu Statten.

§. 22. Dagegen schadet aber auch die Unredlichkeit eines solchen Dritten demjenigen nicht, für welchen der Besitz erworben worden[14]).

§. 23. Von der Wissenschaft desjenigen, welcher bei der Sache mitzuwirken kein Recht hat, hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers niemals ab.

Insonderheit bei mehreren Mitbesitzern;

§. 24. Wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, so muß jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes für seinen Antheil vertreten.

§. 25. Doch kann auch der redlichste Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des Andern, zum Schaden eines Dritten, keinen Vortheil ziehen[15]). (§. 37.)

---

13) Diese Vorschrift bezieht sich nur auf derelinquirte Sachen. (Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 211.) Im Entwurfe hingen die beiden §§. 19 und 20 in der That auch mit dem §. 120, wohin sie gehören, zusammen; durch ihre Versetzung an diesen Ort sind sie unverständlich geworden.

14) Die Vorschriften der §§. 21 und 22 finden auf Willensunfähige, deren juristische Persönlichkeit ganz und gar durch ihren gesetzlichen Vertreter repräsentirt wird, keine Anwendung, weil bei dergleichen Personen nach dem animus in rechtlichen Dingen nicht gefragt wird. — (4. A.) Diesen Grundsatz hat das Obertr. wörtlich als Entscheidungsgrund in sein Erk. v. 8. Januar 1863 aufgenommen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 21.)

15) Was man sich bei der Abfassung dieser beiden §§. 24 und 25 gedacht habe, giebt Suarez, der erst bei der revisio monitorum dieselben vorgeschlagen hat, zu erkennen. „Z. B." — sagt er — „wenn von mehreren Sociis einer mala fide ein Haus für die Societas akquirirt, und solches der Societas zum gemeinschaftlichen Gebrauche für die Kompagniehandlung überläßt, so muß die ganze Societas dem Eigenthümer für den daraus gezogenen Vortheil gerecht werden, und auch die redlichen Mitglieder können das Eigenthum des Hauses per praescriptionem nicht erwerben. Darin unterscheidet sich eben eine bloße Privatsozietät von einer Korporation, die nur eine personam moralem ausmacht." (Bornemann I, S. 487.) Auf diese Idee hat ein Monitum zum §. 16 des gedr. Entw. gebracht. Dieser §. 16 schlug vor: „Wenn mehrere eine Sache nutzen, so muß Jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes für seinen Antheil vertreten." Dagegen wurde monirt: „Wenn Socii eine Sache nutzen, so sollte die Unredlichkeit des Einen von Allen vertreten werden. Jede Societas ist als eine moralische Einheit anzusehen, und nach diesem Grundsatze sind ihre Rechte und Verbindlichkeiten zu beurtheilen." Dazu ist von G. bemerkt: „Scheint nicht ohne Grund, und wird anheim gestellt." In Folge dessen sind in dem ungearbeiteten Entwurfe die beiden §§. 24 und 25 zum Vorschein gekommen. Simon, S. 221 und 353. Bei diesen Bestimmungen ist man über zwei Punkte uneins, nämlich darüber: wie der Vers. selbst den §. 24 verstanden habe; und darüber: welche praktische Anwendung dieselbe Bestimmung finden könne.

Nach der Aeußerung von Suarez ist mit der Vorschrift §. 24 in der That gemeint, daß die ganze Gesellschaft, wegen der Unredlichkeit des erwerbenden Mitgliedes, als unredlicher Besitzer der Sache gelten solle, dergestalt, daß auch die redlichen Mitbesitzer ihre ideellen Antheile nicht durch Verjährung erwerben können. Diese, dem Begriffe und der Natur der sog. compossessio Mehrerer widersprechende, Vorschrift ist veranlaßt worden durch die Idee einer moralischen Einheit der Sozietät, woraus auch die Unklarheit über die Stellung und das Rechtsverhältniß des erwerbenden unredlichen Gesellschafters erklärlich ist, der doch in dem gesetzten Falle nichts weiter als ein stellvertretender Dritter für die übrigen Mitglieder der Gesellschaft, in Beziehung auf deren Antheil, ist, auf welchen der Grundsatz §. 22 Anwendung findet. Daraus erklärt sich weiter auch die Bezugnahme auf den §. 37, der sich bloß auf juristische Personen bezieht, und mit der compossessio mehrerer Einzelner nichts zu thun hat.

Was die Anwendbarkeit des §. 25 betrifft, so kann der Fall dieser Vorschrift in der Wirklichkeit gar nicht vorkommen. Der §. 24 setzt das Verhältniß mehrerer einzelner Mitbesitzer ganz richtig dahin fest, daß Jeder seinen Antheil für sich, redlich oder unredlich, je nach seinem eigenen Bewußtsein, besitze. Da nun der Antheilsbesitz eines Jeden von dem des Anderen völlig unabhängig ist, so ist es auch ganz unmöglich, daß der redliche Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des Anderen einen Vortheil ziehen kann. Schon an sich ist es unklar, wie man sich solches denken soll. Entweder erwirbt der Unredliche allein die Sache und überträgt sie dann auf die Gesellschafter: dann sind diese für ihre Antheile dessen Nachfolger und der Grundsatz §. 40 ist maßgebend. Oder er hat im Namen der Gesellschaft erworben: dann tritt der Fall des §. 22 ein. Niemals also können die Redlichen in die Lage

§. 26. Wenn eine Korporation oder Gemeine einen Besitz erwirbt, so hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit derselben davon ab, je nachdem die Mehrheit der Mitglieder, bei der Erwerbung des Besitzes, redlich oder unrechtfertig [16]) zu Werke gegangen ist [16a]). (§§. 10—15.) ingleichen bei Korporationen und Gemeinen;

§. 27. Ebenso wird der Besitz einer solchen Gemeine in der Folge unredlich, wenn die mehrere Zahl der Mitglieder von der Unrechtmäßigkeit desselben überzeugt worden.

§. 28. Die mindere Zahl kann also durch ihre Unredlichkeit den Besitz der Kommune überhaupt nicht unredlich machen.

§. 29. Doch haften die unredlichen Mitglieder dem Eigenthümer für den Schaden, welcher demselben daraus entstanden ist, daß sie ihre Wissenschaft, oder ihre bei der Erwerbung gehegten Zweifel, den übrigen Mitgliedern nicht angezeigt haben.

§. 30. Ist die Zahl der redlichen oder unredlichen Besitzer gleich, so kann der Besitz der Gemeine überhaupt, nicht für redlich geachtet werden.

§. 31. In sofern redliche Mitglieder dadurch, daß der Besitz der Gemeine überhaupt, wegen der Unredlichkeit der übrigen, für unredlich geachtet wird, und also dem Eigenthümer zurückgegeben werden muß, an ihrem anderweitigen Vermögen einen wirklichen Schaden erleiden, können sie den Ersatz desselben von den unredlichen Mitgliedern fordern.

§. 32. Repräsentanten einer Gemeine sind, in Ansehung der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes, als die Gemeine selbst anzusehen.

§. 33. Sind unter mehreren Repräsentanten einige redlich, andere aber unredlich, so finden, in Beziehung auf den Besitz der Gemeine selbst, die Vorschriften §§. 26—31 Anwendung.

§. 34. Ist die Erwerbung des Besitzes nur durch die Vorsteher oder Beamten [17])

---

kommen, aus der Unredlichkeit des Anderen Vortheil zu ziehen. Der §. 25 soll sich, nach der Entstehungsgeschichte, auch keineswegs auf den Besitz der Substanz beziehen, man hat vielmehr dabei nur an den Fruchterwerb und an die Herausgabe der omnis causa gedacht. Deshalb ist auf den §. 37 Bezug genommen, obgleich der Mitbesitz mehrerer einzelner Personen und der Besitz einer juristischen Person (Korporation) ganz verschieden sind. Bei einer richtigen prozessualischen Behandlung der Vindikation einer im Mitbesitze Mehrerer befindlichen Sache kann auch thatsächlich die Anwendung des §. 25 nicht wohl vorkommen, weil von jedem Besitzer dessen ideeller Antheil besonders vindizirt werden muß, indem der Besitz als solcher nicht Gegenstand der Gemeinschaft ist. In Folge der Vindikation der einzelnen Antheile von jedem einzelnen Mitbesitzer ergiebt sich dann von selbst, was derselbe nach Beschaffenheit seines Besitztitels und seines Bewußtseins als omnis causa zu leisten und was er gegenzufordern hat.

16) Anfangs hatte man „unrechtfertig" als gleichbedeutend mit unredlich gebraucht. In Folge der Erinnerungen zu §§. 12 ff. und zu der dadurch veranlaßten Annahme des besonderen Begriffs des unrechtfertigen Besitzes veränderte sich die Bedeutung. Hier ist nun das „unrechtfertig" in der früheren Bedeutung aus Versehen stehen geblieben. Simon, Materialien, S. 350, 353 und 608; Reskr. vom 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

16a) (4. A.) Wenn der Schuldner einer Hypothekenpost seinen Widerspruch gegen dieselbe einer Körperschaft, namentlich einem Magistrate, schriftlich anzeigt, so muß das Schriftstück bei gehöriger Geschäftseinrichtung im Kollegio zum Vortrage gelangen und darnach dem Kollegio bekannt werden. Den in seinen Akten enthaltenen Widerspruch darf der Magistrat nicht ignoriren und sich nicht auf Grund der §§. 423, 424, Tit. 20 durch Berufung auf einen redlichen Erwerb der ihm demnächst cedirten Post gegen den Einwand des Schuldners schützen. Erk. des Obertr. vom 24. September 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XL, S. 18).

17) Die Besitzerwerbung für eine Korporation kann, nach dem L.R., entweder durch die Gesammtheit oder Mehrheit der (gehörig versammelten) Mitglieder selbst (§. 26), oder durch Repräsentanten (§. 32), oder durch Vorsteher und Beamte (§. 34) geschehen. Ob die Erwerbung durch die Mitglieder selbst auch nach G. R. erfolgen könne, war bei dem Obertr. zweifelhaft geworden, in Folge dessen das Plenum eine Uebereinstimmung des G. R. mit dem L.R. nur in Beziehung auf das patrimonium universitatis, nicht aber auch in Ansehung der res universitatis in specie fand, und am 2. Mai 1846 folgenden Rechtssatz zum Plenarbeschlusse erhob: „Nach Sächsischen und beziehungsweise Gemeinen deutschen Rechten können solche Sachen und Rechte, die zur Benutzung von Seiten einzelner Gemeindemitglieder als solche bestimmt sind, nicht bloß durch die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, son-

der Gemeine geſchehen, ſo wird die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Beſitzes der Gemeine ſelbſt nach den Vorſchriften §§. 21, 22 beurtheilt.

§. 35. Bei Sachen, wo nur die Subſtanz der ganzen Gemeine gehört, die Nutzungen aber unter die einzelnen Mitglieder vertheilt werden, ſind die Rechte und Verbindlichkeiten eines jeden Mitgliedes, in Beziehung auf die Nutzungen, nur nach ſeiner eigenen Redlichkeit oder Unredlichkeit zu beurtheilen.

§. 36. Wenn alſo die Sache ſelbſt, wegen Unredlichkeit des Beſitzes der Gemeine überhaupt, dem Eigenthümer zurückgegeben werden muß, ſo ſind ihm, wegen ſämmtlicher bisheriger Nutzungen, die unredlichen Mitglieder hauptſächlich verhaftet.

§. 37. Können aber dieſe den Eigenthümer nicht entſchädigen, ſo müſſen auch die redlichen Beſitzer, jedoch nur ſo weit, als dieſelben aus dieſen Nutzungen wirklich Vortheile gezogen haben, dem Eigenthümer gerecht werden [18]).

---

dern auch durch die Mitglieder ſelbſt (alle oder doch die Mehrheit), mit der Wirkung der Erwerbung des Beſitzes für die Gemeinde, in Beſitz genommen werden. Pr. 1126. (Entſch. Bd. VIII, S. 3.) Dieſer Satz beruht auf Auslegung der L. 1, §. 22 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 3), welche nur auf das patrimonium universitatis, nicht aber auf die res universitatis in specie, bei welchen Jeder für ſich ſelbſt und zu ſeinem eigenen Nutzen den Beſitz ergreife, ſich beziehe; und die Auslegung wird hauptſächlich auf das „uni“ gebaut. Dieſes uni iſt dabei aber unrichtig überſetzt und folglich die ganze Stelle mißverſtanden. Das Nähere in m. Beurtheilung der Entſch. S. 524 ff. S. auch die Anm. zu §. 44. Uebrigens iſt das richtig, daß die Stelle ſich nur auf das patrimonium universitatis bezieht, denn das R. R. kannte, außer dem ager publicus, keine res universitatis in specie. Daraus folgt jedoch gar nicht, daß der Beſitz eines ſolchen Gemeinguts, welches in Privatgenuß genommen wird, anders als das Gemeingut im Gemeingenuſſe erworben werden könne. Denn der Genuß kann in allen Fällen erſt nach der Erwerbung des Beſitzes anfangen, folglich muß die Gemeinde als ſolche ſchon im Beſitze ſich befinden, ehe die einzelnen Mitglieder derſelben in den Privatgenuß der Sache treten können. (5. A.) In keinem Falle können andere Ortseinwohner als Gemeindemitglieder, ſofern ſie nicht nach der allgemeinen Beſtimmung des §. 45 d. T. zu Stellvertretern erwählt ſind, durch ihre dahin zielenden Handlungen für die Gemeinde den Beſitz erwerben. Erk. des Obertr. vom 8. Nov. 1864 (Entſch. Bd. LIII, S. 16).

18) Die §§. 35—37 beziehen ſich, nach der Abſicht der Verf. des L.R. und nach dem Wortlaute, auf res universitatis in specie sic dictas, deren Nutzungen unter die Mitglieder der Korporation vertheilt ſind, wie z. B. Hütungen. Suarez bemerkt hierzu: „Der Fall iſt möglich, daß der Beſitz einer Gemeinde, als eine moraliſche Perſon betrachtet, unredlich iſt, und gleichwohl einige Mitglieder der Gemeinde ihren Theil der Nutzungen von der ſolchergeſtalt beſeſſenen Sache redlicherweiſe gezogen haben. Wenn nun dem Eigenthümer die Sache reſtituirt werden muß, ſo kann er zugleich fructus perceptos fordern, weil die Gemeinde qua talis in mala fide geweſen iſt. Wer ſoll ihm alsdann diejenigen fructus erſtatten, welche die redlichen Mitglieder bona fide bezogen haben? Der Text nimmt an, daß die unredlichen Mitglieder dafür prinzipaliter haften müſſen; in subsidium aber ſollen ihm auch die redlichen Beſitzer Erſatz leiſten, ſo weit ſie wirklich locupletiores geworden ſind. Dies wird bezweifelt, weil ja ein redlicher Beſitzer fructus perceptos et consumtos niemals reſtituiren dürfe; allein es iſt hier der Fall einer Kolliſion vorhanden. Dem Eigenthümer wurde das Seinige von der Kommune mala fide vorenthalten; er hat alſo unſtreitig ein Recht, ſolches cum fructibus perceptis zurückzufordern. Freilich hatten auch die redlichen Mitglieder ihren Theil der Nutzungen bona fide genoſſen, und inſoweit haben ſie den Schutz der Geſetze für ſich. Bei dieſer Kolliſion aber erſcheint es doch das Billigſte, die Ausnahme zu Gunſten des Eigenthümers zu machen, mit deſſen Schaden die Mitglieder der unredlichen Kommune reicher geworden ſind.“ Simon, Material., S. 228 u. 335.

Durch die hiernach klaren Beſtimmungen ſind folgende Anomalien geſchaffen: 1. Es findet ein zwiefacher Beſitz an den Sachen in Rede ſtatt: ein Sachbeſitz der juriſtiſchen Perſon (Korporation), und ein Beſitz der Mitglieder derſelben als Einzelner (Mitbeſitz Mehrerer) an dem Nutzungsrechte. 2. Der vindizirende Eigenthümer muß wegen Herausgabe der Sache die juriſtiſche Perſon, und wegen Herausgabe der Nutzungen die einzelnen phyſiſchen Perſonen belangen. 3. Die unredlichen Perſonen ſollen nicht allein die für ihren Antheil gezogenen Nutzungen herausgeben, ſondern auch diejenigen Nutzungen, welche die redlichen Mitbeſitzer gezogen haben, erſetzen. 4. Die redlichen Mitbeſitzer ſollen, im Widerſpruche mit dem Grundſatze des §. 189 d. T., falls die unredlichen Mitbeſitzer nicht aufzukommen vermögen, die für ihren Theil gewonnenen Nutzungen herausgeben, ſoweit ſie dadurch reicher geworden ſind. 5. Dem vindizirenden Eigenthümer gegenüber iſt, nach dem regelmäßigen Rechte, nur Ein Beſitzer, die juriſtiſche Perſon, vorhanden, von welcher er ſeine Sache cum omni causa abzufordern berechtigt iſt, ohne daß es ihn berührt, wie die Nutzungen verwendet worden ſind, was die Folge hat, daß die beklagte Korporation die ihm nach Beſchaffenheit ihres Beſitzes zuzuſprechenden Früchte aufzubringen hat.

§. 38. Kann hingegen der Eigenthümer die Sache selbst wegen des verjährten redlichen Besitzes der Gemeine überhaupt, nicht zurückfordern, so kann er zwar, auch wegen der bisherigen Nutzungen, nur an die unredlichen Mitglieder sich halten;

§. 39. Er tritt aber auch in Ansehung der künftigen Nutzungen an die Stelle dieser unredlichen Mitglieder [19]).

§. 40. Bei jedem Nachfolger im Besitz wird die Beschaffenheit seines Besitzes bloß nach seiner eigenen Redlichkeit, nicht aber darnach beurtheilt: ob sein Vorfahr ein redlicher oder unredlicher Besitzer gewesen sei [19a]). ferner bei Nachfolgern im Besitz.

§. 41. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Nachfolger im Besitze zugleich Erbe des Vorfahren ist, oder nicht.

§. 42. Doch muß der Erbe die Folgen des unredlichen Besitzes seines Erblassers aus dessen Nachlasse vertreten [19b]).

§. 43. Niemand kann, ohne oder wider seinen Willen, wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenn gleich dieselbe in seiner Gewahrsam sich befindet. Von Erwerbung des Besitzes überhaupt.

---

Man hat beabsichtigt, den Eigenthümer in Vortheil zu setzen bei der Abforderung seiner Sache mit Früchten, und in dieser wohlwollenden Absicht hat man ihm diese eine umfassende und einfache Klage verkümmert und dafür in hundert verschiedene und verwickelte Prozesse gestürzt. Uebrigens hat die hier gegen die redlichen Mitbesitzer gegebene subsidiarische actio in factum wegen Bereicherung keine Besonderheiten.

19) Die Bestimmungen der §§. 38 u. 39 führen ein andetes abnormes Verhältniß ein: die Sache ist Eigenthum der juristischen Person geworden, der vorige Eigenthümer aber soll Mitbesitzer des Nutzungsrechts an Stelle der unredlichen Einzelnen sein, also gewissermaßen Mitglied der Kommune. Soll dieses Verhältniß für alle Zeiten dauern, oder nur auf Lebenszeit der unredlichen Mitglieder? Man scheint das Letztere beabsichtigt zu haben, wenn dabei überhaupt an die Folgen gedacht worden ist. Weiter fragt sich: Wie soll es werden, wenn die Korporation beschließt, ihre Sache zu veräußern, oder die Benutzungsart zu ändern? Soll dann der frühere Eigenthümer sein Nutzungsrecht oder vielmehr den Mitbesitz desselben behalten? Oder soll er wider seinen Willen durch den Beschluß der Korporation seines Mitbesitzes entsetzt werden können, behufs des Verkaufs? Und soll er dabei die unredlich gewesenen Mitglieder, an deren Stelle er Mitbesitzer geworden ist, auch bei Fassung des Gemeindeschlusses vertreten dürfen? Auf alle diese Fragen läßt sich, bei den rein willkürlichen Satzungen, nach den Gesetzen der juristischen Logik nicht antworten; die Antwort muß wieder willkürlich ausfallen.

19a) (3. A.) Doch versteht sich, daß dem Nachfolger im Besitze der unredliche Besitz des Vorfahrs nicht zu gut gerechnet wird; die accessio possessionis fällt weg, wenn der Vorfahr ein unredlicher Besitzer war. Zu vergl. unten, Anm. 52 zu §. 614, Tit. 9.

19b) (4. A.) Hat z. B. Jemand eine fremde Sache durch eine unerlaubte Handlung an sich genommen, welche nach seinem Tode der Erbe im Nachlasse findet und titulo pro herede usukapirt (Tit. 9, §§. 617, 614); so muß der Erbe aus der ererbten Entschädigungsverbindlichkeit des Erblassers den gewesenen Eigenthümer, der sein Eigenthum in Folge jener unerlaubten Handlung durch Hinzutritt der Verjährung unwiederbringlich verloren hat und daher seine Sache nicht mehr vindiziren kann, schadlos halten. Diesen Rechtssatz hat das Obertr. in seinem Erk. v. 8. Jan. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 19) verkannt. Dasselbe sagt S. 24: „Sie (die Bekl.) haben das im Nachlasse ihres Vaters vorgefundene Grundstück in Besitz genommen und dadurch ein Verhältniß begründet, welches zu dem Erwerbe desselben durch die Verjährung ex titulo pro herede führen konnte und mußte. Dieser Erwerb ist eine Folge der von dem Beklagten vorgenommenen Besitzergreifung und steht keineswegs mit dem unredlichen Besitze ihres Erblassers in solcher Verbindung, daß er im Sinne des §. 42 als Folge jenes unredlichen Besitzes angesehen werden konnte." Diese Erwägung geht fehl. Die Erwerbung der Sache durch die Usukapion seitens der Erben ist in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Erblassers, den durch seine unerlaubte That Beschädigten schadlos zu halten, eine ganz gleichgiltige Begebenheit; die Entschädigungsverbindlichkeit ex delicto ist nicht durch die Besitzergreifung und Usukapion seitens der Erben, sondern durch die unerlaubte That des Erblassers entstanden und diese Schuld des Erblassers ist auf die Erben übergegangen. Die fragliche Sache brauchte nicht mehr im Nachlasse vorhanden zu sein und vorgefunden zu werden; sie konnte dem Erblasser wieder durch ein Delikt, etwa durch Gewalt, entzogen worden sein und die Erben mußten doch bezahlen, was ihr Erblasser schuldig gewesen war. Wenn sie nun zu ihrem Vortheile obenein jene Sache titulo pro herede usukapirt haben, so leuchtet doch wohl ein, daß diese ihre Erwerbung keine Art ist, die Schuld ihres Erblassers ex delicto zu tilgen. Der §. 42 ist mißverstanden; die „Folgen des unredlichen Besitzes" sind eben die Vererbung der Schuld des Erblassers.

§. 44. Soweit alſo Jemand ſeinen Willen zu erklären unfähig iſt, ſoweit kann er durch ſich ſelbſt keinen Beſitz erlangen[20]).

§. 45. Nur inſofern[21]) Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt wer-

20) Juriſtiſche Perſonen als ſolche ſind phyſiſch willensunfähig; denn ſie ſind nicht Menſchen; ſie können mithin in allen Fällen nur durch Vertreter einen Willen haben und äußern, folglich auch nur durch ſolche Beſitz erwerben. Wer in dieſer Hinſicht als Vertreter für die juriſtiſche Perſon handeln könne, darüber ſ. o. die Anm. 17. Dort iſt die Frage: ob einzelne Mitglieder ohne verfaſſungsmäßigen Auftrag oder Beſchluß der juriſtiſchen Perſon für dieſelbe Beſitz erwerben können? ſchon erledigt. Eine andere Frage iſt die: Was für Beamten es ſein müſſen, welche, zum Zwecke der Beſitzerwerbung, für die juriſtiſche Perſon den erforderlichen animus faſſen können. Nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen iſt die Berechtigung dazu durch das Amt gegeben und durch deſſen Umfang begrenzt. Wer alſo in der Eigenſchaft als Beamter einer juriſtiſchen Perſon und in den reſſortmäßigen Grenzen ſeines Amtes Beſitzhandlungen unternimmt, der handelt für die juriſtiſche Perſon. Dies iſt durch den Pl.-Beſchl. des Obertr. v. 5. April 1852 (J.M.Bl. S. 183), in Beziehung auf die Erwerbung eines Hiltungsrechts, für richtig erkannt worden, zwar zunächſt ausdrücklich für das G. R., indem der Ausſpruch lautet: „Nach G. R. bedarf es zur Erwerbung eines Hiltungsrechts für eine Gemeinde durch Ausübung der Hiltung von Seiten des Gemeindehirten weder des Nachweiſes eines beſonderen Auftrages außer dem Gemeindehirtenamte, noch des Beweiſes, daß die Gemeinde von dieſer Ausübung Wiſſenſchaft gehabt, oder ausdrücklich genehmigt habe.“ Unter Bezugnahme auf L. 2, 42, §. 1; L. 49, §. 2 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2); L. 47 D. de usurpat. et usucap. (XLI, 3); L. 1 C. de acquir. et retin. poss. (VII, 32); A. L.R. I, 7, §§. 43 ff. Allein die Gründe dieſes Präj. gelten auch für das L.R. Die Zweifelsgründe ſ. m. in der durch dieſen Plenarbeſchl. verworfenen Senatsentſch. vom 5. Oktober 1846 (Entſch. Bd. XIV, S. 199).

Was die phyſiſchen Perſonen betrifft, ſo ſind dieſe nur dann, wenn ſie phyſiſch willensunfähig ſind, wie z. B. Kinder, Raſende und Wahnſinnige und andere in einem vernunftloſen Zuſtande befindliche Perſonen, unfähig, durch ſich ſelbſt Beſitz zu erwerben, nicht aber ſolche thatſächlich willensfähige Perſonen, welche aus juriſtiſchen Gründen handlungsunfähig ſind, wie Unmündige, Minderjährige, Verſchwender. Bei Blödſinnigen kommt es auf den Geiſteszuſtand an. Es iſt beſtritten, daß es bei der Beſitzerwerbung bloß auf die phyſiſche Willensfähigkeit ankomme, und nach der Faſſung des §. 44, welcher auf die Lehre von Verträgen hinweiſt, kann es wohl bezweifelt werden. Allein der Zweifel verſchwindet bei der Erwägung, daß der Beſitz kein Rechtsverhältniß und auch keine Sache, ſondern ſeinem Weſen nach ein faktiſches Verhältniß iſt (vergl. Entſch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 8), die Beſitzhandlungen alſo keine Rechtsgeſchäfte ſind; und daß der Beſitz als ſolcher dem juriſtiſch Handlungsunfähigen niemals Nachtheil bringen kann, weil er keine anderen Verpflichtungen für eine ſolche Perſon zur Folge hat, als die Gewahrſamkeit mit ſich bringt.

21) Nur inſofern. Wo alſo eine Stellvertretung überhaupt nicht zuläſſig iſt, da kann auch Beſitz nicht durch Stellvertreter erworben werden. Die hauptſächliche Bedeutung der Beſtimmung beſteht aber darin, daß eine wiſſentliche Beziehung zwiſchen dem Vertretenen und dem Vertreter ſtattfinden muß, daß Beide die Vertretung wollen müſſen. Wenn alſo der Vertreter für ſich Beſitz erwerben will, oder wenn er zwar für uns den Beſitz ergreift, wir aber dazu keinen Auftrag gegeben haben und es auch nachher nicht genehmigen, ſo iſt für uns kein Beſitz erworben. (Vergl. Entſch. des Obertr. Bd. XVII, S. 23.) Deshalb läßt ſich auch nicht behaupten, daß ein Pächter ſtets nur als Stellvertreter des Verpächters handle, indem er die dem Pachtgute wirklich oder vermeintlich zuſtehenden Rechte ausübt. Es muß ein Auftrag oder eine Genehmigung nachgewieſen werden. Erk. v. 22. Dez. 1847 (Arch. für Rechtsf. Bd. III, S. 251) und Erk. des Obertr. v. 17. Februar 1857 und vom 11. März 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 69 und Bd. XXIX, S. 213). Vergl. unten Anm. 76 a zu §. 124 d. T. (5. A.) Im Falle einer Beſitzergreifung durch einen Dritten ohne vorausgegangenen Auftrag iſt der Beſitz nicht erſt von dem Augenblicke der nachfolgenden Genehmigung, ſondern von dem Zeitpunkte an, wo der Dritte für den Genehmigenden den Beſitz ergriffen hat, erworben. Tit. 13 §. 239. Erk. des Obertr. vom 18. Juli 1863 (Entſch. Bd. L, S. 44). — (3. A.) Iſt zwar Auftrag zur Beſitzhandlung gegeben, dieſe aber nicht als ſolche ausgeführt, z. B. wenn Jemand ſeinen Leuten aufträgt, über das Grundſtück eines Anderen zu fahren, dieſe aber ſolches nicht ohne Weiteres, ſondern erſt auf angebrachte Bitte und erhaltene Erlaubniß ausführen; ſo hat der Auftraggeber keinen Beſitz erworben, und dieſer Einwand muß, bei Nichtigkeit des Urtheils, von dem Richter beachtet werden. Erk. des Obertr. v. 30. Mai 1852 (J.M.Bl. 1854, S. 107, Nr. 27). S. u. Anm. 70 zu §. 112. (4. A.) Der Grundſatz findet auch bei dem Verluſte des Beſitzes Anwendung. Wenn daher einem für ſeinen Dienſt gemietheten Hirten bei Ausübung einer Viehtriebsgerechtigkeit von dem Beſitzer des dienenden Grundſtücks die Ausübung verboten und hierauf von dem Hirten die Unterſagung beobachtet wird, ſo iſt dadurch der Rechtsbeſitz für den Herrn und Machtgeber des Hirten (Beſitzers des herrſchenden Grundſtücks) verloren, wenngleich der Hirte ſeinem Dienſtherrn von dem ergangenen Verbote keine Anzeige gemacht hat. Erk. des Obertr. vom 8. Februar 1859 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXII, S. 201). Vergl. §. 99 d. T. und §. 521, Tit. 9.

den können, kann auch der Besitz durch die Handlung eines Andern erworben werden [22]).

§. 46. Zur Besitznehmung gehört nothwendig, daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt worden.

§. 47. Ist die Sache mit andern vermischt [23]), so muß sie abgesondert oder kenntlich ausgezeichnet werden.

§. 48. Ohne Besitzergreifung [24]) kann keine Art des Besitzes erlangt werden.

§. 49. Wer jedoch einem Andern in einem Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung, in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte [25]).

---

(4. A.) Bei dem Erwerbe des Besitzes durch die Handlung eines Stellvertreters kommt diese Handlung in ihrer Totalität, sowohl für als gegen den Prinzipal, in Betracht. Erk. des Obertr. vom 5. Dez. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 353).

22) Z. B. durch die Vermiethung eines vom Vermiether noch nicht besessenen Rechts, und dessen Ausübung durch den Miether wird der Besitz für den Vermiether ergriffen. Pr. des Obertr. 2125, vom 5. Juni 1849. (Entsch. Bd. XVIII, S. 157.) In diesem Falle enthält der Miethsvertrag den Auftrag zur Besitzergreifung. S. die vor. Anm., auch unten die Anm. 50, Abs. 2 zu §. 81 d. T.

23) Oder mechanisch verbunden. Denn auch in diesem Falle existirt sie nicht als eine besondere Sache, wie z. B. die einzelnen Steine in einer Mauer, die Balken in einem Gebäude. Das Ganze ist eine andere Sache als die in dasselbe als Theile eingefügten einzelnen Stücke. Wenn daher z. B. einzelne Balken und Steine gestohlen waren, so hindert dieses den Erwerb des Ganzen durch Verjährung nicht. Nicht anwendbar ist dieses auf unabgesonderte Früchte: diese können für sich besonders, ohne das Grundstück, in Besitz genommen werden, sei es durch Uebernahme der Gewahrsam von dem Grundstücke durch den Erwerber oder dessen Aufseher, wie bei Getreide auf dem Halme, bei hangenden Baumfrüchten; oder durch eine s. g. symbolische, für jeden Dritten durch Zeichen erkennbar gemachte, Uebergabe. (5. A. Das Obertr. drückt dies mit denselben Worten aus: daß nämlich, „wenn nur einzelne noch auf dem Stamme stehende Bäume aus einem Walde veräußert seien, die Tradition im Wege der symbolischen Uebergabe nur durch solche Handlungen erfolgen könne, welche die Uebergabe für jeden Dritten erkennbar machen". Erk. v. 6. September 1864, Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 100.) Vergl. unten, Anm. 31[a] und 32. Daß der Besitz von stehenden Bäumen durch symbolische Uebergabe, namentlich vermittelst Anschlags mit dem Forsthammer, selbstständig und mit Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten erlangt werden könne, sagt auch das Pr. des Obertr. 1570, v. 9. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 201). Doch erklärt sich dies nicht aus der Kraft der symbolischen Uebergabe, wie es das Obertrib. thut, sondern aus dem Wesen der brevi manu traditio, welche die Erklärung des bisherigen Besitzers enthält, daß er die bezeichneten Bäume bis zur Abholung für den neuen Erwerber in Gewahrsam und Obhut behalten wolle.

(4. A.) Einzelne Theile eines Gebäudes, z. B. die Abtheilungen (Bansen oder Tasse) einer Scheune, können Sondereigenthum verschiedener Personen sein, wogegen andere Theile, z. B. die Tenne, die Einfahrten und das Dach darüber, im gemeinschaftlichen Eigenthume Mehrerer zu ideellen Antheilen bleiben. Hat eine reale Theilung mündlich stattgefunden und Jeder seinen Theil in ausschließlichen Besitz genommen, so wird der Mangel des formellen Theilungsakts durch eine 30jährige Verjährung ersetzt. Tit. 9, §§. 613, 625. Erk. des Obertrib. v. 17. Febr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 232). (5. A.) Das gilt auch von den verschiedenen Stockwerken und den verschiedenen Räumlichkeiten eines Stockwerkes eines Hausareals. Erk. dess. vom 11. April 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 61). Vergl. jedoch oben, die Anm. 30, Abs. 2 zu §. 41, Tit. 2.

24) Auch wenn der bisherige Besitzer seinen Besitz zum Vortheile des Anderen aufgiebt. Vergl. §. 58 d. T.

25) Sachen und Rechte dagegen, welche zwar zur universitas juris gehören, aber nicht darin vorhanden, vielmehr in der Gewalt eines Anderen sind, werden durch die Besitzergreifung des Ganzen nicht mit in Besitz genommen. Vergl. §. 54 d. T. Der Besitz des Erwerbes kann mithin auch, in Ansehung dieser Sachen, nicht gestört werden. Hat sich also z. B. ein Nichterbe, vor der Besitzergreifung des Erben, Sachen aus einer liegenden Erbschaft angeeignet, so kann der Erbe gegen ihn nicht wegen Verletzung seines Besitzes die possessorische Klage auf Herausgabe der Sachen anstellen. Denn die Besitzstörungsklage setzt voraus, daß der Erbe sich selbst für seine Person faktisch in dem Besitze, in welchem er gestört sein will, befunden hat. Pr. 1190, v. 13. Sept. 1843. Dieser Grundsatz war später zweifelhaft geworden. Das Obertr. nahm jedoch durch Pl.-Beschl. v. 7. Novbr. 1849 den Satz an: „Der Erbe hat nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung seines Rechts zum Besitze nach dem Anfalle, jedoch vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist. Pr. 2161. (Entsch. Bd. XVIII, S. 3.) Eine er-

Erwerbung des Besitzes von Sachen.

§. 50. Die äußere [25a]) Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird im eigentlichen Verstande Besitzergreifung genannt.

§. 51. Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst, oder durch Andere, zu gebrauchen, und darüber zu verfügen.

§. 52. Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen [25b]).

§. 53. Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, der hat dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen.

§. 54. Doch muß bei Pertinenzstücken und einzelnen Sachen, die sich zur Zeit der Besitznehmung der Hauptsache, oder des Inbegriffs, im wirklichen [26]) Besitz eines Dritten befinden, der Besitz besonders erworben werden.

§. 55. Der Besitz einer Sache, die in Niemandes Besitz sich befindet, kann dadurch ergriffen werden, daß der Besitznehmende die Sache mit solchen Merkmalen bezeichnet, woraus seine Absicht, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhellet.

§. 56. Die bloße Bezeichnung aber hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen, ermangelt.

§. 57. Auch hat die bloße Bezeichnung die ihr vorstehend beigelegten Wirkungen nur alsdann, wenn in dem Zeitpunkte, wo sie geschieht, derselben von einem Dritten nicht widersprochen wird.

---

erbte Besitzklage (wegen einer vor dem Anfalle vorgefallenen Besitzstörung) mag aber der Erbe wohl gebrauchen. §. 361, Tit. 9. — (4. A.) Bei einer Singularsuccession unter Lebendigen ist es anders: hier ist der Besitzerwerb auch dann schon vollendet, wenn bei der Uebertragung des von dem Autor geübten Rechtes das physische Vermögen, darüber mit Ausschließung Anderer zu verfügen, fortdauert. Mit dem durch Uebergabe erworbenen Besitze eines Grundstücks ist zugleich der Besitz der mit demselben zusammenhängenden Prädialservitut erworben, §§. 52, 77, 78 d. T. Vergl. Erk. des Obertr. v. 22. Januar 1860 (Entsch. Bd. XLII, S. 46). Vergl. auch Bd. XXVII, S. 313.

25a) (4. A.) Darunter ist eine körperliche Handlung, wodurch der Besitzergreifende die Sache in seine Gewalt bringt, nicht etwa ein bloßes Ansehen und Sprechen zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 23. Juni 1857 (Archiv Bd. XXVI, S. 71). Vergl. Archiv Bd. XV, S. 76.

25b) (3. A.) Dieser Bestimmung muß die thatsächliche Wirklichkeit weichen. Vor. Anm. Wenn daher der Eigenthümer des Grundes und Bodens wegen Störung des Besitzes an den darauf befindlichen Bäumen (§§. 199, 243, Tit. 21) in poss. summ. belangt wird, und der Kläger nachweist, daß er sich vor der Störung im Besitze der Bäume befunden habe; so kann der Grundbesitzer sich auf diese Bestimmung nicht berufen. Erk. des Obertr. vom 12. November 1852. (J.M.Bl. 1854, S. 104, Nr. 15c.)

26) S. die Anm. 25. Unter dem wirklichen Besitze kann hier nicht ein fehlerfrei erworbener Besitz verstanden werden, vielmehr muß jede Gewahrsam verbunden mit der Absicht, die Sache für sich, zum eigenen Vortheile, zu haben, darunter verstanden werden. Nur die bloße Gewahrsam ist kein Hinderniß in der Besitzergreifung der einzelnen Stücke durch das Ganze. — (2. A.) Das Obertr. versteht darunter den vollständigen, nicht aber auch den unvollständigen Besitz. Pr. 2383, v. 25. Mai 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 69). Dies kommt mit meiner Erklärung a. E. im Wesentlichen überein, denn der unvollständige Besitzer hat für den vollständigen die Gewahrsam (§. 124). (4. A. Daher ist außer der Uebergabe der Hauptsache eine besondere Uebergabe verpachteter Pertinenzien durch Anweisung nicht erforderlich. Erk. des Obertrib. vom 16. Oktbr. 1851 [Archiv für Rechtsf. Bd. III, S. 298].) (5. A.) Das Obertr. ist jedoch nicht bei seiner Auffassung verblieben. In dem Erk. vom 17. Juni 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 279) sagt dass.: „Der §. 54 redet im Allgemeinen von Ergreifung des Besitzes. Der hier gebrauchte Ausdruck „wirklicher Besitz" hat daher nach Unterschied der Fälle vollständigen oder unvollständigen Besitz vor Augen." Ich glaube diesmal hat es Recht. — Der Ausdruck kommt zwar noch drei Mal, im §. 43 d. T., im §. 646, Tit. 9 und im §. 2, Tit. 21 vor, aber nicht in derselben Bedeutung. Im §. 43 bezeichnet er den Gegensatz von Gewahrsam überhaupt, wird also in einem ähnlichen, aber in einem weiteren Sinne als hier im §. 54 gebraucht; im §. 646, Tit. 9 hingegen soll damit der wahre Besitz im Gegensatze zu dem dort fingirten Besitze bezeichnet werden; im §. 2, Tit. 21 ist nur vom unvollständigen Besitze die Rede. Vergl. Anm. 3a ebd.

§. 58. Durch Uebergabe[27]) wird der Besitz erlangt, wenn der bisherige Besitzer einer Sache sich derselben zum Vortheil eines Andern entschlägt, und dieser den erledigten Besitz ergreift[28]). Durch Uebergabe.

§. 59. Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheil eines Andern zu erledigen, in sofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen[29]).

---

27) Die Uebergabe hat die rechtliche Natur eines Vertrages, denn sie hat alle Merkmale des Begriffs vom Vertrage: eine (auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes gerichtete) Willenserklärung mehrerer einander gegenüberstehender Personen zur Begründung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses derselben. Anm. 1 zu §. 1, Tit. 5. Deshalb verlangte Suarez auch die Beobachtung der allgemeinen Form der Verträge, d. h. schriftliche und beziehlich gerichtliche oder notarielle Abfassung der Erklärung; doch fiel sein Vorschlag bei der Berathung. In die §§. 70 und 71 hatte er, in Uebereinstimmung mit seinem Vorschlage, die Worte „auf eine rechtsbeständige Weise" und „rechtsgültig" eingeschaltet, welche wieder hätten gestrichen werden sollen, als sein Vorschlag abgelehnt wurde; sie blieben aber aus Versehen stehen. Simon, Material., S. 238, 244 — 246 und 610. — Der schriftlichen Form bedarf es nicht, weil die Uebergabe an sich selbst eine rechtsgültige Form — ein Realvertrag — und gewöhnlich die Erfüllung einer vorgängigen Verbindlichkeit ist, in sofern also mit der Zahlung auf gleicher Linie steht.

28) Die Erklärung (Anm. 27) genügt zur Vollziehung der Uebergabe nicht, vielmehr muß zur vollständigen Tradition noch eine zwiefache äußere Handlung hinzutreten, und zwar von Seiten des Gebers die Loslassung oder Freistellung der Sache, wenn sie noch nicht vorhergegangen ist (§. 59), und von Seiten des Erwerbers die körperliche Besitzergreifung. Die eine ohne die andere stellen keine Uebergabe dar, wenngleich unter Umständen die zweite Handlung allein geeignet ist, den Besitz zu erwerben, wie z. B. bei der Okkupation, oder bei einer legirten Sache, welche der Legatar mit Erlaubniß des Erben, der selbst den Besitz der Erbschaft noch nicht ergriffen hat, in Besitz nimmt. Vergl. die §§. 62 bis 65 und die Anm. dazu.

29) Der §. 59 ist von dem §. 58 nicht zu trennen. Er spricht bloß von dem ersten der beiden nach §. 58 zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe gesetzlich nothwendigen Erfordernisse, nämlich von der Entschlagung des Besitzes seitens des bisherigen Besitzers; und es reicht daher, außer den beiden, in den §§. 69 u. 71 bemerkten Fällen, zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe die im §. 59 bemerkte Willenserklärung des bisherigen Besitzers nicht hin, sondern es muß auch noch der Akt der Besitzergreifung von Seiten des neuen Besitzers hinzukommen, um ihn in den Stand zu setzen, über die Sache zu verfügen. Nur durch eine derartige Besitzergreifung wird, bei einer Uebergabe durch bloße Willensäußerung, das Eigenthum einer Sache erworben, und die Klage auf Herausgabe der Sache gegen einen dritten Besitzer begründet. Pr. des Obertr. 528, v. 22. Septbr. 1855 (Entsch. Bd. IX, S. 179). Eine Anwendung hiervon macht das Erk. v. 7. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 253) auf die Possessorienklage, welche gleichfalls abgesprochen wird. Auch ein Erk. vom 6. Oktober 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 76) spricht sich im Sinne jenes Pr. 528 aus. — Um dem Erfordernisse der Besitzerledigung auf Seiten des alten Besitzers, wovon lediglich der §. 59 handelt, zu genügen, ist die persönliche Gegenwart desselben in der Nähe der Sache nicht nothwendig; es ist hinreichend, daß er den Erwerber an den Ort der Sache schickt und ihm erlaubt, solche für sich zu nehmen. Der Anfang des Besitzes ist hier der Zeitpunkt, wo der Besitz körperlich ergriffen wird. §. 109. Ist die Sache in Gewahrsam eines abwesenden Dritten, so ist eine schriftliche Anweisung des Besitzers an diesen erforderlich. In diesem Falle wird die Besitzübertragung, durch Ausstellung der Anweisung, für vollendet angenommen, sobald diese Anweisung dem neuen Besitzer eingehändigt ist. Der Vorzeigung derselben bei dem dritten Inhaber oder sonstiger Benachrichtigung desselben bedarf es nicht. Pr. des Obertr. 1713, vom 21. Februar 1846 (Entsch. Bd. XII, S. 172). — Vergl. §. 67.

(4. A.) Zum Beweise der erfolgten Uebergabe verkaufter Gegenstände ist das im Vertrage abgegebene Anerkenntniß der Kontrahenten, daß die Uebergabe geschehen sei, nicht genügend, sagt das Erk. des Obertr. vom 13. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 261). Unter den Kontrahenten selbst wird es doch wohl soviel beweisen, daß der bestreitende Theil den Gegenbeweis führen muß. Anm. 41.

(4. A.) Zum Nachweise der Uebertragung des Besitzes der von dem Ehemanne an die Frau verkauften Sache genügt das in der Urkunde enthaltene bloße Bekenntniß, daß die Uebergabe bereits erfolgt sei, und die Käuferin sich in dem Besitze der erkauften Sache befinde, nicht. Erk. dess. v. 4. u. 11. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 39).

(4. A.) Zum Beweise der erfolgten Uebergabe der verpfändeten Sache ist das in dem Vertrage abgegebene Anerkenntniß der Kontrahenten, daß die körperliche Uebergabe geschehen sei, dann nicht genügend, wenn die festgestellten faktischen Umstände mit jener Erklärung nicht zu vereinigen sind. Erk. dess. vom 24. März 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 281).

(4. A.) Das in einem Vertrage enthaltene Bekenntniß der geschehenen, wirklich aber nicht geschе-

§. 60. Durch richterliche[30]) Verordnung kann der Besitz, auch ohne Einwilligung des bisherigen Besitzers, zum Vortheile eines Andern erledigt werden.

Körperliche Uebergabe.

§. 61. Die Uebergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand[31]), sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen[31a]).

Symbolische.

§. 62. Die Zeichen können, wo die Gesetze nicht besondere Ausnahmen machen, willkürlich gewählt werden[32]).

§. 63. Nur müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der andern, denselben zu ergreifen[32a]), hinlänglich andeuten.

§. 64. Auch muß die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, daß der körperlichen Besitznehmung ferner nichts[33]) im Wege stehe.

§. 65. So können Waaren[34]) und andere Effekten, welche in einem verschlossenen Behältniß sich befinden, durch Aushändigung der Schlüssel übergeben werden.

Durch Anweisung.

§. 66. Wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers inne hat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, so ist die Uebergabe vollzogen[34a]).

---

henen Uebergabe der Sache ist nicht für ein Versprechen der sofortigen Uebergabe anzusehen. Erk. dess. vom 14. Nov. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 176).

30) Nicht allein durch richterliche Verordnung, sondern in allen Fällen der Expropriation auch durch Handlungen der Regierungsgewalt.

31) Dazu gehört nicht nothwendig das persönliche Zusammentreffen der Parteien in re praesenti; es ist auch Uebergabe aus Hand in Hand, wenn der Besitzer dem neuen Erwerber erklärt, daß er ihm den Besitz auflasse und gestatte, denselben für sich zu ergreifen. S. Anm. 29.

31a) (5. A.) Auch unabgesonderte Früchte, namentlich Feldfrüchte auf dem Halme, Bäume auf dem Stamme, Wolle auf den Schafen, können symbolisch, aber nicht durch bloße Willenserklärung — constitutum possessorium — übergeben werden. Erk. des Obertr. vom 28. April 1864 (Archiv für Rechtsf. Bd. LIV, S. 133), vom 26. Okt. 1866, vom 21. Dez. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 106 u. S. 232). Vergl. Pr. 1570, vom 9. Mai 1845 (oben Anm. 23).

32) S. Pr. 1570, in der Anm. 23 a. E. — (5. A.) Die symbolische Uebergabe erfordert etwas Anderes, als die bloße genaue Bezeichnung der gegenwärtigen Sache durch Worte und Hinweisung, nämlich Zeichen, welche an der Sache gemacht worden, um sie kenntlich auszuzeichnen (vergl. §. 47), oder welche mit ihr sachlich in solchem Zusammenhange stehen, daß sie solche kenntliche Auszeichnung zu dem in den §§. 63, 64 gedachten Behufe hinlänglich andeuten, wie sie in jenem Pr. 1570 angegeben sind. Erk. des Obertr. vom 21. Dezember 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 232).

32a) (5. A.) Diese Absicht muß bei jeder Uebergabe vorhanden sein. Wenn daher z. B. bei einer Uebergabe von verkauftem Holze auf dem Stamme der Vorbehalt gemacht ist, daß der Holzhieb (die Wegnahme der Bäume) an eine noch besonders einzuholende Erlaubniß des Verkäufers gebunden bleibe, so ist der Besitz dieses Rechts mittelst jener Tradition nicht auf den Käufer übergegangen. Unternimmt der Käufer ohne die vorbehaltene Erlaubniß den Abtrieb des Holzes, so ist er als Turbant anzusehen und kann seinerseits, wenn er an der Turbation gehindert wird, auf Grund der Ausübung des Rechtes innerhalb der ihm gestatteten Grenzen eine Störung im Besitze außerhalb dieser Grenzen (wo er einen Besitz nicht hat) nicht behaupten. Satz Nr. 16a der Zusammenstellung im J.M.Bl. v. 1854, S. 105 u. Erk. des Obertr. vom 11. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 49).

33) D. h. kein physisches Hinderniß, welches der Erwerber nicht zu beseitigen vermöchte. Vergl. §§. 74 ff.

34) Eine symbolische Uebergabe durch bloße Zeichen, z. B. durch Uebergabe des Konnoissements über verkaufte Waaren unter Abwesenden, kann mit den rechtlichen Wirkungen der körperlichen Uebergabe auch dann geschehen, wenn der zu übergebende Gegenstand an einem dritten Orte oder noch auf dem Transporte sich befindet. Pr. des Obertr. 698, vom 8. Juli 1839, und Pr. dess. v. 23. Okt. 1843. (Gräff, Arch., Bd. I, H. 3, S. 87.) Vergl. Erk. vom 25. Jan. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 310). Der Satz ist bestritten, und in der That auch nur unter der Voraussetzung der Erfordernisse einer Uebergabe durch Anweisung (§. 66) eine Rechtswahrheit. Der Besitz kann, ohne diese Erfordernisse, erst mit der Empfangnahme der Waare ergriffen werden; denn die Uebertragung des Konnoissements ist nichts anderes, als die Cession eines Forderungsrechts an den Frachtmann oder Schiffer auf Ablieferung der Waaren.

34a) (4. A.) Auch ein unter gerichtlicher Sequestration stehendes Grundstück kann von dem Eigenthümer einem neuen Erwerber durch Anweisung an den Sequester übergeben werden. Erk. des Obertr. v. 24. Mai 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 43).

§. 67. Der Besitz der angewiesenen Sache oder Summe fängt von dem Augenblicke an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen worden [35]).

§. 68. Doch wird der Inhaber der angewiesenen Sache oder Summe, dem neuen Besitzer erst von der Zeit an verantwortlich, da er die Anweisung in sichere Erfahrung gebracht hat.

§. 69. Wer eine Sache ursprünglich bloß für einen Andern inne hatte, kann durch seinen bloßen Willen, die Sache nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen [36]).

Durch bloße Willensäußerung.

§. 70. Wenn aber der bisherige Besitzer seinen Willen, dem bisherigen Inhaber die Rechte des Besitzes einzuräumen, auf eine rechtsbeständige [37]) Weise erklärt; so ist diese Erklärung als eine neue Uebergabe anzusehen [38]).

§. 71. Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Andern in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig [39]) erklärt hat [40]).

---

(4. A.) Die Erklärung des Käufers und Verkäufers in deren Kaufvertrage: „daß die verkauften und als Eigenthum überwiesenen Gegenstände sofort als wahres Eigenthum an den Käufer übergehen", enthält keine Uebergabe durch Anweisung. Erk. des Obertr. vom 13. Dez. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XI, S. 119).

(4. A.) Einer schriftlichen Anweisung an den Detentor bedarf es nicht, wenn die Besitzübertragung symbolisch in Gegenwart des Detentors und in unmittelbarer Nähe der zu übergebenden Sache erfolgt. Erk. des Obertr. vom 26. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 327).

35) Pr. des Obertr. 1713, oben in der Anm. 29, Abs. 1 a. E.

36) Weil Niemand durch eine unerlaubte Handlung sich Besitzrechte schaffen kann. Vergl. §. 125 d. T. Eine Anwendung der Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest. Deshalb kann z. B. der, welcher gegen eine jährliche Haidemiethe zum Raff- und Leseholze berechtigt ist, aus diesem Titel niemals eine Verjährung anfangen. Pr. des Obertr. vom 31. Oktober 1803. (Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 31.)

Auf den Fall läßt sich der §. 69 nicht anwenden, wo der Mann die Grundstücke seiner Frau, mit welcher er in Gemeinschaft der Güter oder des Erwerbes gelebt, inne gehabt hat. Denn er hat die Grundstücke nicht, wie vorausgesetzt wird, nur für einen Anderen, hier für seine Frau, sondern auch für sich inne gehabt. Pr. des Obertr. vom 28. Januar 1848. (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 313.)

37) S. o. die Anm. 27 zu §. 58 d. T. und Anm. 14 zu §. 133, Tit. 5.

(4. A.) Zur Gültigkeit der sog. traditio brevi manu facta bedarf es beim Kaufvertrage, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung. Erk. des Obertr. v. 19. Juni 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 38).

38) Dies ist der Fall der röm. brevi manu traditio. (4. A.) Die Willenserklärung, durch welche der Besitz übertragen werden soll, kann nicht zugleich der Titel zur Besitzübertragung sein, auch stellt ein bloßer Verzicht auf die Besitzrechte eine Uebertragung des Besitzes nicht dar. Wenn z. B. — nach Erlassung des Bergischen Dekrets vom 13. Sept. 1811 und resp. des Ges. v. 21. April 1825 — von dem früheren erblichen Besitzer und demnächstigen vollen Eigenthümer der bäuerlichen Stelle dem Gutsherrn gegenüber auf das Eigenthum derselben, was er schon hat, verzichtet wird, so enthält der Verzicht keinen Titel (und auch keinen Modus) zur Vermittelung des Ueberganges des Eigenthums auf den Gutsherrn. Erk. des Obertr. vom 14. Februar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 167).

39) S. o. die Anm. 27 zu §. 58 d. T. und die Anm. 14 zu §. 133, Tit. 5. Auf Grund dieses Ausdrucks hat das Obertr. bei Gelegenheit des in den Entsch. Bd. II, Nr. 27 mitgetheilten Rechtsfalls, S. 266 ausgesprochen, daß zur Rechtsgültigkeit bei Gegenständen über 50 Thlr. auch hier die schriftliche Form erforderlich sei. (3. A.) Vergl. Pl.-Beschl. v. 20. Nov. 1854, unten, Anm. 42, und Erk. vom 3. März 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 201).

40) Das röm. constitutum possessorium. (4. A.) Die Tradition wird hier nicht durch eine Thatsache (körperliche Ueberlieferung), sondern durch eine Willenserklärung, wodurch sich der bisherige Besitzer zum Stellvertreter (Detentor) seines Nachfolgers macht, vollzogen. Die Frage ist, mit welchen Worten eine solche Erklärung gegeben werden müsse. Eine sehr gebräuchliche Formel bei Käufen ist, daß die Uebergabe geschehen, oder daß sie für vollzogen angenommen werde, obgleich der Verkäufer noch in dem Grundstücke sitzen bleibt und vielleicht die Räumung auf eine spätere Zeit durch Nebenabrede verschoben wird. Anm. 29, Abs. 2—4. In einem solchen Falle war in dem Kaufkontrakte v. 9. März 1859 ausgesprochen, daß an diesem Tage die Uebergabe des ganzen Grundstücks nebst Zubehör an den Käufer erfolgt und dem Verkäufer die Verpflichtung auferlegt worden sei, die zu dem Grundstücke ge-

§. 72. Daher ist die Erklärung des bisherigen Eigenthümers, daß er sich von seiner Sache nur den Nießbrauch vorbehalte, zur Einräumung des Besitzes an denjenigen, zu dessen Besten die Erklärung geschieht, hinreichend.

§. 73. Miethet oder pachtet der bisherige Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe von einem Andern, so vertritt dieser Vertrag [41]) zugleich die Stelle der Einräumung des vollständigen Besitzes [42]).

---

hörigen Gebäude am 1. Mai zu räumen, und der Käufer hatte versprochen, das Kaufgeld am 23. März und am 23. April zu bezahlen. Der Käufer bezahlte aber nicht, klagte jedoch nach dem 1. Mai auf Räumung. Ueber die Begründung der Klage wird nichts mitgetheilt; der Appellationsrichter erkannte jedoch nach dem Klageantrage und nach dessen mitgetheilten Gründen muß wohl die Klage als Vindikation dargestellt worden sein, denn das Gewicht wird darauf gelegt, daß der Kläger Eigenthümer des ganzen Grundstücks geworden sei, und der Beklagte sich nicht mehr im Besitze des Grundstücks befinde, indem ihm das gerichtliche Anerkenntniß der wirklich geschehenen Uebergabe entgegenstehe, welches er hätte widerlegen müssen. Die Entscheidung ist ungerechtfertigt; die Vindikationsklage gegen den Autor war nicht begründet, oder wenn sie als absolute Eigenthumsklage vorgetragen worden war (was sich aus der Mittheilnng nicht ersehen läßt), konnte sie mit der exceptio doli in der Form des Einwandes des nicht erfüllten Kontrakts entkräftet werden, denn der Kläger hatte nicht bezahlt und die Verbindlichkeit zu räumen einerseits und die Verbindlichkeit zur vorgängigen Zahlung andererseits gründeten sich in einem wechselseitigen Vertrage, es war mithin falsch geklagt. In Folge der Nichtigkeitsbeschwerde vernichtete denn auch das Obertr. die Appellationsentscheidung ganz mit Recht durch das Erk. v. 28. Sept. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 260). Allein die Gründe sind nicht zutreffend und auch als gültige Rechtsgründe nicht anzuerkennen. Der Vernichtungsgrund ist der dem Appellationsrichter vorgeworfene rechtsgrundsätzliche Verstoß, er habe das Anerkenntniß der Uebergabe dem Verkl. entgegengesetzt, und Gewicht darauf gelegt, daß der Verkl. über seine Behauptung, daß die Uebergabe wirklich nicht erfolgt sei, keinen Beweis angetreten. Denn als Zugeständniß erfolgter Tradition im Sinne des §. 88 b, I, 10 der A. G.O. resp. als Beweismittel für einen, in Folge dieser Tradition eingetretenen, neuen faktischen Besitzstand könne die Erklärung, daß die Uebergabe erfolgt sei, nicht aufgefaßt werden, weil der Kläger sich nicht im Besitze des ihm angeblich tradirten Grundstücks befinde, der faktische Zustand daher dem Inhalte des Zugeständnisses widerspreche und damit dessen Wirksamkeit aufhebe. Hiermit ist das Obertr. dem Appellationsgerichte auf dem Abwege gefolgt. Die fragliche Erklärung der geschehenen Uebergabe in unmittelbarer Verbindung mit der Vereinbarung, daß die Räumung erst später an einem bestimmten Tage erfolgen solle, ist nicht als Zugeständniß, als Beweismittel einer gar nicht vorgefallenen Thatsache, sondern als eine Willenserklärung, wonach der Erklärende der Detentor des Käufers bis zur Räumung sein will, aufzufassen, und es kommt nur in Betracht, ob in der Fassung eine solche Erklärung zum Ausdrucke gekommen ist. In dieser Beziehung sagt das Obertr. (S. 263): die bloße Erklärung, daß die Uebergabe erfolgt sei, sei hierzu nicht ausreichend, vielmehr hätte der Verkäufer erklären müssen, daß er das Grundstück für den Käufer in Gewahrsam behalten, oder den Nießbrauch vorbehalten resp. das Grundstück als Pächter benutzen wolle, wenn eine Uebergabe nach §§. 71—73 durch Willenserklärung für vollzogen geachtet werden solle. Das ist der erhebliche Punkt. Hierin kann das Desiderat des Obertr. nicht anerkannt werden. Die §§. 72 und 73 enthalten nur Beispiele und nirgend ist für eine solche Erklärung eine Formel vorgeschrieben, es muß deshalb in jedem einzelnen Falle aus einer solchen Erklärung, wie aus jeder anderen Willenserklärung, die wahrscheinliche Absicht der Parteien nach den Regeln der Auslegung entwickelt werden. Das Obertr. selbst thut dies in dem Erk. v. 3. März 1854 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XII, S. 201), wo ausgeführt ist: die Vertragsbestimmung: „daß die verkaufte Sache dem Verkäufer auf unbestimmte Zeit im miethweisen Besitze belassen worden", genüge zur Bewirkung der Uebergabe, wenngleich ein Miethsvertrag unter den Parteien nicht zu Stande gekommen.

(4. A.) Die Uebertragung des Besitzes durch constitutum possessorium setzt immer voraus, daß die Verfügung über die Sache dadurch möglich wird. Dies ist nur denkbar, wenn Der, welcher den Besitz von sich selbst auf den Anderen animo übertragen will, den Gegenstand als besondere selbstständige Sache besitzt. Deshalb kann der Besitz organischer Theile eines lebenden Thieres, z. B. ungeschorener Wolle, der Felle ꝛc. von Schafen, nicht durch constitutum possessorium übertragen werden, denn ein solcher Sonderbesitz existirt bei dem Besitzer der Schafe selbst nicht. Erk. des Obertr. vom 27. Okt. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 12). (5. A.) Auch andere unabgesonderte Früchte, namentlich Bäume auf dem Stamme, Früchte auf dem Halme, können nicht durch bloße Willenserklärung — constitutum possessorium — also nicht ohne vorangegangene symbolische Uebergabe, oder ohne Uebergabe des Grundes und Bodens, übergeben werden. Erk. dess. vom 26. Okt. 1866 u. vom 21. Dec. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 106 u. S. 233).

41) Unter der Voraussetzung nämlich, daß irgend ein zur Erwerbung des Eigenthums oder des Rechts geschickter Titel konkurrirt. Das bloße Pachten eines eigenen Rechts oder einer eigenen Sache begründet keinen Uebertragungstitel. Vgl. Pr. des Obertr. 2205, v. 9. April 1850. (Entsch. Bd. XIX,

§. 74. Der, welchem eine Sache körperlich übergeben worden, hat, in Anse- Was Rechtens, wenn Mehrere den Besitz erworben haben.

S. 358, 365.) — (3. A.) In dem Erk. v. 3. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 34) bestreitet das Obertr. diese Voraussetzung, behauptend, daß durch einen Vertrag, vermöge dessen ein Kolon von seinem ehemaligen Gutsherrn ein zu dem Kolonate gehöriges, und daher durch die neuere Agrargesetzgebung in das Eigenthum des Kolonen übergegangenes Grundstück in Zeitpacht nimmt, der Verpächter den vollständigen Usukapionsbesitz dieses Grundstückes durch ein constitutum possessorium erlange, nämlich den nichttitulirten, welcher zur Erwerbung des Eigenthums eine dreißigjährige Dauer erfordert. Denn durch eine solche Zeitpachtung werde die Einräumung des vollständigen Besitzes durch constitutum possessorium bewirkt und dadurch würden, wie schon in dem Obertribunalsurtel v. 27. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 96) anerkannt werde, Besitzrechte des Verpächters und namentlich in Bezug auf die Verjährung begründet. Dies ist eine rechtsirrthümliche Beweisführung. Durch den Pachtkontrakt wird zwar der juristische Besitz des Pachtstücks, mittelst eines constituti possessorii, auf den Verpächter übertragen; aber der Pachtkontrakt muß ein gültiger sein. Der Eigenthümer kann seine Sache so wenig pachten wie kaufen. Die Pachtung war daher in dem vorliegenden Falle nichtig und damit war auch kein rechtlich wirksames constitutum possessorium zu Stande gekommen; der Kolon könnte sogar das gezahlte Pachtgeld kondiziren, soweit die Kondiktion nicht verjährt ist. Ganz unzutreffend ist die Erwägung S. 38, daß, wollte man aus dem §. 527, Tit. 9 folgern, daß neben dem Verjährungsbesitze der längsten Zeit, die Vollendung der Verjährung erst durch den Nachweis eines zum Eigenthumserwerbe geschickten Titels zu erzielen sei, dadurch ein flagranter Widerspruch wider die Bestimmungen der §§. 625—628, Tit. 9 hervortreten würde. Eine solche Folgerung macht Niemand. Die Frage ist vielmehr: ob der Verpächter durch den Kontrakt, wodurch er dem Kolon (der einfältige Landmann kannte wahrscheinlich die durch das Gesetz — ipso jure — eingetretene Eigenthumserwerbung nicht) dessen eigene Sache verpachtet hat, in den Besitz dieser Sache gekommen ist. Und dies ist wegen Ungültigkeit des Pachtgeschäfts zu bestreiten. Damit wird nicht behauptet, daß ein Verpächter allemal einen Eigenthumstitel nachweisen müsse, wenn er sich auf das im Pachtkontrakte enthaltene constitutum possessorium berufen will. Die Sache ist umgekehrt: der Pächter muß, wie es der Kolon im Fragefalle gethan hatte, sein Eigenthum beweisen, wenn er das constitutum possessorium nicht gelten lassen will, und dann erst liegt dem Verpächter der Nachweis irgend einer Veränderung als Gegenbeweis ob.

(4. A.) Von diesem Satze ist das Obertr. später, nach seinem Erk. vom 4. Oktober 1860, gewissermaßen wieder abgegangen. Dort wird die Anwendung des Satzes abgelehnt, weil jener Entscheidung ein anderes Sachverhältniß zum Grunde gelegen habe, die Besitzfrage aber wesentlich auf thatsächlichen Unterlagen ruhe und nach den mannigfaltigen Verschiedenheiten, welche bei derselben hervortreten könnten, für deren rechtliche Beurtheilung keine allgemein gültige Norm aufzustellen, dieses auch — wird gesagt — durch jenes Präjudikat nicht geschehen sei. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 27.) Die Schlußversicherung widerlegt sich durch jenes Präjudikat selbst. Die Ausbiegung ist geschraubt. Mannigfache Verschiedenheiten in den Thatumständen können bei der bestrittenen Rechtsfrage gar nicht in Betracht kommen. Die juristische Thatsache dabei ist immer nur Eine, nämlich die: ob der Pächter Eigenthümer der gepachteten Sache sei. Ist er Eigenthümer, ohne sich dessen bewußt gewesen zu sein, hat er also im Irrthume über sein Recht seine eigene Sache gepachtet, so ist es bloße Rechtsfrage: ob dieses Rechtsgeschäft eine gültige Pachtung sei. Die Antwort falle aus wie sie wolle, so stellt sie eine allgemein gültige Norm dar, die „nach den mannigfaltigen Verschiedenheiten in den thatsächlichen Unterlagen" nicht gedreht werden kann. Lautet die Norm verneinend, so kann auch von einem constitutum possessorium keine Rede sein. Denn diese Form des Besitzerwerbes besteht wesentlich in einer wechselseitigen Willenserklärung; wenn daher die Erklärung des vermeintlichen Pächters nichtig ist, so ist er ja nicht Detentor des vermeintlichen Verpächters, folglich kann dieser durch ihn den Besitz gar nicht erworben haben. Die Erwägung also, daß die Besitzfrage wesentlich auf thatsächlichen Unterlagen ruhe, ist hier, bei der in Rede stehenden Besitzerwerbungsform, unzutreffend. — In dem besprochenen Erk. vom 4. Oktober 1860 spricht das Obertr. übrigens den Satz aus, daß ein solches constitutum possessorium durch den, während der Dauer der durch die K.O. v. 5. Mai 1815 angeordneten Suspension der gutsherrlich-bäuerlichen Prozesse, in Form der früheren Leibgewinnverträge von dem Besitzer eines Leibgewinngutes mit dem Gutsherrn abgeschlossenen Pachtvertrag nicht begründet werde.

42) Auch vertritt es die Stelle der Uebergabe, wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache mit dem Käufer sich dahin einigt, daß Ersterer die verkauften Sachen leihweise in seiner Gewahrsam behalte. Pr. des Obertr. 701, v. 17. Juni 1839. Diese Form der Uebergabe wird gewöhnlich angewendet bei den Verträgen, welche Ueberschuldete in fraudem creditorum abschließen. (3. A.) Die Form des constituti possessorii ist streitig geworden und hat den Pl.-Beschl. v. 20. Nov. 1854 (Pr. 2574) veranlaßt: „Zur Gültigkeit eines constituti possessorii beim Kaufvertrage bedarf es, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung der Konstituenten." (J.M.Bl. 1855, S. 23 und Entsch. Bd. XXIX, S. 1.)

Man hat mit Vorbedacht die Frage auf den Fall des Kaufs und Verkaufs, bei dem sie streitig geworden, beschränkt, da es allerdings Verträge gäbe, die ohne Rücksicht auf die Höhe ihres Gegenstandes,

hung der aus dem Besitze entspringenden Rechte, den Vorzug vor dem, welchem die Uebergabe bloß[42a]) durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen ist.

§. 75. Streiten mehrere, welche die Uebergabe bloß durch Zeichen oder Anweisung erhalten haben, über die Rechte des Besitzes, so kann sich keiner dieser Rechte gegen den Andern anmaßen.

§. 76. Vielmehr muß die Sache so lange in gerichtlichen Beschlag genommen werden, bis das Recht zum Besitze entschieden ist. (Tit. 10, §§. 18—25)[43]).

---

auch wenn sie mündlich errichtet worden, gültig seien, z. B. das Depositum, und für welche daher, auch in der Gestalt des constituti possessorii, Schriftlichkeit nicht verlangt werden könne. Deshalb hat man die Unterstützung der Meinung, nach welcher die Frage entschieden worden ist, durch den §. 133, Tit. 5 fallen lassen. Bei dieser Lage des Meinungsstreits erschöpft der Pl.-Beschl. die Frage nicht. Die Fassung macht es, mit Rücksicht auf die Schlußerwägung, zweifelhaft: ob die Uebergabe einer erkauften Sache für gehörig vollzogen anzusehen sei, wenn die Kontrahenten nach Abschließung des Kaufs mündlich übereinkommen, daß der Verkäufer die gekaufte Sache für den Käufer verwahren solle (Depositum). Muß dies zugegeben werden, so hat die Verabredung eines Leihvertrages gleiche Wirkung, und auf diesen Fall der leihweisen Belassung bezieht sich das Pr. 701, zu welchem der Pl.-Beschl. vom 20. Nov. 1854 eingetragen worden ist; das Pr. 701 wäre also unverändert stehen geblieben. Die Fassung des Pl.-Beschl. macht jedoch die Sache unklar. (5. A.) In den Gründen ist jedoch S. 12 gesagt: es sei festzuhalten, daß nur davon gehandelt werde, wie die Willenserklärung, von welcher §. 71 spreche, beschaffen sein müsse, und daß der Einfluß anderer Umstände durch den festgesetzten Grundsatz nicht ausgeschlossen werde. Beispielsweise ist auf eine vom Verkäufer mündlich übernommene und wirklich geführte Verwaltung hingewiesen und allgemein bemerkt worden: die darauf gerichtete Willenserklärung, daß vermöge des mit dem Kaufe verbundenen Nebengeschäftes der Eine die Sache für den Anderen in Händen habe, müsse in der für dieses Nebengeschäft selbst gesetzlichen Form abgegeben werden. Hieran anknüpfend stellt das Obertr. in dem Erk. vom 4. Juni 1866 den Rechtssatz fest: daß, wenn der Verkäufer das verkaufte Grundstück vom Käufer pachtet oder miethet, der Pacht- oder Miethsvertrag das constitutum possessorium enthält, und daß es auch für die Gültigkeit des letzteren nur darauf ankommt, daß der Pacht- oder Miethsvertrag in der für ihn selbst erforderlichen gesetzlichen Form abgeschlossen sei. Denn der §. 73 erfordert zu dieser rechtlichen Wirkung nicht für alle Fälle einen schriftlichen, sondern nur für jeden besonderen Fall einen rechtsgültigen Pacht- oder Miethsvertrag, folglich genügt auch die mündliche Abrede, daß der Verkäufer für eine Miethe von nur 50 Thlrn. im Besitze bleibe, zur rechtsgültigen Konstituirung eines die Naturalübergabe ersetzenden constitutum possessorium. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 201.) Die Konsequenz hiervon ist, daß ein jeder mündlicher Mieths- oder Pachtkontrakt ein gültiges constitutum possessorium enthält, der Mieths- oder Pachtzins sei so hoch wie immer und die Dauer so lange wie man will verabredet. Denn der Vertrag ist durch die Uebergabe vollzogen, weil der Verkäufer im Besitze bleibt, mithin gilt der Vertrag, wenn auch nur auf Ein Jahr. Th. I, Tit. 21, §. 269.

42a) (4. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß der Gesetzgeber im §. 74 in der Bezeichnung derjenigen Besitzübertragungen, welche hinter die durch körperliche Uebergabe zurücktreten sollen, sämmtliche in den §§. 62—73 erwähnten Besitzübertragungen hat zusammenfassen wollen und also auch das constitutum possessorium mit gemeint habe. Erk. v. 13. Okt. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 23). (5. A.) Dieser Auffassung ist nicht beizustimmen. Besser trifft das Obertr. den gesetzgeberischen Gedanken des §. 74 in dem Erk. vom 29. Mai 1865, wo die Frage gestellt wird, was das Gesetz unter einer Uebergabe durch bloße Anweisung verstehe. Darüber findet es die Auskunft in den §§. 66—68; diese erklären, sagt Dasselbe, mit Zuverlässigkeit, wie sich der Gesetzgeber den regelmäßigen Fall der Anweisung gedacht habe. Es sei unverkennbar eine schriftliche Anweisung an den Inhaber der Sache vorausgesetzt, welche der bisherige Besitzer ausstelle und dem neuen Besitzer aushändige. Mit der Annahme derselben seitens des Letzteren fange dessen Besitz an und sei die Uebergabe vollzogen. Es sei dann dem neuen Besitzer überlassen, die Anweisung dem Inhaber vorzulegen und die Sache von ihm zu übernehmen, oder ihn auch mit deren fernerer Gewahrsam zu beauftragen. Disponire der neue Besitzer in solcher Weise über die Sache, so sei klar, daß sich die Uebergabe nicht mehr in den Grenzen einer bloßen Anweisung des Besitzes befinde, daß sie vielmehr zu einer körperlichen geworden. (Entsch. Bd. LIV, S. 62.) Nach dieser richtig scheinenden Auffassung ist der im §. 74 vorausgesetzte Fall der, daß in der Zwischenzeit von der Aushändigung der Anweisung an den Assignatar bis zur Vorlegung derselben bei dem Inhaber einem Dritten die Sache körperlich übergeben worden ist. Vergl. §. 68. Dann bleibt die Uebergabe an den Assignatar in den Grenzen einer bloßen Anweisung. Vergl. unten, Tit. 10, §. 23 und die Anm. 26a dazu.

43) Mehrere können nicht gleichzeitig eine Sache in solidum besitzen. Deshalb sind die Vorschriften §§. 74—76 nothwendig.

Erwerbung des Besitzes von Rechten,

§. 77. Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben [44]).

§. 78. Der Besitz anderer Rechte, die von dem Besitze einer körperlichen Sache nicht abhängen, kann nur durch die Ausübung [45]) derselben erlangt werden.

---

44) D. h. solche Rechte werden einerseits nicht durch die bloße Ausübung, ohne den Besitz der Sache, besessen, sondern durch den Besitz (unvollständigen) der Sache selbst, und der Besitz solcher Rechte wird auch mit dem Besitze der Sache verloren; andererseits wird der Besitz des Rechts, z. B. einer zur Sache (zum Grundstücke) gehörigen Wasserleitung, mit der Besitzergreifung der Sache zugleich erworben und der Besitzer ist gegen eine Beeinträchtigung in der Benutzungsweise der Wasserleitung, in possessorio zu schützen, ohne daß er mehr als die Besitzergreifung der Sache (des Grundstücks) zur Begründung der Possessorienklage zu beweisen hätte. Vergl. Erk. des Obertr. v. 30. April 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 353). Gegen diese Klage würde jedoch der Einwand, daß der Vorbesitzer zur Zeit der Uebertragung des Besitzes der Sache nicht mehr im Besitze des angeblich dazu gehörigen Rechts gewesen sei, mit Erfolg zu machen sein. — (5. A.) Dies ist ganz richtig. Der Besitz eines negativen Rechts (§. 81) muß besonders erworben werden, denn der §. 77 bezieht sich auf negative Rechte ganz und gar nicht. Erk. des Obertr. vom 9. Febr. 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 306), und vom 15. Mai 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 344).

45) Vergl. §§. 4 u. 5 d. T. und Anm. 6 dazu. Die allgemeine Anwendung des Begriffs vom Besitze auf alle Arten von Rechten, auch auf obligatorische, nicht mit dem Besitze einer Sache in Beziehung stehende Rechte brachte die Verf. in Verlegenheit über die Bestimmung der Besitzergreifung solcher Rechte, und sie schlugen vor, daß der Besitz von Rechten übertragen werden solle: 1. wenn sie mit einer Sache verbunden, durch die Uebergabe der Sache; 2. wenn sie auf Urkunden beruheten, durch Uebergabe der Urkunde; 3. wenn der Eine den Anderen zur Ausübung für befugt erkläre, und ihn dazu in Stand setze, durch diese Erklärung; 4. bei Theilen eines Rechts, die aus seinem Begriffe von selbst folgen, durch die Besitzerwerbung des ganzen Rechtes; 5. außer diesen Fällen (1—4) nur durch die Ausübung des Rechtes. Die Erwerbungsarten 2 und 3 fielen aus und es blieben nur 1 (§. 77), 4 (§. 79) und 5 (§. 78) stehen. (Simon, Materialien, S. 611 ff.) Nun weiß Niemand, wie der Besitz einer Forderung, verschieden von dem Forderungsrechte selbst gedacht, erworben werden soll, auch möchte das wohl überhaupt ein Problem sein, sich vorzustellen, wie neben dem Gläubiger aus einem Darlehn, noch ein Besitzer der Darlehnsforderung juristisch zu denken sei. Die Praxis behilft sich dabei so gut es eben geht. Bezüglich auf die Schenkung von Forderungen spricht das Pr. des Obertr. 1709, vom 21. Febr. 1846 aus: Bei verbrieften Forderungen ist es eine gültige Uebergabe, wenn der Gläubiger die Urkunde dem Schuldner zurückgiebt, diesen eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars oder Beschenkten ausstellen läßt, und Letzterer solche annimmt. (Entsch. Bd. XIII, S. 190.) Denn, heißt es S. 196 a. a. O., die erste Ausübung dieses Besitzes (der Forderung), beziehungsweise die vollständigste Besitzergreifung war es auch, als der Beschenkte das auf die Anweisung des Schenkers von dem Schuldner erklärte Anerkenntniß seines Gläubigerrechts an-, und die neue schriftliche Obligation auf seinen Namen zu Händen nahm. Vor dieser Tiefe der Rechtswissenschaft verbeuge ich mich, ich verliere den Boden unter den Füßen. Dagegen sagt das Pr. 2230, v. 12. Juli 1850: „Die Schenkung einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung wird, auch bei der Uebergabe des Dokuments, durch eine bloß mündliche Schenkungserklärung noch nicht perfekt und wirksam; es gehört vielmehr dazu eine schriftliche Erklärung des Geschenkgebers, durch welche der Geschenknehmer in den Stand gesetzt wird, über die Forderung als über die seinige zu verfügen." Dabei ist auf §§. 58, 59, 78 d. T. Bezug genommen. (Entsch. Bd. XX, S. 128.) Man sollte, nach dem einfachen juristischen Verstande, denken, einerseits, daß damit nicht bloß der Besitz, sondern das Gläubigerrecht selbst übertragen würde, wenn das, was hier gefordert wird, geschieht, und andererntheils, daß in diesem Falle auch die Annahme der Urkunde nicht weniger als in dem vorigen Falle „die erste Ausübung des Besitzes, die vollständigste Besitzergreifung" enthalte. Die juristische Logik ist hierbei nicht betheiligt. — (5. A.) Ueber die Erwerbung des Besitzes des Verlagsrechts und den possessorischen Schutz desselben s. unten, Tit. 11, Zus. 33, §. 9, Anm. 65.

(5. A.) Wenn der mit einem bestimmten, durch Vermessung abgegrenzten Grubenfelde beliehene Bergwerkseigenthümer den Bau in demselben beginnt, so ergreift er Besitz von seinem Rechte in dem vollen Umfange, in welchem es ihm verliehen, und durch die Vermessung abgegrenzt worden ist, und der so ergriffene Besitz kann nicht auf den Raum beschränkt werden, welchen seine Baue einnehmen, und welcher durch die Berggebäude, Schächte und Strecken erkennbar geworden ist. Erk. des Obertr. vom 1. Dezember 1858 (Entsch. Bd. XLI, S. 365). — Wenn der Besitz des Rechts, die Fossilien in einem gewissen Terrain ausschließlich zu gewinnen, durch den in demselben begonnenen Bau ergriffen ist, so wird er dadurch nicht zu einem widerrechtlichen und heimlichen, daß der Bau in der Tiefe und nicht überall von der Oberfläche aus erfolgt. Erk. dess. vom 27. Oktober 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 174).

§. 79. Doch bedürfen Theile eines Rechts, welche aus seinem Begriffe von selbst folgen, keiner besondern Besitzergreifung[46]).

eines affirmativen Rechts.

§. 80. Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde[47]) Schuldigkeit von ihm gefordert hat[47a]), wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechts, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern. (Affirmatives Recht)[48]).

---

46) Dieser §. sollte nach dem Konklusum der Verf. des L.R. bei der letzten Revision des Entwurfes vor den §. 77 zu stehen kommen, was nicht ausgeführt worden ist. (Simon, Material., S. 614.)

(4. A.) Ein Recht im Sinne des §. 79 ist z. B. das Recht, die erforderlichen Reparaturen einer Wasserleitungsanstalt auf dem Grundstücke, das mit jenem Rechte belastet ist, vorzunehmen. Erk. des Obertr. vom 10. Januar 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 76).

(5. A.) Der §. 79 bezieht sich auf den qualitativen Umfang des besessenen Rechts, nicht aber auf die davon durchaus verschiedene Frage nach der räumlichen Ausdehnung des Rechtsbesitzes. Erk. dess. vom 22. Juni 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 157).

47) Ein affirmatives Recht besteht mithin in einer obligatio auf ein dare, facere, praestare, mit einer causa perpetua oder perennis. Die Reallasten sind eine Spezies von affirmativem Rechte. Das Körperliche bei der Besitznehmung eines solchen Rechtes besteht in der Abforderung der Handlung als einer fortlaufenden Schuldigkeit und in der entsprechenden Leistung derselben von der anderen Seite. (4. A.) Wer z. B. das Recht, von dem Vorbesitzer eines Grundstückes die Fortentrichtung der auf dasselbe fallenden Steuern und Abgaben zu fordern, durch Ersitzung erworben haben will, der kann, weil das fragliche Recht noch nicht vor Erwerbung des Besitzes der Sache mit derselben auf rechtsbeständige Weise verbunden war, sich über den Erwerb des Besitzes dieses Rechts nicht auf den Grundsatz §. 77 d. T. berufen, sondern er muß den selbstständigen Besitzerwerb des bezüglichen Rechts, durch stattgefundene Abforderung und entsprechende Leistung oder durch Willenserklärung des Anderen, ihm gegenüber, beweisen. So docirt das Obertr. in einem Erk. vom 25. Febr. 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 118). Das Beispiel und diese Theorie gehören in das Reich der Fabel von der Begründung einer Obligation durch Verjährung. Uebernimmt der Veräußerer eines Grundstücks, seinem Nachfolger gegenüber, die Fortentrichtung der auf demselben lastenden Steuern und Abgaben, so ist das nichts weiter als Kontrahirung einer persönlichen Verbindlichkeit (Obligation). Diese kann durch Ersitzung nicht begründet werden.

47a) (4. A.) Dieses Fordern der Handlung und die entsprechende Leistung ist ein Erforderniß zur Erwerbung des Rechtsbesitzes. Wenn aber der Rechtsbesitz als schon bestehend festgestellt, und die anfängliche Erwerbung außer Streit ist, wenn z. B. der Besitzer einer Bauerstelle als solcher sich in der unentgeltlichen und unweigerlichen Verwaltung des Schulzenamtes befindet, und es sich demnächst darum handelt, ob die Gemeinde das Recht zu dieser Verwaltung als Reallast durch Verjährung erworben habe, so kann neben diesem festgestellten Rechtsbesitze nicht noch ein besonderer Nachweis des Forderns und Leistens der streitigen Verpflichtung als Erforderniß der Verjährung verlangt werden. Denn wird der Gemeinde der Rechtsbesitz zugestanden, so ist damit der Verjährung die Grundlage der Verjährung nach §. 625, I, 9 gegeben und es enthält einen inneren Widerspruch, daneben noch einen besonderen Nachweis des Forderns und Leistens, worauf es nur ankommt, wenn darüber: ob der Besitz vorhanden, gestritten wird, zu verlangen. In der unweigerlich geschehenen unentgeltlichen Verwaltung des Schulzenamts beruht die Vermuthung, daß der Leistende in der Meinung einer Verpflichtung dazu gestanden habe (§. 107 d. T.), und ein Fordern der Gemeinde ist darin enthalten, daß dieselbe sich einer Remuneration für diesen Kommunaldienst entzogen hat; doch kommt es hierauf, um es zu wiederholen, nicht bei der Fortsetzung der Verjährung, sondern bei der anfänglichen Erwerbung des Rechtsbesitzes, wenn dieselbe streitig ist, an. Vergl. das Erk. des Obertr. vom 8. März 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 52). (5. A.) Es bedarf also zur Erwerbung des Besitzes affirmativer Rechte nicht bloß der Leistung einer Handlung, es muß vielmehr diese von der einen Seite gefordert und darauf von der anderen Seite geleistet sein. Erk. des Obertr. v. 1. Juni 1868 (Entsch. Bd. XLIX, S. 63). Vergl. unten, Anm. 65, Abs. 5 zu §. 107.

48) Die possessorischen Rechtsmittel sind zum Schutze eines affirmativen Rechtes unanwendbar, weil ein Dritter solches nicht vi, clam, precario stören oder entziehen kann. Pr. 1428, s. o. Anm. 6 zu §. 5. Doch aber wird der Besitz streitig gewordener Rustikalabgaben, auch während des Prozesses darüber, aufrecht erhalten (II, 7, §. 487), was allerdings die Anwendung eines possessorischen Interdikts ist. Und durch Plenarbeschl. v. 5. Febr. 1849 hat das Obertr. angenommen, daß ein affirmatives Recht auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitivverjährung erworben werden könne. Pr. 2092 (Entsch. Bd. XVII, S. 10). Vergl. unten Anm. 1 zu §. 500, Tit. 9. Für gewisse Spezien des affirmativen Rechts, namentlich bäuerliche Dienste, Abgaben, Zehnten, erkennt das L.R. die Ersitzung als Erwerbungsart auch ausdrücklich an (II, 7, §§. 144, 146; II, 11, §. 861). Vergl. oben Anm. 111 zu §. 136, Tit. 2. Ebenso beim Patronatsrechte. Th. II, Tit. 11, §. 576. Folgerecht sollten diese Hauptarten von affirmativen Rechten im possessorischen Rechtswege in Anspruch genommen werden können. Das Obertr. hat auch wirklich den Rechts-

§. 81. Wer eine Handlung, welcher der Andere[48a]) widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch[48b]) unternimmt[49]), der erlangt den Besitz des Rechts, von dem eines negativen Rechts,

grundsatz angenommen, daß der Patron für den Besitz des im Patronate einbegriffenen affirmativen Rechts, z. B. Rechnungslegung und Zuziehung bei Austhuung und Einziehung der Kirchenkapitalien zu fordern, den possessorischen Schutz verlangen kann. Pr. v. 18. März 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 384). — Der Anfang des Besitzes einer solchen Abgabe beginnt, wenngleich sie alljährlich postnumerando abgeführt ist, nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches sie zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung. Pr. des Obertr. 2093, vom 26. Jan. 1846 (Entsch. Bd. XVII, S. 136).

(3. A.) Der Besitz einer Wegegerechtigkeit, welche nur nach Oeffnung eines dem Belasteten gehörigen verschließbaren Thores ausgeübt werden konnte, und durch Vorenthaltung des Schlüssels gestört worden war, ist von dem Obertr. in possessorio dergestalt geschützt, daß der Beklagte verurtheilt worden, dem Kläger und dessen Leuten auf jedesmaliges Erfordern den Schlüssel zur Oeffnung des Thorweges herauszugeben. Erk. v. 17. Dez. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 81). Der Klageantrag hatte auf Verurtheilung des Beklagten zur Oeffnung des Thorweges auf jedesmaliges Verlangen gelautet, und war auf Herausgabe des Schlüssels beschränkt worden. Diese Handlung des Beklagten erschien dem Obertr. um deshalb ein geeigneter Gegenstand der Possessorienklage, weil diese Handlung des Beklagten nur sekundär in Betracht komme; und sowie nun nach R. R. eine Servitut nicht aufhöre, eine solche zu sein, weil der zeitige Besitzer dabei für seine Lebenszeit ein facere verheißen, oder solches an sich, wie bei der servitus oneris ferendi, zu leisten hatte, ebenso wenig werde das negative Recht einer Wegegerechtsame zu einem affirmativen, weil auf dem Wege ein Thor liegt, dessen Oeffnung dem Verpflichteten obliegt. Diese Beweisführung erbringt gar keinen Beweis für die Anwendbarkeit der Besitzklage wegen Unterlassung der Handlung. Das Gleichniß aus dem R. R. (mit einer Ausnahme) ist unstatthaft, weil theils ungeschichtlich. Das R. R. kennt weder Servituten, wobei der zeitige Besitzer für seine Lebenszeit ein facere, als Bestandtheil der Servitut, verheißen konnte, noch war die servitus oneris ferendi eine solche Servitut, welche ein facere des Besitzers in sich trug; vielmehr machte diese Servitut die einzige Ausnahme von der Regel nur darin, daß bei deren Bestellung die Instandhaltung der belasteten Wand durch ausdrückliche Stipulation ausbedungen und nicht etwa als Verbindlichkeit der Person des Besitzers, sondern der Sache als dingliche Last aufgelegt werden konnte. Von selbst verstand sich das nicht bei der Konstituirung der servitus oneris ferendi. L. 6, §§. 2 et 5 D. si servitus vindicetur und L. 33 D. de servit. praed. urb. Nun hörte zwar diese Servitut dadurch, daß mit derselben die Last der Instandhaltung des dienenden Gebäudes verbunden worden war, allerdings nicht auf, eine Servitut zu sein, aber damit ist nicht zu erweisen, daß wegen der unterbliebenen Instandhaltung die Possessorienklage anwendbar sei; nach R. R. war diese ganz unmöglich und die L. 8, §. 2 D. si servitus vindicetur kennt nur die actio confessoria ad compellendum vicinum reficere parietem. Wodurch hätte denn auch ein possessorisches Interdikt wegen bloßer Unterlassung einer Handlung begründet werden sollen! Durch Nichtsthun und Schweigen kann ein Besitz nicht gestört oder entzogen werden. Das Gleiche ist in dem vorliegenden Falle von der Handlung der Herausgabe des Schlüssels zum Thorwege zu sagen: die Unterlassung begründet auch nach preußischem Rechte keine Besitzklage; die vorliegende Rechtsanwendung läßt sich nicht begründen.

48a) (2. A.) Die Sache, welche der Gegenstand des Rechtes ist, muß also nothwendig eine fremde sein. Der Besitz eines negativen Rechts kann daher nicht erworben werden, wenn der Besitzer diese Sache als Eigenthümer zu besitzen glaubt. Pr. des Obertr. vom 9. Febr. 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 304). (3. A.) Damit scheint jedoch eine ältere Entsch., mitgetheilt im Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 38, nicht übereinzustimmen. Darnach soll derjenige eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben können, welcher das Grundstück, gegen welches dieselbe ausgeübt worden ist, in der Meinung besessen hat, dessen Eigenthümer zu sein. Erk. v. 10. Juli 1851. (4. A. Diese ältere Meinung ist durch Pl.-Beschl. (Pr. 2721) des Obertr. v. 3. März 1862 als Rechtsgrundsatz festgestellt. (J.M.Bl. S. 115 u. Entsch. Bd. XLVII, S. 15.) Vergl. unten die Anm. 14, Abs. 2 zu §. 14, Tit. 22.

48b) Dieser setzt die Kenntniß der Handlung voraus. Anm. 65 zu §. 107 d. Tit. (4. A.) Daher muß der Kläger, wenn der Beklagte bestreitet, von den Besitzhandlungen überhaupt Kenntniß erlangt zu haben, diese Kenntniß als ein Erforderniß seines Klagefundaments beweisen. Erk. des Obertr. v. 1. Dez. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 196) und (5. A.) Erk. dess. v. 29. Mai 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 2). Dem ist jedoch das Obertr. später wieder entgegen getreten mit der Behauptung: außer derjenigen Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, aber nicht widersprochen hat, müsse nicht noch der Beweis geführt werden über die scientia oder das wissentliche Dulden. „Es kann vielmehr nur darauf kommen" — heißt es weiter —, „ob solche Besitzhandlungen vorliegen, aus denen die opinio juris des Handelnden zu entnehmen und die sich als fehlerfrei, insbesondere als nicht heimlich unternommen, darstellen, welche somit vermöge der Art ihrer Vornahme die Vermuthung begründen, daß sie dem Anderen wirklich bekannt geworden, oder nur durch seine eigene oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben sind." Dabei ist der §. 99 d. T. allegirt. Erk. vom 13. Sept. 1866 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXIV, S. 245). Der

Andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leide[49a]). (Negatives Recht)[50]).

§. 99 spricht jedoch nur von dem Besitzfehler der Heimlichkeit. Das Obertr. identificirt also diesen Besitzfehler mit der inneren Thatsache des Wissens auf der Seite des Anderen. Beides sind verschiedene Dinge. Der Andere kann zufällig die fragliche Handlung erfahren haben und diese Handlung doch heimlich unternommen sein, und umgekehrt. Beide Dinge haben einen anderen Sitz und wirken auch verschieden. Die Heimlichkeit hat die Wirkung der Fehlerhaftigkeit der Besitzergreifung im animus des Handelnden; das Wissen bezieht sich auf die faktische Abwehr der Besitzergreifung corpore, sei sie fehlerhaft oder fehlerfrei, von Seiten des Anderen und wirkt, wenn sie unterbleibt, dessen Konsens. Auch ist es nicht richtig, daß irgendwo gesetzlich eine Vermuthung für die Thatsache des Wissens gegründet ist.

49) Das Gehen über einen städtischen öffentlichen Platz gewährt an und für sich keinen verjährungsfähigen Besitz zur Erwerbung einer Fußweggerechtigkeit. Pr. des Obertr. vom 23. Sept. 1845 (Entsch. XIII, 161). Vergl. unten, Anm. 51 zu §. 82 d. T. und Anm. 42a zu §. 63, Tit. 22.

49a) (4. A.) Zur Erwerbung des Besitzes des Rechtes, das Wasser mittelst eines Grabens über ein fremdes Grundstück abzuführen, ist erforderlich, daß der Besitzerwerber diesen Abfluß in und durch das Grundstück ohne Widerspruch des Besitzers desselben bewirkt habe. Erk. des Obertr. v. 25. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 66).

Ein Rechtsbesitz wird auch dadurch erworben, daß Jemand an der Vorderfront eines fremden Hauses sein Firmenschild angebracht und fortgesetzt behauptet hat. In diesem Rechtsbesitze muß er gegen gewaltsame oder heimliche Störung geschützt werden, wenn er auch denselben einen Sachbesitz in der Klage genannt hat, weil, wenn der Kläger den vollständigen Verlauf des Faktums vorgetragen hat, darauf nichts ankommt, daß er das Rechtsverhältniß, in welchem er sich darnach befindet, irrthümlich benannt hat, es vielmehr Sache des Richters ist, das Richtige zu finden und ungeachtet der unrichtigen Fassung des Antrages der, dem vorgetragenen thatsächlichen Verhältnisse entsprechenden Intention des Klägers gemäß (A. G.O. I, 5, §§. 17, 20, 21) zu erkennen. Erk. des Obertr. v. 21. Sept. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 23).

50) Ein seinem Wesen nach negatives Recht ist auch das Recht eines Mühlenbesitzers, daß der Besitzer einer anderen, an demselben Flusse belegenen Mühle dulde, daß die Schütze zu der das Wasser seiner Mühle zuführenden Rinne so lange geschlossen werde, als der Wasserbestand nicht eine gewisse Höhe übersteigt, — sagt das Obertr. in einem Erk. v. 10. Juli 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 111). Paßt nicht auf Servituten. Der Niedermüller hat in seinem Eigenthume hier nichts zu dulden; er hat nichts weiter in seinem Rechte als was ihm von oberhalb zufließt.

(5. A.) Das Recht des Militärfiskus zur Abhaltung militärischer Uebungen und Paraden auf öffentlichen Plätzen einer Stadt ist ein negatives, ein vermögensrechtliches Privatrecht, welches auch durch Verjährung mittelst Besitzes erworben werden kann. Der zu dieser Verjährung erforderliche Akt der Besitzergreifung des, das Eigenthum der Stadtgemeinde beschränkenden Rechts kann in dem Falle, wenn Truppen von ihren Befehlshabern kommandirt werden, militärische Uebungen und Paraden auf öffentlichen Plätzen der Stadt abzuhalten, nicht ohne Weiteres angenommen werden; vielmehr ist dazu ein Auftrag, oder, im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag, die nachträgliche Genehmigung der Stellvertreter der juristischen Persönlichkeit des Militärfiskus — der betreffenden königlichen Intendantur oder des Kriegsministeriums — erforderlich. §§. 45, 47. Erk. des Obertr. v. 8. u. 13. Okt. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 28).

Negative Rechte, auch wenn sie bloß persönliche sind, können vi, clam, precario gestört oder entzogen werden und finden Schutz in possessorio. Pr. 1358, o. in der Anm. 6 zu §. 5. Zu den Rechten, welche hiernach Anspruch auf Schutz durch Besitzklage haben, gehört auch der Gewerbebetrieb. Der Gewerbetreibende kann daher die Besitzklage mit Erfolg anstellen, wenn derselbe durch Handlungen eines Anderen, welche darauf berechnet sind, den zum Betriebe des Gewerbes erforderlichen Kredit zu zerstören, in dem Betriebe dieses Gewerbes gestört wird. Erk. des Obertr. v. 31. Jan. 1853 (Entsch. Bd. XXIV, S. 392). (5. A.) Auch die Besitzstörungsklage eines Handelsgesellschafters wegen ihm verweigerter Einsicht der Handelsbücher der Gesellschaft ist zulässig. Erk. dess. vom 16. September 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 40). Doch ist die Unzulässigkeit des Possessoriums zu behaupten auch von negativen Rechten, z. B. Hütungs- oder anderen Nutzungsberechtigungen, wenn über die Grenzen der Befugnisse des Eigenthümers einerseits und des Berechtigten andererseits Streit entsteht und der Berechtigte sich nicht im Besitze eines Untersagungsrechtes befindet; vielmehr ist die Zulässigkeit der Possessorienklage auf unmittelbare Entziehungen oder Störungen des Besitzes des Hütungsberechtigten zu beschränken, in allen anderen Fällen aber ein Streit über die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Eigenthümers in petitorio auszutragen. Die Gerichte haben darüber verschieden erkannt. Das Obertr. hat den Grundsatz mehrmals ausgesprochen, namentlich auch in einem in der Sitzung des III. S. v. 9. Juli 1851 entschiedenen Falle. Ein Weideberechtigter hatte bis in die neueste Zeit sein Recht in der Art ausgeübt, daß sein Vieh nach allen Richtungen der ungeschlossenen Waldreviere getrieben wurde. Der Waldeigenthümer hatte mitten durch den Forst einen Wildzaun setzen lassen, so daß dem Berechtigten zwar dadurch kein Terrain entzogen wurde, er aber mit seinem Viehe nur auf großen

§. 82. Soll jedoch durch dergleichen Handlung der Besitz eines negativen Rechts[50a]) wirklich erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes[50b]) Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen[51]).

---

Umwegen zu den hinter dem Zaune belegenen Waldstrecken gelangen konnte. Er klagte in possessorio auf Wegnahme des Zaunes. Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Antrage. Das Obertribunal vernichtete das Urtel und wies den Kläger ab, weil sonst der Eigenthümer zu jeder Handlung, die möglicherweise den Berechtigten irgendwie belästige oder den Zustand des Grundstücks ändere, die Erlaubniß des Berechtigten einholen oder sein Recht in petitorio erstreiten müßte und also insoweit aufhören würde, Besitzer des Grundstücks zu sein, vielmehr der Hütungsberechtigte ganz an seine Stelle treten würde. Eine solche Wirkung habe der Besitz des Hütungsrechts nicht; solcher erstrecke sich eben nur auf die Ausübung des Hütungsrechts, ohne den Besitz des Eigenthümers im Uebrigen aufzuheben oder zu verändern. (J.M.Bl. 1851 S. 383.) Die Sache läßt sich jedoch auch von einer anderen Seite ansehen. Man kann ebenso gut sagen, der Rechtsbesitz reicht gerade soweit wie das Recht; soweit das Recht selbst mit der Petitorienklage verfolgt werden kann, muß auch für den Besitz des Rechtes Schutz gefordert werden können. Die Worte des Obertr. drücken kein Prinzip aus. Dasselbe scheint sagen zu wollen, daß es ungewiß sei: ob das Hütungsrecht soweit gehe, daß es den Eigenthümer an der freien Handlung hindere; daß folglich dieses erst in petitorio erstritten werden müsse, daß folglich der Rechtsbesitz in der streitigen Ausdehnung nicht dargethan sei. Das ist richtig. Der Streit berührt nicht den Besitz des Hütungsrechtes, auch nicht dessen räumliche (körperliche) Ausdehnung, sondern den innerlichen (qualitativen) Umfang des Rechtes. Und darüber kann, außer dem Falle eines Untersagungsrechtes, bezüglich auf bestimmte Handlungen, in possessorio nicht gestritten werden. Zu vergl. unten, Anm. 92 zu §. 150 d. T.

50a) (4. A.) Zur Besitzergreifung eines negativen Rechts ist nur die freie und öffentliche Vornahme der Besitzhandlung erforderlich, ohne daß es eines besonderen Beweises bedarf, daß der Handelnde in der Meinung eines ihm zustehenden fortdauernden Rechtes gewesen sei. Anm. 48a. Aber die Meinung des Handelnden, daß er als Mitglied des Publikums dazu berechtigt sei, genügt nicht zum Erwerbe des Besitzes eines negativen Rechtes; vielmehr ist dazu die Meinung erforderlich, daß ihm selbst das Recht als ein fortdauerndes zustehe. Erk. des Obertr. vom 12. Januar 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IV, S. 244). Vergl. Anm. 48a. — Daher ist zur Ersitzung einer Servitut seitens eines Mitgliedes der Dorfgemeinde an den Nutzungen, welche allen Gemeindemitgliedern als solchen zustehen, der vollständige Beweis erforderlich, daß dasselbe die Berechtigung nicht aus dem Rechte der Gemeinde-Mitgliedschaft, sondern aus einem besonderen Rechte in Besitz genommen habe. Erk. vom 15. Februar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 7). — Hiermit und mit dem vorhergehenden Satze harmonirt auch die Entsch. des Obertr. v. 7. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 295), wonach wegen des entzogenen Gebrauchs eines Kommunikations- oder Gemeindeweges eine Entschädigungsforderung einzelner Gemeindeglieder an die Eisenbahngesellschaft nicht begründet ist. Dagegen sagt dasselbe in dem Erk. v. 8. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 225), daß jedes einzelne Mitglied einer Gemeinde, welches in der Benutzung eines Kommunalweges von einem Dritten widerrechtlich gestört und hierdurch in seinem Vermögen verletzt wird, selbstständig zur Geltendmachung seiner Entschädigungsansprüche befugt sei. Das stimmt mit jenem Ausspr. v. 7. März 1851 nicht.

50b) (4. A.) Was unter der Eigenschaft des „fortdauernden" zu verstehen sei, um das Recht zum possessorischen Schutze für geeignet zu halten, ist in Frage gekommen. Ein Kaufmann hatte eine Remise und Wasserausladestelle auf 5 Jahre gemiethet und konnte dazu nur durch das Haus des Vermiethers gelangen. Er hatte sich dazu der Durchfahrt durch das Haus und dessen Thorweg bedient und dazu auch die Thorwegsschlüssel in Besitz erhalten. Der Nachfolger im Besitze des Vermiethers ließ plötzlich den einen Flügel des Thorwegs schließen und hinderte dadurch den Miether an der bisher benutzten Durchfahrt, wovon im Miethskontrakte nichts stand. Als der Miether in possessorio klagte, wies ihn der Richter ab, weil — da er nur auf 5 Jahre die Remise gemiethet habe — von ihm kein fortdauerndes Recht der Durchfahrt besessen sei. Das Obertr., welches diesen Ausspruch kassirte, hebt zutreffend hervor, daß damit nicht immerwährendes Recht gemeint sei — was auch dem Wortlaute des §. 131 d. T. widersprochen haben würde —, sondern nur der Gegensatz einer in der Handlung gar nicht beabsichtigten Ausübung eines Rechtes, also nur die ohne opinio juris gelegentlich für diesmal unternommene äußere Handlung einer Rechtsbesitzausübung ausgedrückt werden sollen. Hiervon ist der §. 14, Tit. 22 eine Parallelstelle. Erk. v. 23. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 14).

51) Vergl. Anm. 49. (5. A.) Aus der bloß faktischen Benutzung allein, ohne jene Erklärung und ohne solche Umstände, aber folgt nicht, daß eine derartige Meinung bei ihm obgewaltet habe. Erk. des Obertr. v. 23. März 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVIII. S. 228). Es muß aber auch hinzukommen, daß derjenige, gegen welchen das Recht in Besitz genommen werden soll, etwas thue oder dulde, was ihm lästig ist (§. 107); er muß also die beeinträchtigende Handlung erfahren. — Vergl. auch die Anm. 14, Abs. 2 zu §. 14, Tit. 22.

§. 83. Soll die Besitzergreifung eines solchen negativen Rechts durch Widerspruch gehindert werden, so muß dieser Widerspruch bei der Handlung selbst gegen den Handelnden geäußert sein[52]).

§. 84. Ein nach gänzlich vollendeter Handlung erfolgender Widerspruch kann den durch diese Handlung einmal erworbenen Besitz nicht wieder aufheben.

§. 85. Erfolgt jedoch der Widerspruch auf frischer That, oder sogleich, als der, gegen welchen der Besitz des negativen Rechts erworben werden soll, die Handlung erfahren hat, so wird dadurch die Besitzergreifung entkräftet[53]).

eines Untersagungsrechts.

§. 86. Den Besitz eines Untersagungsrechts erwirbt derjenige, auf dessen Verbot der Andere von einer unternommenen Handlung absteht[53a]).

§. 87. Ist jedoch ein Untersagungsrecht Jemandem durch eine ausdrückliche Willenserklärung[54]) eingeräumt worden, so wird derselbe von dem Augenblicke an, wo diese Willenserklärung ihre Rechtsgültigkeit erlangt hat, in dem Besitze des Rechts zu sein geachtet[55]).

---

52) Das setzt aber die Wissenschaft dessen, gegen den die Handlung unternommen wird, voraus. S. die vor. Anm. Vergl. auch §. 97.

53) Die §§. 84 u. 85 beziehen sich lediglich auf die Besitzergreifung, d. h. die erste den Besitz begründende Handlung. Widerspruch bei einer späteren, den Besitz fortsetzenden Handlung entzieht den Besitz nicht wieder. Deshalb kann z. B. die Verjährung durch eine fehlerfreie Besitzhandlung vollendet werden, wenn auch bei dieser Widerspruch erfolgt, oder sie zur nachherigen Klage gegen den Besitzer Anlaß gegeben hat. Pr. des Obertr. vom 19. Oktober 1846 (Entsch. Bd. XV, S. 142). Wohl aber wird der Besitz und damit die Ersitzung unterbrochen, wenn der Prätendent auf den Widerspruch des Anderen von der ferneren Ausübung des Rechtes absteht. Pr. 855, vom 11. April 1840. Vergl. unten Anm. 92a, Abs. 3. (4. A.) Ein solcher, die Besitzergreifung entkräftender Widerspruch ist es z. B., wenn der Eigenthümer eines Grabens, in welchen ein Nachbar das unreine Wasser aus seiner Stärkefabrik abzuleiten unternommen hat, diesen Graben, sogleich nachdem er davon Kenntniß erhalten, zuschüttet. Erk. des Obertr. v. 10. Januar 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 77).

53a) (4. A.) Der bloß thatsächlich ausschließliche Bau nicht regaler Fossilien auf einem fremden Grundstücke begründet den Besitz des Rechtes, mit Ausschluß des Grundeigenthümers den Bau zu betreiben, nicht; daher ist zum Beweise der Störung des Besitzes des Bauenden durch Bergbauanlagen des Grundeigenthümers der Nachweis eines besonders erworbenen Untersagungsrechtes oder des unmittelbaren Eingriffes in den Besitz des Berechtigten erforderlich. Erk. des Obertr. v. 9. Novbr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 303).

(5. A.) Das Aufhören oder die Unterbrechung des Besitzes eines negativen Rechts ist von zwei Erfordernissen bedingt: einmal, daß der Belastete dem Berechtigten gegenüber seinen Willen zu erkennen giebt, die belastende Handlung fernerhin nicht dulden zu wollen; sodann, daß der Berechtigte seinen Willen darthut, fernerhin die den Eigenthümer belastende Handlung unterlassen zu wollen. Dazu genügt eine stillschweigende Willenserklärung (Tit. 4, §§. 58, 59). Erk. dess. vom 18. Oktbr. 1866 (Entsch. Bd. LVII, S. 18). Vergl. unten, Anm. 79 zu §. 127 d. T.; ferner: Anm. 33 zu §. 597, Tit. 9, Anm. 30, Abs. 2 zu §. 43, Tit. 22; und oben, Anm. 21 zu §. 45, Tit. 7.

54) Eine Willenserklärung, welche die Wirkung der Erwerbung des Besitzes eines Untersagungsrechtes in sich schließen soll, muß von demjenigen, gegen den dieser Besitz geltend gemacht wird, abgegeben worden sein. Namentlich wird bei Exklusivberechtigungen, die auf landesherrlichen Privilegien beruhen, der Besitz des Rechtes gegen jeden, der diesen Besitz als vorhanden anerkennen soll, noch nicht allein durch die Ertheilung des Privilegii, ohne den Hinzutritt einer Handlung des Verpflichteten, begründet. Pr. des Obertr. 913, vom 7. Septbr. 1840.

(3. A.) Durch das ein negatives Recht absprechende Judikat gelangt der Sieger, wie durch eine Willenserklärung, in den Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechtes, und damit erlischt der Besitz des bis dahin von dem Anderen ausgeübten negativen Rechtes (§. 127 d. T.) Auch kann der, welchem das negative Recht rechtskräftig abgesprochen worden, für einen gegen das Judikat angeblich erworbenen neuen Besitz den possessorischen Schutz nicht in Anspruch nehmen, da dieser Besitz ein offenbar unredlicher sein würde. Erk. des Obertr. vom 24. März 1851 (J.M.Bl. 1854, S. 104). Der letzte Satz ist wohl sehr zweifelhaft und bedarf jedenfalls einer näheren Bestimmung. Warum soll nicht ein redlicher Erwerb eines neuen Besitzes möglich sein? Und ist ein unredlicher Besitz überhaupt absolut schutzlos?

55) Aus Vertragsverhältnissen, in welchen der eine Theil sich verpflichtet hat, gewisse Handlungen zu unterlassen, findet, wenn der Verpflichtete dieser Bestimmung zuwider handelt, eine Klage wegen Besitzstörung nicht statt. Pr. des Obertrib. 503, v. 13. August 1838.

§. 88. Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen werden durch ihre Handlungen, Unterlassungen, oder Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet. Erwerbung des Besitzes eines Rechts gegen Mehrere.

§. 89. Ist die Sache, auf welche der Besitz eines Rechts erworben werden soll, an sich untheilbar, oder sind die Mitbesitzer derselben in ungetheiltem Besitze, so kann einer von ihnen durch seine Handlungen oder Duldungen dem Andern nichts vergeben.

§. 90. Durch Handlungen oder Leistungen einzelner Mitglieder einer Gemeine wird der Besitz des Rechts, von der Gemeine etwas zu fordern (eines affirmativen Rechts), nicht erworben. Insonderheit gegen Korporationen und Gemeinen.

§. 91. Soweit die Einwilligung eines Theils der Gemeine, ihrer Repräsentanten, Vorsteher oder Bevollmächtigten, zur Verpflichtung der ganzen Gemeine bei Verträgen hinreicht[56]), soweit wird durch die Handlungen und Leistungen dieser Personen, auch der Besitz eines affirmativen Rechts gegen die Gemeine erlangt.

§. 92. Der Besitz der Befugniß, einer Gemeine die fernere Ausübung eines gemeinschaftlich ausgeübten Rechts zu untersagen, wird gegen sie nur in soweit erworben, als alle Mitglieder dem Verbote Folge leisten.

§. 93. Der Besitz des Rechtes, etwas zu thun (eines negativen Rechts), wird gegen eine Gemeine nur alsdann erlangt, wenn keines ihrer Mitglieder der Ausübung widersprochen hat[56a]).

§. 94. In beiden Fällen, §§. 92, 93, kann also auch ein einzelnes Mitglied, wenn es gleich weder zu den Repräsentanten, noch Vorstehern oder Beamten gehört, durch seine entgegengesetzte Handlung, oder durch seinen Widerspruch, die Besitzergreifung gegen die Gemeine hindern.

§. 95. Dagegen kann eine Gemeine, welche nach ergangenem Verbote eine Handlung unterlassen, oder der Handlung des Besitzergreifenden nicht widersprochen hat, den Mangel der Wissenschaft nicht vorschützen, sobald das Verbot oder die Handlung zur Kenntniß ihrer Repräsentanten oder Vorsteher gelangt ist.

§. 96. Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden[57]). Fehler, welche die Besitzergreifung hindern.

---

56) Hieraus erhellet, daß die Handlungen und Leistungen durch einen verfassungsmäßigen Beschluß der Korporation oder deren Repräsentanten bewilligt worden sein müssen, wenn dadurch der Besitz gegen die Gemeine erworben werden soll. Ein stillschweigender Konsens der juristischen Person in der Art, daß die Aufforderung an die Vorsteher ergeht, und darauf, ohne Weiteres, von Einzelnen ohne Widerspruch anderer Mitglieder, geleistet wird, ist nicht denkbar, weil die fingirte (juristische) Person gar keinen Willen haben kann, außer in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen. Ein Geistlicher klagte gegen eine Gemeinde auf fortwährende Entrichtung von s. g. Grundzinsen, behauptend, daß seit 30 Jahren die Abgabe (an die bezeichnete Fundation) durch den Ortsvorsteher entrichtet und dieses in den Gemeinderechnungen nachgewiesen sei. Die Abgabe sollte also durch Ersitzung erworben sein. Grundstücke besaß die Gemeinde gar nicht. Die Abgabe kam in der Rechnung vor, aber die Gemeinde als solche hatte davon nie Kenntniß genommen; es war eine Gabe einzelner Einwohner gewesen, welche der Vorsteher gesammelt und abgeführt hatte. Gegen die Gemeinde hatte hierdurch gar keine Ersitzung begründet werden können.

56a) (4. A.) Zur Erwerbung des Besitzes des Rechtes zur ausschließlichen Benutzung einer Kirchenstelle ist erforderlich, daß keines der Mitglieder der Kirchengemeinde widersprochen, oder daß alle Mitglieder dem Verbote Folge geleistet haben. Erk. des Obertr. v. 21. Dezbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 176).

57) Anfangs beabsichtigten die Verf., die in den §§. 96 ff. enthaltenen Bestimmungen nur in Beziehung auf den Rechtsbesitz zu geben. In Folge der eingegangenen Monita aber bemerkte Suarez bei deren Revision: „Einige (monita) betreffen bloß das Arrangement der Materien, wobei es seine Richtigkeit hat, daß — die vitia der Besitzergreifung, welche vi, clam oder precario geschieht, nicht bloß bei Rechten, sondern auch bei körperlichen Sachen vorkommen, und also die §§. —, welche bloß von Besitznehmung der Rechte handeln, generalisirt werden müssen." Simon, Materialien, S. 265.

Was die Bedeutung der Bestimmungen in den §§. 96 — 98 betrifft, so ist nicht zu verkennen, daß ein Besitz, welcher vi, clam vel precario ergriffen worden ist, als Besitz nicht anerkannt wird, doch nicht in dem Sinne, daß der Besitzer ungeschützt jeder Störung ausgesetzt wäre, da gegen solche

Gewalt, Betrug.

§. 97. Ebenso wenig können durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechts[58]) bewirken.

Verheimlichung.

§. 98. Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben, noch fortgesetzt werden.

§. 99. Handlungen, welche dem Andern nur durch seine eigene, oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben, sind für heimlich unternommen nicht zu achten[59]).

§. 100. Vielmehr muß die Absicht, die Handlung zu verheimlichen, aus der ungewöhnlichen Zeit, wo sie vorgenommen; aus den Anstalten, welche, um sie der Kenntniß des Andern zu entziehen, getroffen worden; oder aus andern vorhergehenden, begleitenden oder nachfolgenden Umständen klar erhellen[60]).

§. 101. Die gegen die Absicht der Verheimlichung streitende Vermuthung[61]) ist

---

ja auch der bloße Inhaber die possessorischen Schutzmittel hat. §§. 141, 146, 147. Vielmehr ist anzunehmen, daß nur der Usukapionsbesitz („Besitz im rechtlichen Sinne" §. 98), d. i. die röm. possessio civilis verneint wird. So aufgefaßt findet sich Uebereinstimmung des L.R. mit dem R. R. — (5. A.) Darin allein, daß der Käufer das ihm verkaufte Grundstück ohne Weiteres in Besitz genommen hat, ohne eine ihm von dem Verkäufer geleistete Uebergabe darthun zu können, kann eine Handlung unerlaubter Privatgewalt nicht gefunden werden. Erk. des Obertr. vom 25. Septbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 129). Vergl. unten die Anm. 61 zu §. 101 d. T. — Eine sonst als Turbation sich qualifizirende Handlung kann als solche nicht angesehen werden, wenn sie nach einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung als eine berechtigte erscheint, der angeblich Gestörte oder Entsetzte sich also im Voraus einverstanden mit derselben erklärt hat, da alsdann jene Fehler der Handlung (Gewalt, List, heimlich oder bittweise) des angeblichen Störers als vorhanden nicht angenommen werden können. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vereinbarung in rechtsverbindlicher Form zu Stande gekommen ist, weil auch die formlose Vereinbarung Gewalt, List und Heimlichkeit ausschließt. — Ebenso kann ein, solcher Verabredung, ohne erklärten Rücktritt von derselben, entgegen ergriffener oder fortgesetzter Besitz nach §. 14, I, 31 der A.G.O. und nach den §§. 96 ff. d. T. keinen Anspruch auf Schutz im Possessorienprozesse machen. Erk. dess. vom 28. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 85).

Gegen denjenigen, von welchem der Besitz vi, clam vel precario erworben ist, hat ein solcher Besitz keine rechtliche Wirkung, doch nur in Beziehung auf den fehlerhaften Besitznehmer. Denn die Vorschrift der §§. 96. ff. steht nur demjenigen entgegen, der den Besitz auf solche fehlerhafte Weise ergriffen hat, nicht seinem Nachfolger im Besitze. Der Letztere hat daher die possessorischen Rechtsmittel auch gegen den, welchen sein Besitzvorgänger des Besitzes vi, clam vel precario entsetzt hat. Pr. 1158, v. 13. Juni 1842. (3. A.) Ein Dritter, gegen welchen der Besitz nicht vi, clam vel precario ergriffen worden, kann dem Besitzer den Einwand der fehlerhaften Besitzergreifung nicht entgegensetzen. Erk. des Obertr. v. 2. Dezbr. 1853.

58) Daß nur in Beziehung auf den Rechtsbesitz auch des Betruges als ein die Erwerbung hindernder Fehler ausdrücklich erwähnt ist, hat seinen Grund in der ursprünglichen Bestimmung, welche auf den Rechtsbesitz beschränkt sein sollte. Man fand dann aber, daß „die vitia der Besitzergreifung, welche vi, clam vel precario geschieht, nicht bloß bei Rechten, sondern auch bei körperlichen Sachen vorkommen, und also die §§. 60—64 und 68, welche bloß von Besitznehmung der Rechte handelten, generalisirt werden müssen." Simon, S. 265. Deshalb versetzte man die Stellen. Der Betrug soll, nach dieser deutlich ausgesprochenen Absicht, in seiner Wirkung nicht auf die juris quasi possessio beschränkt sein, vielmehr als ein vitium auch bei dem Sachbesitze in Betracht kommen.

(4. A.) Wenn zwei Mühlen an demselben Flusse sich gegenüber liegen, so können Handlungen, welche der Besitzer der einen Mühle zu dem Zwecke vornimmt, um den Wasserbedarf derselben vorzugsweise zu berücksichtigen und nur das überflüssige Wasser der anderen Mühle zuzuwenden, für unerlaubte, einen rechtmäßigen Besitz und die Verjährung zu begründen ungeeignete, nicht erachtet werden. Erk. des Obertr. v. 10. Juli 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 110).

59) Dann findet auch die Restitution gegen die vollendete Verjährung nicht statt. Pr. 1280, v. 24. März 1843 (Entsch. Bd. VIII, S. 258).

60) Bei der Frage: ob eine Besitzstörung oder Entsetzung für eine heimliche zu erachten sei, oder nicht, kommen die §§. 99, 100, weil sie sich nur auf die Besitzergreifung beziehen, nicht zur Anwendung. Pr. 1369, v. 29. Nov. 1843. Es ist unwahrscheinlich, daß die Verf. einen solchen Unterschied gewollt haben, der in der Wirklichkeit nicht existirt. Denn wenn die Besitzergreifung heimlich geschieht, so ist auch die Besitzentsetzung des bisherigen Besitzers heimlich bewerkstelligt. Denn Beides geschieht durch eine und dieselbe äußere Handlung.

61) Daraus allein, daß der Vorbesitzer die Uebergabe nicht geleistet hat, folgt noch nicht, daß

bei solchen Handlungen, welche bloß die Fortsetzung des Besitzes zur Absicht haben, stärker, als bei solchen, wodurch derselbe zuerst erworben werden soll.

§. 102. Ist die Absicht der Verheimlichung klar, so wird der Fehler der Besitzergreifung nicht gehoben, wenn gleich der Andere, der getroffenen Vorkehrungen ungeachtet, von der Handlung Wissenschaft erlangt hätte.

§. 103. Dadurch allein, daß der Pächter eines Gutes, auf eine nur an ihn ergangene Anforderung, sich zu einer gewissen Leistung verstanden hat, wird gegen den Eigenthümer der Besitz des Rechts, die Wiederholung dieser Leistung zu fordern (eines affirmativen Rechts), noch nicht erworben [62]).

§. 104. Hat aber der Eigenthümer die von dem Pächter geschehene Leistung gewußt [62a]), oder ist ihm dieselbe nur durch sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen unbekannt geblieben: so hat der Andere den Besitz des affirmativen Rechts gegen den Eigenthümer erlangt.

§. 105. Soweit einem Pächter eine Befugniß, über die Sache selbst zu verfügen, beigelegt [63]) ist, soweit kann durch seine Handlungen oder Leistungen der Besitz eines affirmativen Rechtes gegen den Eigenthümer erworben werden.

§. 106. Aus Handlungen, Leistungen oder Duldungen, wodurch an sich eine Besitzergreifung bewirkt werden könnte, entsteht dennoch kein Besitzrecht [64]), sobald erhellet, daß der Andere dieselben nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern nur aus Freundschaft und Gefälligkeit vorgenommen, oder gestattet habe [64a]). Precarium.

§. 107. Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung [65]) die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege [65a]).

---

der jetzige Besitzer sich vi, clam oder precario in den Besitz gesetzt haben muß. Schl. Arch. Bd. V, S. 402. Vergl. oben die Anm. 57, Abs. 2 a. E.

62) Das Gleiche gilt auch von negativen und von Untersagungsrechten. Vergl. Tit. 9, §. 521; Tit. 21, §. 91 u. Anm. 65 zu §. 107 d. T.

62a) Nämlich vorher. Denn die hinterdrein erlangte Kenntniß ändert die Wirkungslosigkeit der Leistung des Pächters (§. 103) nicht. Aber wenn ihm die Anforderung und Leistung nachher bekannt gemacht werden, so muß er Widerspruch erheben, sein Stillschweigen möchte für Zustimmung oder Duldung genommen werden. §. 107 d. T.

63) Dem Pächter beigelegt ist, also vermöge des Pachtverhältnisses. Was damit gemeint sein könnte, ist ungewiß. Ist der Pächter nebenher Mandatarius des Eigenthümers, so kommt er nicht als Pächter in Betracht.

64) Und auch kein Besitz in dem hier in den §§. 96 ff. gemeinten Sinne, weder eine corporis possessio, noch eine juris quasi possessio; denn alle diese ursprünglich auf den Rechtsbesitz berechneten Vorschriften sollen auch von dem Sachbesitze gelten. S. o. die Anm. 57. (4. A.) Der Rechtswille (animus juris) zur Erwerbung des Besitzes einer Grundgerechtigkeit muß nothwendig manifestirt werden. Erk. des Obertr. v. 1. Dez. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 172).

64a) (5. A.) Der §. 106 u. 108 setzen eine bittweise Besitzergreifung voraus, sind also auf eine bittweise Fortsetzung eines bereits erworbenen Besitzes unanwendbar. Erk. des Obertr. vom 26. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 68). Doch kann von Demjenigen, welcher zu einer gewissen Zeit die Erlaubniß zur Ausübung einer Handlung nachsucht, und diese als eine ihm vergünstigungsweise gestattete ausübte, nicht angenommen werden, daß er dieselbe Handlung vorher als ein Recht ausgeübt und von dem Anderen auf Grund einer diesem obliegenden Verpflichtung gestattet erlangt habe. Die Annahme des Prekariums wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß dasselbe erst für eine Zeit nachgewiesen worden, wo die Handlung schon während einer zur Ersitzung genügenden Frist ausgeübt war. Erk. des Obertr. vom 28. Januar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 221). — Derjenige, welcher zu einer gewissen Zeit ein Recht precario modo ausgeübt hat, hat auch in Beziehung auf die spätere Zeit der Ausübung bis zum erbrachten Gegenbeweise die Vermuthung gegen sich, daß die Ausübung des Rechts precario modo erfolgt (fortgesetzt) sei. Erk. dess. vom 6. u. 11. Juli 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LX, S. 108).

65) Die Besitzergreifung auch eines negativen Rechts gegen den Eigenthümer eines Grundstücks,

§. 108. Doch kann diese allgemeine Vermuthung durch entgegenstehende, aus persönlichen Verhältnissen oder andern Umständen des vorliegenden Falles sich ergebende, besondere Vermuthungen wieder gehoben werden[65b]).

---

dessen ganze Nutzung einem Servitutberechtigten zusteht (z. B. eines Waldreviers), ist in der Regel nur dann für vollzogen zu erachten, wenn aus den Umständen erhellet, daß der Eigenthümer von der Handlung des Besitzergreifenden Kenntniß erlangt hat. Auch kommt dem Ersteren zur Ausschließung der Annahme, daß die Handlung in der Meinung eines zustehenden Rechts vorgenommen worden, alles zu Statten, was zwischen dem, der den Besitz ergriffen haben will, und dem vorgedachten Servitutsberechtigten verhandelt worden ist. Pr. des Obertr. vom 1. Nov. 1849, Nr. II. (Entsch. Bd. XVIII, S. 183.) Auch Erk. v. 19. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 144).

Durch dieses Pr. werden zwei streitige Punkte betroffen und bis auf Weiteres erledigt. Der eine betrifft andere unvollständige Besitzer der Sache als Pächter und Nießbraucher. Während der Dauer einer Pacht oder eines Nießbrauchs kann keine Verjährung anfangen (Tit. 9, §. 521; Tit. 21, §. 91), weil die Besitzergreifung nicht für vollendet gilt, so lange der Eigenthümer nichts erfahren hat. Es ist bezweifelt oder bestritten worden, daß das Gleiche auch von anderen unvollständigen Besitzern, z. B. von Servitutsberechtigten, Superfiziarien u. dergl. gelte, weil es nicht gesagt ist. Das Obertr. bejaht es, weil bei diesen ein ähnliches wie das jenen Vorschriften zum Grunde liegende thatsächliche Verhältniß vorliege, welches eine Behinderung des Eigenthümers, von der Beeinträchtigung seines Eigenthumsrechts Kenntniß zu erlangen, bedingt. Solle also der Akt einer Besitzergreifung gegen ihn vollzogen werden, so müsse aus den Umständen erhellen, daß der Eigenthümer die beeinträchtigende Handlung in Erfahrung gebracht habe. (Entsch. a. a. O. S. 191.) Diese sachlichen Gründe sind völlig überzeugend.

Die andere Frage ist die: ob bei Pächtern der Rechtssatz auf affirmative Rechte zu beschränken oder auch auf negative und Untersagungsrechte anzuwenden sei. Eine Meinung behauptet jenes, weil der §. 103 nur von affirmativen Rechten spreche. Aber diese Einschränkung hat den geltend gemachten sachlichen Grund gegen sich, aus welchem das Obertr. den Satz auch auf negative Rechte anwendbar erklärt; und der §. 103 steht jener Meinung nicht zur Seite, sowie dem sachlichen Grunde nicht entgegen. Denn die Fassung der §§. 102—105 kommt daher, daß man früher den Stellvertreter (Verwalter) und den Pächter ganz gleich gestellt und in Rücksicht Beider eine Ausnahme bei den affirmativen Rechten gemacht hatte. Erst bei dem Vortrage des umgearbeiteten zweiten Entwurfs wurde der Pächter von dem Verwalter oder Stellvertreter allgemein getrennt und der §. 521, Tit. 9, der sich auf alle Arten von Rechtsbesitz bezieht, hinzugefügt, diese Allgemeinheit aber hier bei der Besitzerwerbung nicht weiter berücksichtigt. Mit dem §. 521, Tit. 9 veränderte sich jedoch von selbst auch der Grundsatz über die Erwerbung des Besitzes von Rechten überhaupt; denn die Ersitzung hängt mit der Erwerbung des Besitzes innig zusammen; wo kein Besitz erworben ist, da kann keine Verjährung durch Besitz anfangen; wo aber Besitz erworben ist, da muß auch — die übrigen Erfordernisse, wovon hier nicht Rede ist, vorausgesetzt — Ersitzung anfangen können. Vergl. die Anm. zu §. 521, Tit. 9.

(5. A.) Der §. 107 regulirt als Gegensatz zu §. 106 zunächst nur die Beweislast hinsichts der Einrede, daß die Leistung nur aus Freundschaft und Gefälligkeit geschehen sei, und die Vermuthung genügt, wenn das Faktum (corpus) hinzutritt, allenfalls zur Erwerbung des Besitzes negativer Rechte; allein beim Besitzerwerb affirmativer Rechte und von Untersagungsrechten kann die nothwendige Verlautbarung des Willens des Erwerbers (animus) nicht durch die Vermuthung des §. 106 ergänzt werden, sonst würde ja durch die bloße Leistung von der einen Seite der Besitz für jeden Dritten erworben sein, der hinterher zur Forderung der Leistung berechtigt zu sein erklärt. Erk. des Obertr. vom 1. Juni 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 66).

65a) (5. A.) Der §. 107 setzt eine Vermuthung nur gegen denjenigen fest, gegen welchen der Besitz eines Rechtes erworben sein soll, nicht aber zugleich für denjenigen, welcher diesen Besitz in der Meinung eines ihm zustehenden Rechts ergriffen zu haben behauptet: für das Bewußtsein einer Verpflichtung auf Seiten des ersteren, nicht aber für die opinio juris des letzteren. Dies ist als Grundsatz auf den Fall des Wasserschöpfens Seitens des benachbarten Grundbesitzers aus dem Brunnen des Nachbars angewendet worden. Erk. des Obertr. vom 17. März 1864 (Archiv für Rechtsf. Bd. LIII, S. 215). Diese Spaltung ist unzulässig. Was soll die Praxis mit der Vermuthung des Bewußtseins einer der Duldung zum Grunde liegenden Verpflichtung, wenn zugleich die gegenüberstehende Berechtigung geleugnet wird? Das ist genau dasselbe was bei der Obligation die Spaltung derselben in ein debitum und in ein creditum als in zwei selbstständige Elemente sein würde. Hier haben wir es mit der Feststellung eines obligatorischen Verhältnisses, nämlich eines Prekariums, als eines Besitzfehlers, zu thun. Sagt nun das Gesetz: in diesem Falle ist der fragliche Besitzfehler nicht anzunehmen, so ist der unstreitig dabei vorausgesetzte Besitz insoweit eben fehlerfrei. Solche Haarspaltung trifft nicht das punctum. S. dagegen die folg. Anm. 65b.

65b) (5. A.) Hiernach liegt also demjenigen, welcher gegen ein, auf Grund der Verjährung in

Anfang des Besitzes.

§. 109. Der Anfang des Besitzes wird von der ersten Handlung, wodurch derselbe ergriffen worden [66]), gerechnet.

§. 110. Sind mehrere Handlungen zur Besitzergreifung erforderlich, so bestimmt diejenige Handlung, wodurch sie vollendet wird, den Anfang des Besitzes [67]).

Fortsetzung und Verlust der Gewahrsam und des Besitzes.

§. 111. Die Gewahrsam einer Sache geht verloren, sobald das physische Vermögen des Inhabers, durch sich [68]) oder durch Andere darüber zu verfügen, aufhört [69]).

§. 112. Aus dem Verluste der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes [70]).

§. 113. Vielmehr wird der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet [71]).

---

Anspruch genommenes negatives Recht (§§. 81, 82) den Einwand der nur gunstweise geschehenen Ausübung aufstellt, nicht der direkte Beweis, namentlich nicht dahin ob, daß derjenige, welcher das Recht in Anspruch nimmt, ein Anerkenntniß, insonderheit ein rechtsgültiges und bestimmtes Anerkenntniß abgegeben, daß ihm ein Recht nicht zustehe, sondern die Ausübung nur vergünstigungsweise gestattet sei. Vielmehr ist es zur Begründung des Einwandes ausreichend, wenn überhaupt persönliche oder andere Umstände nachgewiesen werden, welche die Voraussetzung begründen, daß die Handlung, für deren Ausübung, als eines Rechtes, der Gegner sich auf die Vermuthung aus dem §. 107 berufen kann, nur vergünstigungsweise gestattet worden sei. Erk. dess. vom 16. Oktob. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 75). Das hat Grund und beseitigt zugleich die in der Anm. 65 a gerügte Spaltung.

66) Bei affirmativen Rechten mithin nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches die Abgabe oder Leistung zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung. Pr. 2093, v. 26. Jan. 1849. (Entsch. Bd. XVII, S. 136.) Vergl. oben, Anm. 21 zu §. 45.

67) S. Anm. 29 zu §. 59. Vergl. auch §. 67.

68) Also auch mit dem Tode des Besitzers, indem das körperliche Verhältniß durch den Tod der Person sich gänzlich auflöst. (Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 8.) Deshalb kann der Besitz nicht auf den Erben übergehen; denn der Besitz hat eine bloß faktische Natur und erzeugt nur Rechte für den Besitzer.

69) Ob solches in einem gegebenen Falle geschehen, ist quaestio facti.

70) Weil es möglich sein kann, daß der Besitzer die Gewahrsam willkürlich zu reproduziren vermag. Dies ist z. B. der Fall, wo ein Stellvertreter die Gewahrsam für ihn hat, und bei dem unvollständigen Besitze, indem der unvollständige Besitzer zugleich die Gewahrsam für den vollständigen hat. §. 124. (3. A.) Handlungen der Pächter von Grundstücken, welche sich auf Erhaltung oder Fortsetzung des Besitzes von Rechten der verpachteten Grundstücke beziehen, kommen bei der erwerbenden Verjährung dem Eigenthümer zu Statten, ohne daß es dazu eines besonderen Auftrages oder einer Anweisung desselben bedarf. Pr. des Obertr. 2511, vom 7. März 1854. (Entsch. Bd. XXVII, S. 310.) (4. A.) Dieser Rechtsgrundsatz findet auch auf die Handlungen des Pächters einer Grundgerechtigkeit, z. B. der Schafhütungsgerechtigkeit, Anwendung. Pr. des Obertr. vom 14. Juli 1857 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXVI, S. 119). In demselben Erk. ist ausgeführt, daß es der Ausübung der Schafhütungsgerechtigkeit durch den Besitzer selbst, insbesondere durch eine Gemeinde, gleich zu achten sei, wenn diese Ausübung durch den für die Heerde bestellten Schäfer geschieht, und daß es hierbei keinen Unterschied macht, wenngleich der Schäfer nicht von der Gemeinde als solcher, sondern nur von den Schafbesitzern angestellt worden ist.

Wenn, außer der Schafhütungsgerechtigkeit selbst, zugleich das Recht zur Wäsche der Schafe auf dem belasteten Grundstücke außerhalb der Hütungszeit ausgeübt ist, so steht dies Recht zu der Schafhütungsgerechtigkeit dergestalt in Beziehung, daß der Pächter der letzteren auch zur Ausübung des Rechts zur Wäsche für ermächtigt und berechtigt zu erachten ist. (Ebd.)

71) D. h. bis der Besitzer entweder thatsächlich und dauernd an der Ausübung des Besitzes verhindert wird (§. 116), oder seinen animus kennbar aufgiebt (§. 117), nicht aber schon, wenn er sich bloß von der Sache entfernt.

Bei Begründung der Klage in possessorio summariissimo findet die Vermuthung der Fortdauer des früher einmal erlangten Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben zwar nicht als eine gesetzliche, den Richter unter allen Umständen bindende, aber wohl als eine sogenannte faktische, der freien Würdigung des Richters nach den Umständen des Falles unterliegende Präsumtion statt. Pl.-Beschl. (Pr. 2063) des Obertr. v. 6. Novbr. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 3). — Wenn der Anfang und das Ende des Besitzes nachgewiesen ist, tritt die Vermuthung, daß die Ausübung des besessenen Rechts in der Zwischenzeit fortgesetzt worden, der Regel nach auch dann ein, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Besitzhandlungen am Anfang und Ende länger ist, als die zur Vollendung der Verjährung gerade ausreichende Zeitfrist. Tit. 9, §. 599. Pr. 2166, v. 20. Dez. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 139).

§. 114. Durch eine Veränderung in den perſönlichen Eigenſchaften[72]) des Beſitzers wird in der Fortdauer des Beſitzes nichts geändert.

§. 115. Durch den Verluſt der Fähigkeit, etwas zu erwerben, geht der Beſitz des vorhin ſchon Erworbenen noch nicht verloren[73]).

§. 116. Dagegen[74]) hört der Beſitz auf, wenn es, durch ein die Sache ſelbſt und deren Subſtanz betreffendes Ereigniß, dem Beſitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrſam wieder zu erlangen[74a]).

§. 117. Desgleichen alsdann, wenn der Beſitzer bei Aufgebung[75]) der Gewahrſam, durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlaſſen wolle.

§. 118. Nur der, welcher über eine Sache frei zu verfügen berechtigt iſt, kann ſich des Beſitzes derſelben entſchlagen.

---

72) Z. B. durch Verfall in eine Geiſteskrankheit, durch Bevormundung. S. §. 115.

73) Eine Folgerung des Grundſatzes §. 114. S. die vor. Anm.

74) Die §§. 116—125 beſtimmen, wie der Beſitz corpore verloren geht. Schwierig iſt der §. 116 in Verbindung mit dem §. 122 nicht, weil der Gedanke unklar wäre, ſondern weil der unzweifelhafte Gedanke, welchen die Verf. gehabt und auch hinlänglich klar ausgedrückt haben, mit der Natur der Sache unvereinbar iſt. Denn es ſoll eine, durch einen unbekannten Dieb geſtohlene Sache als im Beſitze des Beſtohlenen verblieben angeſehen werden, wenn ſie auch niemals wieder erlangt wird, noch erlangt werden kann. Suarez ſagt mit Bezug auf die gegen die §§. 78, 79 des Entw. eingegangenen Monita: der §. 79 (die Abſicht — den Beſitz fortzuſetzen — iſt jedoch nicht hinreichend, wenn es dem Beſitzer durch eine Handlung oder Begebenheit unmöglich wird, über die Sache zu verfügen) iſt ebenfalls in der Verbindung und nach der Faſſung, wie er daſteht, nicht richtig; denn es ſind Fälle möglich, daß ich die Gewahrſam einer Sache dergeſtalt verloren haben kann, daß es mir nicht mehr möglich iſt, darüber zu disponiren, und doch habe ich den Beſitz noch nicht verloren, z. E. die mir von einem unbekannten Spitzbuben geſtohlene Uhr. Der Beſitz wird verloren:

a) durch Veränderung in der Sache ſelbſt, wodurch die fernere Gewahrſam derſelben dem Beſitzer unmöglich wird, z. B. per rei interitum, durch eine ſolche a tertio unternommene mutationem formae, wodurch die Sache aufhört, dieſelbe zu ſein ꝛc.;

b) per derelictionem;

c) dadurch, daß der Beſitz einer aus der Gewahrſam des bisherigen Beſitzers gekommenen Sache von einem Anderen ergriffen wird, in ſofern nur dieſe neue Beſitzergreifung nec vi, nec clam, nec precario geſchieht;

d) dadurch, daß der Beſitz einer Sache von dem bisherigen Beſitzer einem Anderen eingeräumt wird. (Simon, Material., S. 276 u. 621.)

Hiernach geht der §. 116 lediglich auf den Fall a; die §§. 117—121 gehen auf den Fall b; der §. 122 bezieht ſich auf den Fall c und der §. 123 auf den Fall d. Wird eine Sache ihrem Beſitzer vi, clam oder precario entzogen, z. E. geraubt oder geſtohlen, ſo iſt der Beſitz nicht verloren, wenn auch der Beſtohlene ſolche niemals wieder erlangt. Das widerſpricht augenſcheinlich der Natur des Beſitzes als etwas bloß Thatſächlichem; Suarez hat hierbei den Beſitz als ein Recht gedacht. Einen juriſtiſch richtigen Gedanken enthält der §. 116 verb. mit §. 122 nur unter der Vorausſetzung, daß der Beſtohlene oder Beraubte ſpäter die Sache wiedererlangt. Dann wird die Fortdauer des Beſitzes in der Zwiſchenzeit fingirt.

74a) (5. A.) Anwendung hiervon macht das Obertr. zutreffend auf einen Fall, wo ein Wohnungsmiether durch den Abbruch des Hauſes, in welchem er die Wohnung inne hatte, in ſeinem Miethsbeſitze geſtört und nach der Klagebehändigung das Haus gänzlich niedergeriſſen worden war. Damit war das Beſitzobjekt verſchwunden und das Obertr. erkannte, unter Vernichtung des erſten Erkenntniſſes, ganz richtig, daß nunmehr von einer Wiedereinſetzung in den Beſitz, d. h. von Verurtheilung des Vermiethers zur Wiederherſtellung des Hauſes und demnächſtiger Inbeſitzſetzung des Miethers in ſeine frühere Wohnung, nicht mehr Rede ſein könne, weil die frühere Wohnung nicht mehr vorhanden war. Die Sache war dadurch in einen petitoriſchen Entſchädigungsanſpruch umgewandelt worden. Erk. vom 19. Juni 1863 (Entſch. Bd. L, S. 57).

75) Ohne Aufgebung der Gewahrſam geht der Beſitz corpore nicht verloren; die Beſtimmungen beziehen ſich eben auf dieſen Fall des Verluſtes. S. die vor. Anm. Bei der Dereliktion trifft animus und corpus zuſammen, der animus allein bewirkt keine Dereliktion, aber er kann den Beſitz in eine Gewahrſam für einen beſtimmten Anderen verwandeln (§. 71). Erklärt ein Beſitzer, daß er eine Sache preisgebe (derelinquire), behält ſie aber in ſeiner Gewahrſam, d. h. in ſeinen verſchloſſenen oder doch Anderen unzugänglichen Räumen, ſo iſt nichts geſchehen; die folgende That (das Behalten) hebt die wörtliche Erklärung auf.

§. 119. So lange eine Sache sich noch an einem Orte befindet, von dessen Zugange der Besitzer Andere auszuschließen berechtigt ist, kann dieselbe nicht für verlassen angesehen werden.

§. 120. So lange die Merkmale, womit das Eigenthum einer in Besitz genommenen Sache bezeichnet zu werden pflegt, an der Sache noch kennbar vorhanden sind, kann nicht vermuthet werden, daß der vorige Besitzer dieselbe verlassen habe.

§. 121. Aber auch durch die Auslöschung des Zeichens allein wird der Besitzer des einmal ergriffenen Besitzes nicht entsetzt.

§. 122. Wenn ein Anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie[76]) Art (§§. 96—108) ergriffen hat; so hört der vorige Besitz auf[76a]).

§. 123. Soweit Jemand seinen Besitz einem Andern überträgt, hat er ihn für sich selbst verloren.

§. 124. Durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen Andern wird der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers fortgesetzt[76b]).

§. 125. Wer eine Sache für einen Andern inne hat, oder unvollständig besitzt, kann diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer neuen Besitzergreifung an sich haben. (§. 70.)

Insonderheit bei Rechten.

§. 126. Der Besitz des Rechts, von einem Andern etwas zu fordern, (eines affirmativen Rechts) geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert[77]), und der Andere sich dabei beruhigt[78]).

§. 127. Der Besitz des Rechts, etwas zu thun (eines negativen Rechts), hört auf, wenn der Andere den Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechts erworben hat[79]).

---

76) Vergl. o. die Anm. 61.

76a) (5 A.) Die Gewahrsam an einem frei zugänglichen Grundstücke geht verloren, sobald der Besitzer von demselben entfernt ist, denn das physische Vermögen, mit Ausschließung Anderer darüber zu verfügen (§. 1 d. T.), ist dann aufgehoben. Daher wird durch die auf fehlerfreie Art erfolgte Ergreifung des Besitzes eines solchen Grundstückes der bisherige Besitz eines Anderen aufgehoben und ein neuer Besitz erworben. Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß zum Verluste des Besitzes an Grundstücken durch Besitzergreifung eines Fremden das Bewußtsein des bisherigen Besitzers von dieser Apprehension erforderlich sei, ist im preußischen Rechte nicht wiederzufinden. Erk. des Obertr. vom 25. September 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 130).

76b) (4. A.) Das geschieht auch durch Handlungen des Pächters eines Grundstücks, welche sich auf die Erhaltung oder Fortsetzung des Besitzes von Rechten dieses Grundstücks beziehen; solche Handlungen kommen mithin bei der erwerbenden Verjährung dem Eigenthümer zu Statten, ohne daß es dazu eines besonderen Auftrages oder einer besonderen Anweisung desselben bedarf. Wenn aber der Pächter des herrschenden Grundstücks zugleich der Eigenthümer des dienenden ist, so ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, daß die von ihm vorgenommenen Handlungen in seiner Eigenschaft als Pächter, also für den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ausgeübt worden sind. In diesem Falle ruhet die Verjährung bis nach Beendigung der Pachtzeit. Erk. des Obertrib. vom 5. Juni 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 17). Vergl. o. Anm. 21.

77) Die Weigerung einer Korporation kann nicht durch einzelne Mitglieder, sondern nur durch den verfassungsmäßigen Beschluß derjenigen Personen, welche den Willen der juristischen Personen zu produziren haben, ausgesprochen werden.

78) Vergl. Tit. 9, §. 502 und das Pr. 882 in der Anm. 2 dazu.
(4. A.) Die Bestimmung des §. 126 ist bei der Ersitzung nicht anwendbar. Erk. des Obertr. vom 13. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 205).

79) Die Frage: ob der Besitz von negativen Rechten, z. B. einer Wegegerechtigkeit, nur durch Erwerbung eines entgegenstehenden Untersagungsrechts, oder auch schon durch bloße Entsetzung aufgehoben werde, ist gegenstandslos. Denn es ist vollkommen wahr, daß ein Eigenthümer, welcher dem bisherigen Servitutberechtigten die Servitut dergestalt abgewinnt, daß derselbe nicht mehr über das Grundstück gehen darf, dadurch kein selbstständiges Untersagungsrecht auf sein eigenes Grundstück erwirbt, sondern nur sein Eigenthum freimacht: folglich ist es auch wahr, daß er nicht den Besitz eines solchen wesenlosen Untersagungsrechts durch eine fehlerfreie Verhinderung der ferneren Ausübung des Wegerechts erwerben kann. Das verlangt aber der §. 127 auch nicht; er deutet vielmehr nur

§. 128. Der Besitz eines Untersagungsrechts geht verloren, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechts (des Rechts etwas zu thun) gesetzt hat.

§. 129. In sofern durch die Uebergabe von Sachen zugleich Rechte an einen Andern übertragen worden (§. 77), in sofern wird dadurch auch der Besitz des vorigen Besitzers aufgegeben.

§. 130. Uebrigens wird der einmal erlangte Besitz eines Rechts durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren[80]). (Tit. 9, Abschn. 9.)

§. 131. Der Besitz einer Sache oder eines Rechts, welcher einem Andern nur auf eine gewisse Zeit, oder unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden, hört mit dem Ablaufe der Zeit, oder mit dem Eintritte der Bedingung von selbst auf[80a]).

---

an, unter welchen Voraussetzungen das Unterlassen der Ausübung der Servitut den Verlust des Rechtsbesitzes bewirke, nämlich, wenn der Eigenthümer dem bisherigen Besitzer des Wegerechts das fernere Gehen ꝛc. untersagt, und dieser in Folge dessen davon absteht. §§. 86 u. 130 d. T. — (5. A.) S. auch oben, Anm. 53a, Abs. 2 zu §. 86 d. T.

80) Eine Ausnahme gilt bei Rechten, die nur zu gewissen Zeiten oder Gelegenheiten auszuüben sind: von diesen geht der Besitz durch nicht gerechtfertigte Nichtbenutzung einer Gelegenheit verloren. Tit. 9, §§. 651, 653, 654.

80a) (3. A.) Diese Bestimmung soll auch auf den Pachtbesitz anwendbar sein, dergestalt, daß der Verpächter befugt sein soll, den Pächter nach Ablauf der Pachtzeit aus dem Besitze zu setzen. In der Zusammenstellung der bei dem Obertr. angenommenen Grundsätze über das poss. summ. (J.M.Bl. 1854, S. 107) wird nämlich, nachdem der unbezweifelte Grundsatz: „mit der Beendigung des Rechts zum Besitze hört der Besitz an sich noch nicht auf", aufgeführt worden, gesagt: „Der — Grundsatz hindert jedoch den Verpächter nicht, einen Pächter, dessen Pachtzeit nach Inhalt des Vertrages abgelaufen ist, der Pacht zu entsetzen. Denn der Besitz einer Sache oder eines Rechts, welcher einem Anderen auf eine gewisse Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden, hört mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte der Bedingung auf. Auch wird ein solcher Besitz durch die fortgesetzte Gewahrsam nicht fortgesetzt (§§. 131, 132). Der frühere Besitzer ist alsdann bloßer Inhaber, und kann von dem, in dessen Namen er besitzt, nach §. 144 a. a. O. der Gewahrsam zu allen Zeiten entsetzt werden. Nur darf dies nicht mittelst einer dem §. 145 a. a. O. widerstreitenden Privatgewalt geschehen." Hingewiesen ist dabei auf die Erk. des Obertr. p. 23. April 1852, 23. Juni 1852 und 11. Febr. 1853. Diese Lehre und die dadurch gerechtfertigt sein sollende Rechtsanwendung ist irrig. Der Pächter ist nicht erst alsdann (am Ende der Pachtzeit) bloßer Inhaber, sondern er ist es von Anfang, denn er ist unvollständiger Besitzer und als solcher ist er Inhaber der Sache, aber wirklicher Besitzer seines Pachtrechts. §§. 6, 9. Der Gegenstand der Gewahrsam und der Gegenstand des Besitzes des Pächters sind ganz verschiedene Dinge. Soll nun die Eigenschaft des Pächters als Inhabers der Sache der Rechtsgrund sein, ihn eigenmächtig aus dem Pachtgute werfen zu dürfen; so muß dies nicht bloß erst nach Ablauf der Pachtzeit, sondern schon zu Anfang und zu jeder anderen beliebigen Zeit während der Dauer des Kontrakts geschehen können, folglich ist der Grund, da der Rechtsstand unbestritten ein anderer ist, unrichtig. Geht aber die Meinung dahin, daß alsdann (am Ende der Pachtzeit) der Pächter auch Inhaber des Pachtrechts würde, und der Verpächter wahrer Besitzer davon sei: so ist dies wieder offenbar unrichtig, da der Verpächter niemals sein eigener Pächter oder Besitzer des Pachtrechts seines Pächters sein kann, und von ihm auch diese juris quasi possessio nicht auf den Pächter übergegangen ist, da er selbst sie nie gehabt hat: der Pachtbesitz als Rechtsbesitz ist seitens des Pächters ursprünglich erworben; er ist nicht von dem Verpächter im Sinne des §. 131 auf ihn übertragen und der Verpächter kann niemals Besitznachfolger des Pächters werden, wie es ein Cessionar des Pachtrechts (Afterpächter) zu werden vermag. Die Bestimmung der §§. 131, 132 paßt mithin nicht auf den Pachtbesitz, sie bezieht sich auf den Stellvertreter oder auf den (bedingten oder betagten) Nachfolger des Besitzers in ebendemselben Besitze. (5. A.) Eine wiederholte Anwendung von seiner Lehre macht das Obertr. in einem Erk. v. 9. November 1863, wo zur Widerlegung der Entscheidungsgründe des kassirten ersten Erkenntnisses kein Wort gesagt wird. Es heißt, der vorige Richter habe außer Acht gelassen, daß bei erloschenem Besitze des Klägers als Pächters derselbe seiner Gewahrsam allerdings entsetzt werden durfte. Dabei wird auf jene Zusammenstellung S. 107 verwiesen. Was dagegen zu sagen ist, wird ignorirt. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 91.)

(4. A.) Von gleichem Werthe ist die Rechtsanwendung, welche das Obertr. in seinem Erk. vom 28. Sept. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 44) auf den Pfandbesitz eines nutzbaren Grundstücks macht. Die Theorie führt zur Beseitigung aller Kontraktsklagen auf Rückgewähr von zur Nutzung oder zum

§. 132. Auch durch die fortgesetzte Gewahrsam wird ein solcher Besitz nicht fortgesetzt.

§. 133. Soll die Fortsetzung der Gewahrsam diese Wirkung haben, so muß eine neue, mit den gesetzlichen Eigenschaften der Besitzergreifung versehene Handlung hinzukommen.

Wirkungen des Besitzes.

§. 134. Von dem Rechte zum Besitze ist das Recht des Besitzes selbst verschieden.

§. 135. Die Wirkungen des Rechts zum Besitze sind nach der Beschaffenheit des Titels, worauf der Besitz beruhet, zu bestimmen.

§. 136. Die Rechte des Besitzes aber hängen von der Beschaffenheit des Besitzes selbst ab.

Rechte und Pflichten des Inhabers und Besitzers.

§. 137. Der bloße Inhaber hat diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen, die Sache oder das Recht zum Besten dessen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten*).

§. 138. Wer eine Sache, ohne es zu wissen, in seiner Gewahrsam hat, überkommt erst, nachdem er Wissenschaft davon erhalten hat, die Pflichten eines Inhabers.

§. 139. Will er diese Pflicht nicht übernehmen, so muß er die Sache dem rechtmäßigen Besitzer zurückstellen, oder gerichtlich niederlegen.

§. 140. Er ist befugt und schuldig, den letzten Besitzer für den rechtmäßigen zu halten, so lange ihm nicht das Gegentheil nachgewiesen wird[80aa]).

§. 141. Gegen Gewalt muß jeder Inhaber[80b]) und Besitzer geschützt werden.

§. 142. Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersetzlichen Verlust abzuwenden.

§. 143. Unter gleichen Umständen kann auch der, welcher seiner Gewahrsam oder seines Besitzes mit Gewalt entsetzt worden, sich der in den Gesetzen erlaubten Selbsthülfe bedienen[81]). (Einleitung §§. 84, 85)[82]).

§. 144. Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen[83]).

---

Gebrauche auf Zeit oder unter einer Bedingung überlassenen Sachen. Das Possessorium ist nicht die zur Ausmachung des Streits über die Beendigung des kontraktlichen Rechtsverhältnisses in Form der Exception und der Replik geeignete Prozeßart. Das gedachte Erk. verordnet die Beweisaufnahme über den von dem Possessorien-Beklagten gemachten Einwand, daß die Forderung des Pfandnehmers (Klägers) durch die vieljährige Ausnutzung des ihm eingeräumten Torfstiches getilgt sei. Also soll das Possessorium den Rechnungs- und Desektatorienprozeß in sich aufnehmen! Das müßte einen Muster-Possessorienprozeß geben.

*) (4. A.) Vergl. unten Anm. 1 zu §. 162 d. Tit. und oben Anmerk. 16c zu §. 29, Tit. 6.

80aa) Diese Bestimmung hängt mit dem §. 138 zusammen, und hat mit dem Falle, wo Jemand auf Grund eines Kontrakts zur Gewahrsam einer Sache gelangt ist, durchaus gar nichts zu schaffen, kann also mit den §§. 68 und 69 ganz unmöglich in Widerspruch treten, was man, sehr unschuldig, als eine quaestio juris aufgeworfen hat.

80b) (3. A.) Auch der bloße Inhaber ist zur Possessorienklage befugt, indem der §. 144 nur demjenigen gegenüber gilt, in dessen Namen der Inhaber besitzt. Erk. des Obertr. v. 26. März 1852. (J.M.Bl. 1854, S. 101.)

81) D. h. gegen den Vergewaltiger. Diesem kann er die Sache eigenmächtig wieder abnehmen. Einem Dritten aber nicht. Hat also Jemand eine gestohlene Sache von dem Diebe erhalten, so darf der Bestohlene gegen diesen keine Privatgewalt anwenden. Pr. 1158 in der Anm. 57 a. E. zu §. 96 d. T.

82) Muß heißen: „Einleitung, §§. 77 u. 78." R. vom 5. Mai 1834 und vom 29. Dez. 1837. (Jahrb. Bd. XLIII, S. 445 u. Bd. L, S. 469.)

83) Der Verwalter, welcher auf Geheiß des Prinzipals nicht weichen will, kann von diesem durch Privatgewalt hinausgebracht werden; denn das Kontraktsverhältniß steht nicht im Wege, weil der Herr dasselbe zu allen Zeiten willkürlich aufheben kann, versteht sich mit Vorbehalt des Rechts des Verwalters auf Entschädigung, falls er ohne Grund entfernt worden. §. 408, Tit. 5. Pr. des Obertr. 1708, vom 24. Jan. 1846. Vergl. oben die Anm. 6 a. E. zu §. 5. — (4. A.) Auch wird vorausgesetzt, daß der Verwalter nicht ein Retentionsrecht an dem in seiner Gewahrsam befindlichen Gegenstande ausüben will. Unten, Anm. 38 zu §. 165, Tit. 14. Denn die Regel des §. 144 findet allerdings nur dann Anwendung, wenn und so lange der Inhaber seine Detention auf die Bewilligung seitens des Besitzers stützt und daraus herleitet; sie greift dagegen nicht Platz, sobald die beiderseitigen Befugnisse

§. 145. Doch darf auch ein solcher Besitzer einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört[83a]), oder ein Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, sich nicht bedienen.

Von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List heimlich oder

§. 146. Ist die Gewahrsam oder der Besitz, obigen[84]) Vorschriften zuwider, Jemandem[85]) mit Gewalt[86]) entnommen worden[87]), so[88]) müssen ihm dieselben,

---

koordinirt sind und der Inhaber durch Ausübung des ihm gesetzlich an sich zustehenden Zurückbehaltungsrechtes der Sache eine ihm selbstständig gebührende, mit dem Besitzrechte des Sachbesitzers in Kollision tretende Befugniß zu wahren bestrebt ist. Erk. des Obertr. v. 1. Juli 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 223 u. Entsch. Bd. XLVI, S. 49). Vergl. auch die Anm. 8 a. E. zu §. 395, Tit. 21.

(4. A.) Gegen den Inhaber, welcher sich eigenmächtig gegen den Willen des Besitzers in der ihm wieder abgeforderten Gewahrsam behauptet, kann auch, statt der Selbsthülfe, die Possessorienklage gebraucht werden, denn er entzieht dem Besitzer die Gewahrsam mit Gewalt im eigentlichen Sinne des §. 146. Erk. des Obertr. v. 12. Dez. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 40). Vergl. Anm. 80a, Abs. 2.

83a) (5. A.) Der Inhaber, welcher bloß Namens dessen, der ihn der Gewahrsam propria auctoritate entsetzt, die Sache inne hat, kann wider diesen keine Possessorienklage anstellen, wenn derselbe sich auch nicht in denjenigen Schranken gehalten hat, welche die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit erfordern; dieserhalb ist er nur dem Staate verantwortlich. Erk. des Obertr. v. 6. Juli 1863 (Entsch. Bd. L, S. 75). — Der Ehemann z. B. ist bezüglich der zum vorbehaltenen Vermögen der Ehefrau gehörigen Sachen nur als Inhaber anzusehen und darf seiner Gewahrsam von der Ehefrau ohne Weiteres entsetzt werden, welche bei etwaiger Verletzung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit nur dem Staate verantwortlich ist. Auch unter Eheleuten kann possessorisch gestritten werden. Erk. dess. v. 12. Juli 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 325).

84) Außer obigen Vorschriften kommen auch die polizeilichen (Ges. vom 11. Mai 1842, G.S. S. 192), und die Vorschriften über Expropriationen, sowie die Vorschriften wegen des Exekutionsrechts der Regierungen als Verwaltungsbehörden (§. 42 der V. v. 26. Dez. 1808 u. Reg.-Instr. v. 23. Okt. 1817, §. 11) in Betracht. Gegen polizeiliche Maßregeln (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 228), (selbst zur Entschädigung wegen Störung des Besitzes; denn Ersatz des Schadens kann nur im petitorischen Prozesse gefordert werden, Entsch. des Komp.-Gerichtsh. vom 12. Nov. 1859, J.M.Bl. 1860, S. 375), wenn auch ohne schriftliche Verfügung getroffen (Erk. des Obertr. v. 9. Juni 1852, J.M.Bl. 1854 S. 111 u. vom 14. Okt. 1861, Entsch. Bd. XLVI, S. 302), oder wenn auch die Anordnung an sich nicht gerechtfertigt sein sollte (Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 14. Nov. 1863, J.M.Bl. 1864, S. 42); gegen die polizeiliche Anordnung einer Festungsbehörde, durch welche das Betreten gewisser Bezirke der Festungswerke bei Strafe verboten wird (Entsch. des Gerichtsh. f. Kompetenzkonfl. vom 4. Juli 1863, J.M.Bl. S. 267); gegen unternommene Expropriationen (Erk. dess. vom 3. Mai 1856, J.M.Bl. S. 161); und gegen exekutorische Handlungen der Verwaltungsbeamten findet keine possessorische Klage statt. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 28. Dez. 1850 (J.M.Bl. 1851, S. 67, 68); und Rechtsf. Bd. I, S. 183. (5. A.) Possessorienklagen gegen polizeiliche Anordnungen sind also zwar unzulässig; es muß jedoch die Existenz einer polizeilichen Verfügung glaubhaft dargethan sein, um den Rechtsweg auszuschließen. Erk. dess. Gerichtsh. vom 10. Sept. 1864 (J.M.Bl. S. 397). Aus dem Seitens der Polizeibehörde ertheilten Baukonsense kann der gänzliche Mangel einer auf Störung des Besitzes gehenden Richtung der äußerlich als Turbation sich darstellenden Handlung des Bauenden nicht gefolgert werden. Erk. des Obertr. vom 30. Okt. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 175). (3. A.) Die Befugniß der Regierung nach §. 42, Nr. 4 der V. v. 26. Dez. 1808, einen Pächter nach abgelaufener Pachtzeit zu exmittiren, setzt ein Zeitpacht-Verhältniß voraus und findet bei Zeitemphyteusen nicht statt. Erk. des Gerichtsh. z. Entsch. der Kompetenz-Konfl. v. 3. Febr. 1855 (J.M.Bl. S. 108). Gegen sanitätspolizeiliche Verfügungen der Behörden ist eine Possessorienklage unzulässig. Erk. des Gerichtsh. z. Entsch. der Komp.-Konfl. vom 17. Febr. 1855 (J.M.Bl. S. 168). Gegen die Verfügung der Polizeibehörde, durch welche dem Eigenthümer eines Grundstücks die Wegräumung einer von ihm auf der Dorfstraße gepflanzten Hecke aufgegeben wird, ist der Rechtsweg unzulässig; sofern es sich dagegen um das Eigenthum an dem betreffenden Theile der Dorfstraße und an der darauf gepflanzten Hecke handelt, ist die Sache dem Rechtswege unterworfen. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 14. April 1855 (J.M.Bl. S. 187). Ebenso kann die Rückgewähr des in Folge polizeilicher Anordnung zur Fahrstraße verwendeten Grundeigenthums im Rechtswege nicht verlangt werden; dagegen ist über den Antrag auf Regulirung der verdunkelten Grenze ein Prozeßverfahren zulässig. Erk. dess. Gerichtsh. v. 12. Jan. 1856 (J.M.Bl. S. 78). So ist es auch mit dem durch eine von der Regierung festgesetzte Alignementslinie abgeschnittenen Grund und Boden. Erk. dess. Gerichtsh. vom 24. März 1849 und vom 24. Nov. 1855 (J.M.Bl. 1856, S. 50).

85) Diese Voraussetzung ist nicht vorhanden, wenn die gerügte Handlung zu einer Zeit geschehen ist, wo der bisherige Besitzer verstorben war, und sein Erbe den Besitz der einzelnen Sache, oder

ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wieder gegeben werden[88a]). bittweise entnommenen oder gestörten Besitzes.

---

der Erbschaft als ein Ganzes, noch nicht ergriffen hat. (Entsch. Bd. XVIII, S. 4.) S. auch Anm. 11 a. E. zu §. 14.

(5. A.) Auch unter Eheleuten kann possessorisch gestritten werden. Oben, Anm. 83a.

86) Ein jeder eigenmächtiger unbefugter Eingriff in das Eigenthum eines Anderen durch Ausübung der darin liegenden Befugnisse ist für eine gewaltsame Besitzstörung im Sinne dieser Vorschrift zu achten. Pr. des Obertr. 1565, v. 12. April 1845. Namentlich die Pfändung. Erk. des Obertr. vom 18. Mai 1849. S. auch die Anm. 83, Abs. 2 zu §. 144.

(3. A.) Es versteht sich, daß die Besitzklage unzulässig ist, wenn in die Handlung, welche als eine besitzstörende bezeichnet wird, auch nur mündlich gewilligt worden ist; da in diesem Falle von gewaltsamer, listiger, heimlicher oder bittweiser Störung oder Entziehung des Besitzes nicht Rede sein kann. Dennoch hat ein Gericht die Besitzklage für begründet erkannt, weil die Einwilligung nicht schriftlich ertheilt worden war. Diese Entsch. ist von dem Obertr. mit Recht vernichtet worden. Erk. v. 8. Juni 1855 (Entsch. Bd. XXXIV, 84). — (4. A.) Der Bergbauende z. B. darf sich allerdings nicht wider den Willen des Grundeigenthümers, ohne daß vorgängig von der kompetenten Behörde die Nothwendigkeit der zwangsweisen Abtretung eines Grundstücks ausgesprochen ist, in den Besitz des letzteren setzen, widrigenfalls sein Eingriff den §§. 146 ff., I, 7 unterliegt; allein diese Vorschriften können doch keine Anwendung finden, wenn die fraglichen Besitzhandlungen ohne Widerspruch und mit Beistimmung des Grundeigenthümers erfolgt sind; es ist dann keine Turbation vorhanden. Erk. des Obertr. vom 7. März 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 29). Vergl. Erk. vom 1. Dez. 1858 (Entsch. Bd. XLI, S. 358).

87) In wiefern der Besitz eines Rechts solchergestalt genommen und durch Besitzklage verfolgt werden kann, s. o. Anm. 8 zu §. 5 d. T.

(4. A.) Bei einer rechtmäßig geschehenen Ausübung des Besitzes kommt es nicht darauf an, inwiefern die bezügliche Handlung sonst und an sich als eine unerlaubte sich darstellt. Erk. des Obertr. vom 14. Oktober 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 23).

88) Also nur auf Grund einer gewaltsamen Entziehung, welcher die beiden anderen Formfehler (clam, precario) gleichgestellt sind. §. 147. Diese Fehler werden auch im §. 150 unter dem „Ungebühr" verstanden, wie das solchergestalt zeigt. Verschieden von diesen deliktsähnlichen Klagen ist die Klage aus dem redlichen Besitze (actio Publiciana). §. 161 d. T.

88a) (3. A.) In dem Umfange, in welchem der Besitz vor der Störung erweislich stattgefunden hat. Wer z. B. ein in gewisse Grenzen eingeschränktes Nutzungsrecht hat, kann, wenn er dieselben überschreitet und daran verhindert wird, auf Grund der Ausübung des Rechts innerhalb der gestatteten Grenzen eine Störung im Besitze außerhalb dieser Grenzen nicht behaupten; er muß die Ausübung des Rechts außerhalb der Grenzen beweisen, wonächst noch immer die Fehlerfrage offen ist. Erk. des Obertr. vom 27. Juni 1849 (J.M.Bl. 1854, S. 105). (5. A.) Es kommt jedoch im Possessorienprozesse bei der Frage, ob der Besitz fehlerfrei sei, lediglich auf den Erwerb desselben an. Erk. des Obertr. vom 26. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 68). Vergl. oben Anm. 64a zu §. 106. — (4. A.) Umgekehrt, wer im Besitze des Rechts ist, behufs bestimmter Zwecke, z. B. behufs Reparatur seiner Gebäulichkeiten, einen bisher unverschlossenen fremden Raum zeitweilig zu betreten, wird durch die von Seiten des Eigenthümers eigenmächtig erfolgte gänzliche Sperrung des Raumes, welche jede Betretung desselben von seiner Seite unmöglich macht und dergestalt unmittelbar in seinen Besitz eingreift, in diesem seinem Rechtbesitze gestört, wenn auch gegenwärtig das Bedürfniß zur Ausübung nicht vorhanden ist. Denn dieser Besitz würde durch eine solche Störung verloren gehen, wenn der Berechtigte sich dabei beruhigte. Deshalb kann er auf sofortige Beseitigung des Hindernisses possessorisch klagen. Erk. des Obertr. v. 7. Januar 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 51). (5. A.) Hiermit übereinstimmend hat das Obertr. in einem ähnlichen Falle schon früher erkannt: Die Verschließung eines auf dem, zur Kommunikation mit dem Hofe des Berechtigten dienenden Wege befindlichen, bis dahin nicht verschließbar gewesenen Schlagbaumes seitens des Eigenthümers enthält eine zum Possessorienprozesse berechtigende Störung des Besitzes des Ersteren auch dann, wenn demselben ein Schlüssel behufs Oeffnung des Schlagbaums übergeben worden ist. Erk. vom 23. Januar 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 271). — Im Widerspruch hiermit sagt das Obertr. wieder später: Die von einem Grundeigenthümer geschehene Anlegung eines verschließbaren Thorweges auf dem mit einer Fahrgerechtigkeit belasteten Wege und die Verschließung dieses Thorweges enthalten für sich allein noch keine Besitzstörung des Fahrwegsberechtigten. Vielmehr bedarf es dazu der bei Ausübung dieser Fahrgerechtigkeit stattfindenden Weigerung des Verpflichteten zur Oeffnung des Thorweges oder zur Uebergabe der Schlüssel. Erk. vom 25. Sept. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 131). Diese Entscheidung ist die richtige, weil Streitigkeiten über die Grenzen der Befugnisse eines Eigenthümers und eines Servitutsberechtigten in der Regel in petitorio auszutragen sind. — (4. A.) Die gegen die Erstreckung des

§. 147. Eben dieses findet statt, wenn Jemand die Sache[88b]) oder das Recht heimlich, durch List oder bittweise[89]), von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat.

§. 148. Vorstehende Rechte (§§. 446, 147) kommen demjenigen, welcher solchergestalt seines Besitzes zur Ungebühr entsetzt worden, nicht nur gegen den Entsetzenden und seine Theilnehmer[90]), sondern auch gegen deren Erben zu[90a]). (Tit. 6. §. 28 sqq.)

---

Besitzes eines Rechts über dessen bisherige Grenzen hinaus, gerichtete thätliche Abwehr ist als eine Besitzstörung nicht anzusehen. Pr. des Obertr. v. 1. Mai 1857 (Entsch. Bd. XXXVI. S. 29).

(4. A.) Der Possessorienklage kann sich auch ein Mitbesitzer gegen den anderen Mitbesitzer bedienen, wenn er dadurch Schutz gegen die gänzliche Ausschließung seines Mitbesitzes zu erlangen sucht. Erk. des Obertr. v. 13. Mai 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 49). Vergl. Abs. 2 der Anm. 4 zu §. 4, Tit. 17.

Der Verpächter ist zur Possessorienklage legitimirt, wenn sein Pächter in der Benutzung des gepachteten Gegenstandes gestört wird. Erk. des Obertr. v. 8. Dez. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 84).

Die Verfügung des Eigenthümers über die vermiethete Sache enthält nur dann eine Störung des Besitzes des Miethers, wenn Ersterer in Bezug auf die Gebrauchs- und Nutzungsrechte des Letzteren unmittelbar in dessen Besitzstand eingegriffen hat. Ob der Eigenthümer seine ihm dem unvollständigen Besitzer gegenüber verbliebenen Rechte überschritten habe, kann, nach der Meinung des Obertribunals, nur im Petitorienprozesse entschieden werden. Erk. v. 26. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 323). Hiergegen s. m. den Aufsatz von Stohn a. a. O. S. 365.

Kann ein Possessorienurtheil nicht vollstreckt werden, so kann der obsiegende Possessorienkläger sein Interesse wegen Nichtvollstreckbarkeit des Urtheils in Betreff des ihm entzogenen Besitzes liquidiren, doch nur in denselben Grenzen, in welchen er aus diesem Urtel Exekution nachzusuchen befugt war, mithin weder den Werth der Sache selbst, noch die entbehrten Nutzungen derselben. Erk. des Obertr. vom 11. Dez. 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 178).

Wem ein Wald zum Holzfällen übergeben worden, kann andere Besitzhandlungen, z. B. das Lehmgraben, nicht ausschließen, da sich sein animus sibi habendi darauf nicht erstreckt. Erk. des Obertr. v. 29. Nov. 1851 (J.M.Bl. 1854, S. 105). — Wenn aus den, auf einzelnen Theilen des Grundstücks vorgenommenen Handlungen zu schließen ist, daß der animus sibi habendi auf das Ganze gerichtet war, und wenn damit das physische Vermögen, über die ganze Sache ausschließlich zu verfügen, verbunden ist, so kann und muß angenommen werden, daß der Besitz des ganzen Grundstücks ergriffen worden, z. B. wenn der Besitznehmer einzelne Theile eines Grundstücks mit dem gedachten animus und physischen Vermögen bepflanzt hat. Erk. des Obertr. v. 9. Dez. 1853 (ebd.)

88b) (4. A.) Auch ein Wechsel ist als eine körperliche Sache Gegenstand des possessorischen Schutzes, gleichwie er auch vindizirt werden kann. (A. D. W.O. Art. 74.) Doch ist das in Frage gestellt worden. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1867 (Entsch. Bd. XXXV, S. 17).

89) Die bittweise Entziehung des Besitzes liegt nicht in der erbetenen Erlangung der Gewahrsam, sondern in der Verweigerung der Rückgabe der erbetenen Sache. (4. A.) Anerkannt von dem Obertr. in dem Erk. vom 5. Juni 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 351), und vom 12. Dez. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 41).

90) Wenn es sich nicht um den Ersatz eines aus der Störung des Besitzes erwachsenen Schadens handelt, sondern um Wiederherstellung des entzogenen oder um Schutz in dem gestörten Besitze, so läßt sich der possessorische Anspruch keineswegs unter allen Umständen gegen die individuelle Person des Turbanten richten; vielmehr im ersten Falle, bei geschehenen Entsetzungen aus dem Besitze, nur gegen denjenigen, welcher sich selbst und für sich in den Besitz einer Sache oder eines Rechts gesetzt hat, und bei Anstellung der Klage sich noch in solchem Besitze befindet (m. s. auch das Erk. des Obertr. v. 4. April 1856, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 50); in dem Falle bloßer Störung dagegen ist Bedingung der Besitzstörungsklage, daß die Handlung des Beklagten seine eigene sei, es sei nun in seinem Interesse, um den Besitz des Gestörten sich anzueignen, oder doch seine eigene Absicht, den Besitz des Anderen zu stören. Eine solche Absicht zum Stören ist aber alsdann gar nicht vorhanden, wenn der Störer die Handlung nur im Auftrage eines Anderen, und in dessen Interesse, ohne irgend ein eigenes Interesse, unternimmt; er ist alsdann gar nicht der eigentliche Störer. So sagt das Obertr. in den Gründen seines Pl.-Beschl. v. 2. April 1849. (S. o. Anm. 24 zu §. 46, Tit. 6.) Der Beweis dieser Behauptungen fehlt und ist aus juristischen Grundsätzen auch nicht zu führen; sie treten in Konflikt mit den ersten Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, welchen man dadurch zu heben vermeint, daß man dort in Abrede stellt, daß die Besitzstörungsklage zu den Deliktsklagen gehöre. (Entsch. Bd. XVIII, S. 16.) Damit sind jedoch die einmal anerkannten und thatsächlich feststehenden Rechtsinstitute nicht umzustoßen. (4. A.) In einem jüngeren Erk. v. 18. März 1857 sagt das Obertr., daß, wenn die gegen die Vorschrift des Machtgebers vom Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen eine Besitzstörung enthalten, der Machtgeber der desfalls gegen ihn selbst angestellten Klage die Einrede der

§. 149. Auch gehen diese Rechte auf die Erben des Entsetzten über.

§. 150. Alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder mit List entsetzt worden, kommen auch dem zu, welcher in seinem Besitze solchergestalt[91]) zur Ungebühr[92]) gestört wird[92a]).

---

mangelnden Passivlegitimation nicht entgegensetzen könne. Hier erscheint ja aber der Machtgeber gar nicht als Störer.

(4. A.) Der Besitzstörer kommt dadurch, daß er dasjenige Grundstück, als dessen Besitzer er die Besitzstörung gegen den Anderen unternommen hat, vor Anbringung der Possessorienklage verkauft, nicht aus der Sache. Erk. des Obertr. vom 12. Juli 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 319).

90a) (5. A.) Dem Bekl. steht der Einwand, der Kläger selbst habe den Besitz gegen seinen Vorbesitzer (einen Dritten in Beziehung auf den Bekl.) fehlerhaft ergriffen (exceptio ex jure tertii), nicht zu. Erk. dess. vom 12. Januar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 324).

91) Dieses Gesetz bezieht sich, wie man sieht, auf das interdictum retinendae possessionis, also auf die Besitzstörungen, welche nicht die Entziehung des Besitzes zur Folge haben. Dergleichen Störungen können nach R. R. nur durch Thätlichkeiten bewerkstelligt werden, doch genügt dazu schon die Androhung künftiger Thätlichkeiten, wie bei der Negatorienklage die bloße Behauptung eines Rechts. Das Obertribunal zwar ist anderer Meinung nach dem Pr. 1252, vom 16. Januar 1843: „Bloße mündliche Drohungen, eine Besitzstörung vernehmen zu wollen, enthalten für sich selbst noch nicht eine wirkliche Besitzstörung." (3. A.) Und eine Entscheidung v. 22. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 164) fordert zur Turbation ein thatsächliches irgend wie aktiv sich äußerndes Einschreiten, eine auf den äußeren Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde Handlung, so daß das, wenn auch schriftlich und unter eventueller Drohung von Thätlichkeiten erfolgte Bestreiten eines Rechts dahin zu rechnen sei. Damit stimmt jedoch nicht überein die jüngere Entsch. vom 20. Febr. 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 33), nach welcher ein Verbot des Fischens unter Androhung von Mißhandlungen eine wirkliche Besitzstörung sein soll. Das ist es in der That nach dem hier von mir vertretenen Grundsatze, keinesweges aber nach dem Grundsatze des Obertribunals. Doch soll nach dessen Meinung dieses allerdings zutreffen. Denn „der vorliegende Fall liegt anders (als jene beiden Fälle). Das Verbot ist an Ort und Stelle gegen die in der Ausübung des Rechts befindlichen Personen und unter Androhung von Mißhandlungen erfolgt. Die Fischer mußten daher annehmen, daß der Verklagte, wenn sie vom Fischen nicht abstanden, unmittelbar zu Thätlichkeiten schreiten und sie zwingen werde, dem Verbote Folge zu leisten. Der Verklagte hat sich demnach nicht bloß einer, ein künftiges Ereigniß betreffenden Drohung, wie die obengedachten Entscheidungen voraussetzen, sondern eines thatsächlichen Einschreitens gegen die in der Ausübung begriffenen Personen schuldig gemacht." Diese Beweisführung stellt durchaus nicht einen solchen Fall fest, welchen die Anwendung des von dem Obertr. behaupteten Grundsatzes voraussetzt; vielmehr verliert sich das Obertr. ganz und gar in die Durchführung des gegentheiligen Grundsatzes. Denn „ein thatsächliches Einschreiten" überhaupt genügt zur Begründung des Interdikts nach dem Prinzipe des Obertr. keinesweges, sonst würden ja bloße Worte und Mienen, die ja auch gegenwärtige Thatsachen, nicht ein künftiges Ereigniß sind, hinreichen, folglich würde keine grundsätzliche Meinungsverschiedenheit vorhanden sein; vielmehr soll das „thatsächliche Einschreiten" von bestimmter Beschaffenheit sein und eine gewisse Wirkung auf den Gegenstand äußern, nämlich: es sollen Thätlichkeiten, im Gegensatze von Worten, sein, es soll „eine auf den äußeren Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde Handlung" sein. Wo findet sich hier, in dem vorliegenden Falle, eine solche thätig einwirkende, den äußeren Zustand verändernde Handlung? Bloße Worte sind gefallen, weites ist nichts geschehen; folglich ist das Obertr. unversehens von seinem Prinzipe abgekommen. Das interdictum retinendae possessionis wird hiernach von ihm nicht gleichmäßig angewendet und nach seiner rechtlichen Natur nicht richtig gewürdigt. — Dieses besitzschützende Klagerecht ist aber für den Besitz ganz das Nämliche, was die Negatorienklage für das Recht, und die ungleiche Beurtheilung in der Begründung und Zulassung ist ein Verstoß gegen die juristische Logik. Dagegen sind intellektuelle Störungen durch Behauptung eines Rechts und Aeußerungen ohne Androhung von Gewalt niemals Besitzstörungen, und es ist auffallend, wie sich die Entscheidung des Obertr. v. 17. Febr. 1842 mit dem Beweise des Satzes, daß der Besitz durch Anstellung einer Klage nicht gestört werden könne, zu bemühen vermag. (Ulrich, Arch. Bd. XI, S. 420.) (4. A.) Ob eine Denunziation als eine Besitzstörung anzusehen sei, hängt davon ab, ob die Denunziation so angethan ist, daß der Besitzer ohne Possessorienklage sich nicht in seinem Besitze zu halten vermag, z. B. wenn der Besitzer eines Waldhütungsrechts wegen Hütens von dem Förster denunziirt und ihm ein Pfandgeld abgefordert wird; und der Strafrichter ihm auf den Einwand des Rechts eine Frist zur Ausführung desselben setzt. Würde dem Besitzer hier das possessorische Rechtsmittel nicht zugestanden, so müßte er sich zur Erlegung des Pfandgeldes verurtheilt und in Folge dessen aus dem Besitze gesetzt sehen. In solchem Falle ist also die Denunziation eine Turbation, gegen welche das possessorische Schutzmittel anwendbar ist. Pr. des Obertr. v. 20. Febr. 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 22). (5. A.) Ein analoger Fall ist folgender. Ein Grundbesitzer wurde über Ausübung einer seinem Grundstücke angeblich zustehenden Fahr-

gerechtigkeit über das Nachbargrundſtück von dem Eigenthümer des letzteren wegen Feldfrevels denunziirt. Auf dieſe Denunziation wurde ein Strafmandat an ihn erlaſſen, auf ſeinen Widerſpruch von dem Strafrichter das Verfahren ſuspendirt und er angewieſen, den Einwand zuſtehenden Rechts vor dem Civilrichter durchzuführen. Er hätte nun können die confeſſoriſche Klage in petitorio anwenden, er klagte jedoch poſſeſſoriſch wegen Turbation in ſeinem Beſitz. Dieſe Klage wies der Inſtanzrichter ab. Das Obertribunal dagegen erkannte konſequent die Beſitzſtörungsklage für zuläſſig in einem ſolchen Falle, wenn die Denunziation den Erfolg gehabt hat, den Beſitzſtand zu alteriren; dieſe Folge ſei, was der erſte Richter verkannt habe, entſcheidend. Erk. vom 24. April 1868 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 297). Anders iſt es, wenn die Denunziation durch Freiſprechung beſeitigt worden iſt, und hierauf wegen Beſitzſtörung geklagt wird: in dieſem Falle iſt die Poſſeſſorienklage zum Schutze des Beſitzes nicht mehr nöthig, weil es nun an der Beſitzſtörung fehlt. Vergl. Erk. des Obertr. vom 18. Sept. 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 271). In einem Erk. vom 16. Febr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 23) ſagt das Obertr.: die Denunziation wegen unbefugten Fiſchens enthalte keine Beſitzſtörung. Die Denunziation an ſich freilich nicht, ſo wenig wie eine Klage, aber es kommt auf die Folge an. Ebenſo wenig kann eine heimliche und liſtige Beſitzſtörung gedacht werden, und doch nimmt der §. 150 („ſolchergeſtalt") auch eine ſolche an, was den röm. Juriſten ganz unbekannt war. Vergl. aber Pr.-O. Tit. 31, §. 3.

92) Zur Ungebühr, d. h. durch irgend eine nach Beſchaffenheit des Falles nicht zuläſſige Privatgewalt oder Selbſthülfe (oder Androhung der Selbſthülfe), wenngleich dieſelbe nicht eine der beſtimmten fehlerhaften Formen der Beſitzergreifung annimmt. Vergl. den Rechtsfall in den Rechtsf. Bd. I, S. 178. So enthält z. B. eine im Intereſſe der Konſervirung des Kirchengebäudes einer Gemeinde von dem Vorſtande getroffene, allgemeine Maßregel (der Kirchenvorſtand hatte in dem Falle alle Kirchenbänke anſtreichen laſſen, und darunter auch eine erbliche, verſchloſſen gehaltene Kirchenbank des Beſitzklägers), welche auch auf eine, einen Theil des Gebäudes bildende, verſchloſſene erbliche Bank ausgedehnt worden, keine Turbation des Beſitzes im Sinne der §§. 146. Erk. des Obertr. v. 9. Juli 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 5 und J.M.Bl. 1854, S. 108). (4. A. Denn eine ſich als Ausfluß eines Rechts darſtellende Handlung darf nicht als Beſitzſtörung angeſehen werden. Erk. des Obertr. v. 30. Januar 1860, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 199). Eine ſich als Ausfluß eines Rechts darſtellende Handlung iſt es auch, wenn eine erlaubte Geſellſchaft ein Mitglied ausſchließt. Gegen dieſen Beſchluß kann der Ausgeſtoßene ſich nicht durch eine Beſitzklage ſchützen, ſondern es ſteht ihm nur frei, den Beſchluß ſelbſt als unrechtmäßig anzugreifen. (Th. II, Tit. 6, §§. 14, 44.) Ein Jude, welcher von ſeiner Religionsgeſellſchaft ausgeſchloſſen worden war, wollte dies dadurch umgehen, daß er ſich als Mitmiether des Synagogenlokals darſtellte und die Vorſteher, welche ihm den von ihm bisher innegehabten Sitz entzogen hätten, in poss. summ. belangte. Die Klage wurde abgewieſen. Ob der Störer, mit Hülfe des Richters, auf Grund eines Rechtstitels ſeinen Zweck hätte erreichen können, macht die Beſitzſtörungsklage nicht unwirkſam: der Einwand des Rechtes zum Beſitze iſt unzuläſſig; denn ein Jeder muß gegen unerlaubte Selbſthülfe geſchützt werden. Dieſer Rechtsſatz wird verletzt, nicht etwa der Satz, daß es bei Poſſeſſorienklagen nicht auf das Recht zum Beſitze, vielmehr lediglich auf den neueſten Beſitz ankomme (denn dieſes iſt eben nur eine prozeſſualiſche Frage in Folge jenes Rechtsſatzes), — wenn der Richter annimmt, daß der Störer zu der beſitzſtörenden oder beſitzentziehenden Handlung befugt geweſen ſei, weil er auf Grund eines Vertrages Sicherheit habe fordern oder der Verfügung des Geſtörten über die Sache habe Einhalt thun können. Pr. des Obertr. vom 10. Oktober 1848 in Sachen Wiener w. d. Wilke, $^{801}/_{1000}$ III, 48. Das Obertr. hat auch den Satz anerkannt, daß, wenn über die Frage zu entſcheiden: ob die Handlung, welche als beſitzſtörende bezeichnet wird, den Charakter einer Turbation darum nicht an ſich trage, weil ſie als Ausfluß eines Rechts ſich darſtelle, auch im Poſſeſſorienſtreite das Recht zur Vornahme jener Handlung der Beurtheilung unterzogen werden müſſe. Erk. vom 31. Januar 1853 (Entſch. Bd. XXV, S. 1). Dabei verſteht ſich, daß die Berechtigung zu der fr. Handlung nicht aus dem Rechte zum Beſitze hergenommen werden darf, ſondern aus einem Rechtsſtande, der in Uebung iſt, fließen muß; ſonſt würde ſie eine Beſitzergreifung, folglich Störung des Anderen enthalten. Die Frage über die Grenzen der Befugniſſe eines Eigenthümers und Servitutberechtigten, wenn nicht der Letztere ein Unterſagungsrecht gegen den Eigenthümer erworben hat, oder in ſeinem Beſitze unmittelbar geſtört wird, wie z. B., wenn einem Wegeberechtigten der Weg verſperrt wird (Ulrich, Arch., Bd. VIII, S. 286 und Erk. des Obertr. v. 5. Dezbr. 1860, Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 79), — kann in possessorio nicht ausgemacht werden; namentlich iſt das possessorium unzuläſſig, wenn z. B. der Eigenthümer eine Trift, auf welche ein Anderer ein Mitbehütungsrecht hat, mit Bäumen bepflanzt; wenn der Eigenthümer eine Forſtparzelle, in welcher ein Anderer ein Hütungsrecht hat, mit einem Wildzaune umgiebt, in demſelben jedoch Oeffnungen für den Eintritt des Viehes läßt; wenn der Eigenthümer die Eichelgräſerei ausübt, wo ein Anderer ein Hütungsrecht hat. Entſch. des Obertr. v. 9. Juli 1851, 14. Juli 1851, 26. Jan. 1852, 10. Februar 1851 (J.M.Bl. 1854, S. 102). Zu vergl. oben, Anm. 50 zu §. 81. — Im Poſſeſſorienprozeſſe kommt es nur auf den Beſitz, nicht auf die Formen der Erwerbung an. Pr. des Obertr. vom 18. Juli 1843 (Schleſ. Archiv Bd. V, S. 101).

(4. A.) Bei einer Fußwege-Gerechtigkeit über einen Acker ist vermöge des Servitutenbesitzes nichts weiter als die Ausübung der Servitut, im vorliegenden Falle also die Benutzung des Fußsteiges zum Darübergehen, vermöge des Eigenthumsbesitzes dagegen jegliche Benutzung, welche die Servitut nicht beeinträchtigt, ermöglicht. Wenn nun der Servitutsberechtigte den Fußsteig vertieft und terrassirt, und damit Handlungen übt, die nicht in das ihm nur gestattete Gehen über den Fußsteig fallen und darum als Eigenmacht erscheinen; so wird der Eigenthumsbesitzer dadurch in seinem Sachbesitze um so mehr turbirt, als sein Sachbesitz sich nicht darauf beschränkt, über jenen Steig nur gehen zu dürfen, ihm vielmehr, soweit er die Fußwegegerechtsame nicht schmälert, jede Benutzung des Steiges, also auch die gebührt, darüber hinweg mit Wagen oder Pflug zu ziehen. Erk. des Obertr. vom 10. Juni 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 57). Vergl. über den umgekehrten Fall unten die Anm. 20 zu §. 29, Tit. 22.

(5. A.) Ist der Taxwerth eines zu expropriirenden Grundstückes Seitens des Expropriationsberechtigten weder gezahlt noch deponirt, so bleibt der Eigenthümer berechtigt, gegen eine eigenmächtige Besitzstörung den gerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen, gleichviel, ob die besitzstörende Handlung vom Expropriationsberechtigten selbst, oder von einem Dritten ausgegangen ist. Erk. des Obertr. vom 20. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 108).

(5. A.) Wenn der nach dem bestehenden Pachtverhältnisse zur Vornahme von Hauptreparaturen verpflichtete Verpächter eine solche Reparatur vorgenommen hat und dieselbe vornehmen mußte, weil die Baufälligkeit des abgerissenen Theiles des Gebäudes die Reparatur erforderte und sonach die Handlung des Verpächters zur Verbesserung des Gebäudes gereicht hat, so kann diese Handlung nicht als eine Turbation angesehen werden. Auch wenn durch die Reparatur das Gebäude kleiner geworden, dem Pächter also ein Theil desselben entzogen worden ist, den er bis dahin mit oder ohne Möglichkeit der Benutzung mit besaß, so hat sich der Verpächter, der zu der Vornahme der Reparatur ja auch berechtigt war, doch keine Turbation zu Schulden kommen lassen, sondern schlimmstenfalls, wenn er die Reparatur nicht so ausgeführt, wie er hätte thun sollen, wenn er den abgerissenen Theil des Gebäudes hätte wieder herstellen müssen, das Pachtrecht des Pächters, aber nicht dessen Besitz verletzt, und kann ihm dafür im Petitorien-, nicht aber im Possessorienprozesse verantwortlich sein. Erk. dess. vom 2. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 124).

92*) (3. A.) Die Handlung erfordert, um Besitzstörung zu sein, die Absicht, den Besitz des Gestörten sich anzueignen, oder doch die Absicht des Handelnden, den Besitz des Anderen zu stören. Wer z. B. auf den an den Weg stoßenden Acker übertritt, weil die Passage durch Ueberschwemmung gehemmt ist, oder um einer entgegenziehenden Militärkolonne auszuweichen, will den Besitz des Herrn dieses Ackers gar nicht stören und stört ihn daher auch nicht. (Entsch. Bd. XVIII, S. 18; Rechtsf. Bd. VI, S. 294; J.M.Bl. 1854, S. 109.) (5. A.) Gleich wenig ist in dem Umstande allein, daß der Eigenthümer und Vermiether eines Hauses dasselbe ohne Zustimmung des Miethers betritt, eine rechtswidrige Turbation zu finden. Erk. des Obertr. vom 26. Juni 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 270). Auch in einer von dem Pfarrer einer katholischen Gemeinde erfolgten Aufrichtung eines Kruzefixes auf dem, zeither zur Beerdigung von Katholiken sowohl wie von Evangelischen benutzten, wenn auch sonst im Besitze der evangelischen Gemeinde befindlichen Kirchhofe kann eine solche turbatorische Absicht nicht gefunden werden, weil die zur Genügung eines religiösen Bedürfnisses Seitens des Pfarrers vorgenommene Handlung weder als auf Erwerb eines eigenen Besitzes, noch als auf die Beeinträchtigung des der evangelischen Gemeinde abzielend sich kundgiebt. Erk. dess. vom 11. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 185). — Dergleichen besondere Umstände, welche bei einer äußerlich sich als Turbation darstellenden Handlung dennoch die Besitzstörung ausschließen, begründen nur einen Einwand, müssen mithin von dem Beklagten behauptet und bewiesen werden. (J.M.Bl. 1854, S. 110.) Vergl. oben, Anm. 24 zu §. 46, Tit. 6. — (5. A.) Die Seitens des Eigenthümers eines Hofraums geschehene Anlegung eines unverschlossenen Thorweges zu demselben, enthält bloß deshalb, weil derselbe eine Belästigung des Wegeberechtigten erzeuge, ohne daß behauptet wird, daß die Ausübung der Wegegerechtigkeit vereitelt werde, keine Turbation im Rechtsbesitz; die Annahme einer Turbation in diesem Falle verstößt wider den Rechtsgrundsatz, daß über die Grenzen der Befugnisse eines Eigenthümers und eines Servitutsberechtigten in der Regel nur in petitorio zu entscheiden ist. Erk. des Obertr. vom 4. Januar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 46).

(4. A.) Die §§. 150, 151 setzen voraus, daß der Besitz, um dessen Schutz es sich handelt, noch besteht, insbesondere noch nicht rechtmäßig aufgehoben ist. Dieses Letztere aber ist geschehen, wenn in dem noch nicht rechtskräftig entschiedenen Petitorienprozesse der Richter das Appellationserkenntniß, wodurch dem Besitzer das Recht zum Besitze abgesprochen wird, durch Besitzentsetzung vorläufig vollstreckt. Hiergegen findet die Possessorienklage nicht statt. Erk. des Obertr. vom 7. März 1859 (Rechtsf. Bd. XLI, S. 64).

(4. A.) Der Eigenthümer kann, auch wegen Störung eines einzelnen im Eigenthume liegenden Rechts die Besitzstörungsklage erheben, ohne dieselbe auf den gesammten, also auch auf den nicht beeinträchtigten, Theil seines Sachbesitzes zu erstrecken. Daher kann z. B. der Eigenthümer des Grundstücks die Besitzstörungsklage auch auf den Schutz im Besitze des Rechts, das Grundstück zu befahren, richten. Erk. des Obertr. v. 19. Okt. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 36).

§. 151. Der Richter muß den Gestörten durch Androhung[92b]) verhältnißmäßiger Strafe gegen den Störer, und nöthigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung, gegen fernere Beeinträchtigungen schützen.

§. 152. Hat der Störer dem richterlichen Befehle schon einmal entgegen gehandelt, so kann er über dies zur Sicherheitsbestellung für künftige Beunruhigungen angehalten werden.

§. 153. Ein Gleiches findet statt, wenn wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß vorhanden sind, daß der Störer dem Andern für einen aus ferneren Beunruhigungen erwachsenden Schaden nicht sofort vollständige Genugthuung werde leisten können.

§. 154. Von vorstehenden Befugnissen (§§. 146—153) kann nur derjenige Gebrauch machen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich unmittelbar[93]) vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen[94]) Besitze befunden habe.

Was Rechtens sei, wenn der Besitz streitig ist.

§. 155. Ist der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft[95]), so hängt die Verfügung: wie es mit der streitigen Sache bis zur näheren Erörterung der gegenseitigen Rechte zum Besitze gehalten werden solle, von richterlichem Ermessen ab.

---

(4. A.) Die §§. 150 ff. schützen den Besitzer gegen Jeden, welcher ihn im Besitze stört, mag die Störung als mittelbare oder als unmittelbare Folge der Handlung eingetreten sein (§§. 8 ff.), wenn nur dieser Erfolg, obgleich erst künftig, alsdann aber als nothwendige Folge der Handlung selbst mit Sicherheit eintreten wird, ([5. A.] z. B. in Folge der Anlegung eines Stauwerkes in einem Flusse, durch welches die oberhalb belegenen Grundstücke der Gefahr der Ueberschwemmung ausgesetzt werden. Erk. des Obertr. vom 14. September 1863, Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 90.) Dagegen ist eine Handlung, deren künftige Folgen von der Einwirkung außer ihr liegender Umstände abhängig und deshalb noch ungewiß sind, als Besitzstörung nicht anzusehen. Erk. des Obertr. vom 2. Juni 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 126). Vergl. Erk. v. 8. Februar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 145). Jemand hatte Gruben, Gräben und andere Vertiefungen in der Nähe des Grundstücks des Klägers angelegt, welche die Versandung und Ueberschwemmung des klägerischen Grundstückes herbeigeführt hatten. Darauf bezieht sich der erste Satz. Derselbe Jemand hatte auch in der Nähe Sand aufgelagert, so daß dieser Sand auf das Grundstück des Klägers geweht werden konnte. Hierauf bezieht sich der Gegensatz. — (5. A.) Bei der Besitzstörung kommt es, auch in Ermangelung eines Untersagungsrechtes, auf den Ort, von dem die turbirende Handlung ausgehet, ganz und gar nicht an, vielmehr ist lediglich auf die Existenz und die Urheberschaft derselben zu sehen. Die Anlegung eines Grabens, durch welchen dem Bassin eines benachbarten Grundstücks Unreinigkeiten zugeführt werden, welche dessen seitherige ungestörte Benutzung beeinträchtigen, enthält eine Besitzstörung. Erk. des Obertr. v. 30. Oktober 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 54).

92b) (4. A.) Die Androhung geschieht im Possessorienurtheile auch ohne Antrag des Klägers. Erk. des Obertr. vom 28. September 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 164).

93) Der Beweis der Fortdauer des Besitzes bis zum Zeitpunkte der Besitzstörung ist in vielen Fällen schwierig. Man hat deshalb zu dem Satze der älteren Civilisten: olim possessor hodie possessor, Zuflucht genommen, der jedoch im Pr. R. manche Beschränkungen findet, z. B. Tit. 9, §§. 596, 597, 649 ff., und auch von den Neueren nicht mehr als praesumtio juris für das Gem. Recht anerkannt wird. Der dadurch veranlaßte Meinungsstreit ist durch den Pl.-Beschl. des Obertr. (Pr. 2063) vom 6. Novbr. 1848 (s. o. in der Anm. 71 zu §. 113) für die Praxis beigelegt. (4. A.) In Betreff des Besitzes eines Untersagungsrechts ist angenommen, daß zum Nachweise des zur Begründung der Besitzstörungsklage erforderlichen jüngsten Besitzes der Nachweis des früher erlangten Besitzes des betreffenden Untersagungsrechts nicht genüge, vielmehr der Beweis erforderlich sei, daß der Kläger sich unmittelbar vor der erfolgten Störung im ruhigen Besitze befunden habe. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 82).

Ueber die Verjährung der Besitzklage s. Pl.-Beschl. v. 29. März 1847 in der Anm. 5 zu §. 1, Tit. 31 Pr.O.

94) Den Gegensatz enthält der folg. §. 155. Darnach ist ein bis dahin vom Gegner nicht beunruhigter, d. i. ein solcher Besitz gemeint, der nicht schon von derjenigen Handlung, welche zur Klage Anlaß gegeben hat, zwischen dem Kläger und Beklagten streitig war. Vergl. auch das Pr. des Obertr. im Schles. Arch. Bd. V, S. 394.

(4. A.) Wenn eine zweite Besitzstörung lediglich eine Fortsetzung und Konsequenz der ersten bildet, so ist die Sache so anzusehen, als wenn beide gleichsam als Theile eines und desselben Aktes die im gegenwärtigen Prozesse gerügte Turbation darstellten; es kommt daher nur auf den ruhigen Besitz unmittelbar vor der ersten Störung an. Erk. des Obertr. vom 1. April 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 353 und Entsch. Bd. XLI, S. 72).

95) Nämlich in Beziehung auf den Beklagten. S. die vor. Anm.

§. 156. Bei der diesfälligen Bestimmung muß der Richter auf die allgemeinen Grundsätze von der Kollision der Rechte Rücksicht nehmen. (Einleitung §. 102 sqq.)[96].

§. 157. Sind die Umstände so beschaffen, daß aus dem einstweiligen Besitze des Einen dem Andern gar kein Schaden entstehen würde, so muß vorzüglich dieser im Besitz bis zum Austrage der Sache gelassen[97] werden.

§. 158. Außerdem muß der Richter darauf sehen: welcher von den streitenden Theilen dem Andern auf den Fall, wenn derselbe für den rechtmäßigen Besitzer erklärt würde, für den aus der Vorenthaltung des Besitzes entstandenen Schaden[98] gerecht zu werden, am besten im Stande sei.

§. 159. Ist für den obsiegenden Theil ein unersetzlicher Schade zu besorgen, wenn der Andere, bis zur endlichen Entscheidung, die Rechte des Besitzes ausüben sollte, so muß die Sache in gerichtliche Verwahrung[99] genommen werden.

§. 160. Ein Gleiches kann alsdann geschehen, wenn der Richter findet, daß aus der einstweiligen Einräumung des Besitzes an Einen Theil Gewaltthätigkeiten, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit in Gefahr setzen, entstehen dürften.

§. 161. Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechtes weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur in sofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat[100].

§. 162. Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern[1]. Verhältnisse zwischen dem Inhaber und dem, welcher ein Recht zum Besitze hat.

---

96) Muß heißen „§§. 95 sqq." R. v. 14. Juli u. v. 29. Dez. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

97) Vorausgesetzt ist mithin, daß beide Theile Besitzhandlungen ausgeübt haben und im Besitze zu sein behaupten.

98) Diese Schädenklage gründet sich lediglich in der Besitzstörung und ist materiell die Besitzklage, welche nicht bloß die Wiederherstellung des ruhigen Besitzes, sondern auch die durch Entziehung oder Störung des Besitzes verursachten Schäden zum Gegenstande hat. Nur das Possessorium als eine besondere Prozeßform ist nicht anwendbar. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Besitzstand bloß vorläufig auf Grund des §. 158 regulirt ist, gegen den in dieser Sache unterliegenden Theil. Pr. des Obertr. vom 30. April 1833 (Simon, Rechtsspr., Bd. III, S. 243).

99) Diese hat, je nach Beschaffenheit des Gegenstandes, die Form des Depositum oder der Sequestration.

100) Vergl. §§. 170 u. 176 d. T. Actio Publiciana Auch gegen den, welcher sich den Besitz eines negativen Rechtes (Servitut) auf die Sache anmaßt, kann der Besitzer unter der Voraussetzung, daß er auf die Sache ein jus potius als der Prätendent auf den Rechtsbesitz hat, mit dieser Klage negatorisch klagen und er hat, wenn ihm der Beklagte das Eigenthum bestreitet, diesem gegenüber nicht sein Eigenthum zu beweisen; es genügt zu seiner Legitimation, daß er sich im vollständigen Besitze befindet. Pr. des Obertr. 2008, vom 29. April 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 110.) Eben so kann er umgekehrt konfessorisch klagen und namentlich auch die s. g. gesetzlichen Servituten geltend machen. Unten Anm. 99a zu §. 140, Tit. 8. — Das Erforderniß des justus titulus, welches nach R. R. zur Begründung dieser Klage gehörte, fällt nach den Grundsätzen des A. L.R. bei allen Anwendungen dieses Klagerechts weg.

(4. A.) Eine Anwendung dieses Klagerechtes macht das Obertr. in dem Erk. vom 11. Juni 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 59 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 115). Die beiden Instanzgerichte hatten den Kläger abgewiesen, weil sie auf dessen Behauptung, daß der fragliche Teich, bevor derselbe von dem Beklagten trocken gelegt und dessen Tiefffläche in Besitz genommen wurde, stets als sein Eigenthum behandelt worden, nicht hatten eingehen wollen, indem darin die Behauptung einer stattgehabten Verjährung nicht zu finden sei. Das auf einem fehlerfreien Besitze beruhende Recht des Besitzes hatte also bei ihnen keine Anerkennung gefunden. Deshalb wurde das Appellationsurtheil vernichtet und die Verhandlung über jene Behauptung angeordnet.

1) Die §§. 162 u. 163 handeln von der Legitimation zur Klage auf Wiedererlangung der Sache außer dem Falle einer fehlerhaften Entziehung der Gewahrsam, also von dem Gebrauche der analogen Vindikation (actio Publiciana). Ob dem bloßen Inhaber die Klage zustehe, kommt auf die besondere Beschaffenheit des Falles an. Der Dieb, welcher doch auch ein Inhaber der gestohlenen Sache ist, kann die Sache, wenn er sie verliert, von dem Finder nicht abfordern. Tit. 9, §. 60. Der Stellvertreter ist sowohl als Beauftragter aus seinem Rechtsverhältnisse zum Besitzer zur Verfolgung der

§. 163. Sein Recht aber ist schwächer, als das Recht eines Jeden, der eine Befugniß zum Besitze nachweisen kann.

§. 164. Dem letzten Besitzer, von welchem er die Sache in seine Gewahrsam erhalten hat, ist er dieselbe auf dessen jedesmaliges Erfordern zurückzugeben befugt und schuldig.

§. 165. Wird die Sache bei ihm von einem Andern in Anspruch genommen, so muß er den, von welchem er die Sache überkommen hat, benennen, und den Ansprechenden an diesen verweisen.

§. 166. Unterläßt er dieses, so macht er sich sowohl gegen den Ansprechenden als gegen den, von welchem er die Sache in seine Gewahrsam erhalten hat, verantwortlich [2]).

§. 167. Weiß der Inhaber nicht, von wem die Gewahrsam der Sache auf ihn übergegangen sei [2a]), so muß er die Sache demjenigen, der sich gegen ihn als den letzten Besitzer ausweisen kann, verabfolgen.

§. 168. Findet er die Legitimation zweifelhaft, so muß er, bei erfolgendem Anspruche, die Sache zur gerichtlichen Verwahrung und Ausmittelung des letzten rechtmäßigen Besitzers abliefern.

Zwischen dem vollständigen und unvollständigen Besitzer.

§. 169. Der unvollständige Besitzer ist, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer, zu weichen schuldig.

§. 170. In eben dem Maße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden [3]) anzutragen berechtigt.

§. 171. Soweit aber derjenige, von welchem sein Besitzrecht herrührt, ihm selbiges zu verleihen nicht befugt war, muß er dem weichen, der gegen diesen ein besseres Recht ausgeführt hat.

§. 172. Wenn das Recht desjenigen, welcher ihm sein Besitzrecht verliehen hat, erloschen ist, so muß der unvollständige Besitzer dem weichen, auf welchen das Eigenthum oder vollständige Besitzrecht übergegangen ist.

§. 173. Doch kann Niemand, der einem Andern ein unvollständiges Besitzrecht eingeräumt hat, zum Nachtheil desselben sein eigenes Recht einem Dritten übertragen.

§. 174. Auch der unvollständige Besitzer muß, wenn nicht sein Besitzrecht, sondern die Sache selbst bei ihm in Anspruch genommen wird, wegen Benennung desjenigen, von welchem er sein Besitzrecht erhalten hat, die Vorschrift §. 165 beobachten.

Zwischen dem vollständigen Besitzer und Eigenthümer.

§. 175. Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig.

§. 176. Gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers [4]). (Tit. 15.)

---

ihm entkommenen Sache legitimirt, als auch für seine Person zur Gewahrsam, jedem Dritten gegenüber, berechtigt, und kann sowohl die Klage aus dem Besitzrechte des Prinzipals, als aus seiner eigenen Berechtigung zur Gewahrsam die ihm zustehende Abforderungsklage gebrauchen. Denn wenn er gleich dem Prinzipale gegenüber nur eine Verpflichtung zur Bewahrung (Gewahrsam) der Sache hat, so ist er doch einem jeden Dritten gegenüber berechtigt, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. (§. 137 d. T.) (4. A.) Vergl. oben Anm. 17 c zu §. 29, Tit. 6.

2) Vergl. Pr.-O. Tit. 17, §. 34 und die Anm. 22 dazu.

2a) Z. B. bei angeschwemmten Sachen.

3) Mit der actio Publiciana. S. oben die Anm. 100 zu §. 161. Die §§. 171—173 bestimmen sein dingliches Klagerecht näher.

4) S. o. Anm. 100. Es versteht sich, daß in allen diesen Fällen, wo von der actio Publiciana, die lediglich auf den Besitz gegründet ist, Anwendung gemacht wird, der Possessorienprozeß nicht stattfindet.

(4. A.) Der vollständige redliche Besitzer einer Sache, die bei einem dritten Inhaber als dessen Eigenthum abgepfändet wird, kann mittelst der s. g. Interventionsklage die Freigebung derselben fordern und durchsetzen, ohne daß er den Beweis des Eigenthums seines Auktors zu führen hat. (Actio Publiciana.) Erk. des Obertr. vom 19. September 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 218).

§. 177. Alles Vorstehende (§§. 169—176) gilt nur auf den Fall, wenn der Besitz redlich ist. Verhältnisse des redlichen und unredlichen Besitzers.

§. 178. Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen.

§. 179. Jeder[4a]) Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich.

§. 180. Er ist also, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig[5]).

§. 181. Die Vermuthung, daß Personen und Eigenthum frei sind[5a]), überwiegt jedoch die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

§. 182. Wenn also auch Jemand in dem Besitze, die Freiheit oder das Eigenthum eines Andern einzuschränken, sich befindet, so muß er dennoch sein Recht zu diesem Besitze angeben und nachweisen[6]).

§. 183. Von dieser Regel findet aber eine Ausnahme statt, in sofern besondere Gesetze dergleichen Einschränkungen gegen Personen eines gewissen Standes ausdrücklich begründen. (Th. II, Tit. 7, Abschn. 3)[7]).

---

4a) (4. A.) Jeder gegenwärtige wirkliche und auch unvollständige Besitzer nämlich, nicht etwa auch ein voriger Besitzer, der wider den gegenwärtigen Besitzer mit Eigenthumsansprüchen auftritt. Die durch den §. 179 gegründete Vermuthung bezieht sich auf die Stellung des Beklagten im Vindikationsprozesse; der Kläger kann seine Klage nicht bloß auf die Vermuthung des §. 179 gründen. Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 156, und, in Betreff des unvollständigen Besitzers, Erk. des Obertr. v. 16. Juli 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 329).

5) Hieraus folgt nicht, daß die Vindikationsklage durch die Behauptung eines unredlichen Erwerbes auf Seiten des beklagten Besitzers begründet werden müsse und durch den Beweis derselben bedingt sei. Der Vindikationskläger hat durch den Beweis seines Eigenthums den vollständigen auch redlichen Besitzer vollständig überwunden. §§. 175—177 d. T. und §§. 1 ff., Tit. 15. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 300.

(4. A.) Der Besitzer kann weder nach preußischem noch nach gemeinem Rechte mit der Diffamationsklage belangt und zur Klage provozirt werden. Das findet nach preußischem Rechte auch auf den Rechtsbesitz Anwendung. Pr. des Obertr. 647, vom 9. April 1839 (Präj.-Samml. I, S. 253); vom 15. Januar 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 331); vom 13. Februar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 349).

5a) Unten, §. 23, Tit. 8 und §. 14, Tit. 19.

6) Hiermit ist ein Meinungsstreit unter den Civilisten jener Zeit über die Beweislast für die richtige Meinung entschieden. Die gedachte Vermuthung (der Satz gehört der Vermuthungstheorie über die Beweislast an, welche durch das ganze L.R. herrscht) entbindet den Eigenthümer von der Beweislast, wenn ein Anderer ihm gegenüber das Recht geltend macht, das Eigenthum einzuschränken, selbst dann, wenn der Prätendent der Einschränkung sich im Besitze des einschränkenden Rechts befindet, und zwar ohne Unterschied: ob der Besitzer (Eigenthümer) der Sache Beklagter oder Kläger ist, also auch bei der in Form einer uneigentlichen Rekonvention angestellten Negatorienklage, mittelst welcher Befreiung von Einschränkungen des Eigenthums, insbesondere von Reallasten und Abgaben in Anspruch genommen wird. Pr. des Obertr. vom 6. Oktober 1847. (Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 452.) Nach einer naturgemäßen Auffassung des Eigenthums und der Einschränkungen des Eigenthums bedarf es hierzu der Hülfe einer Präsumtion nicht; denn das Eigenthum beherrscht die Sache in ihrer ganzen Totalität; wer also das Eigenthum eines qualitativen Absplisses davon (eines einschränkenden Rechts) behauptet und dem Besitzer der Sache abfordert, muß nach den Grundsätzen über die Vindikation (actio confessoria) den Beweis ebenso führen, als wenn Jemand die ganze Sache vindizirt. (4. A.) Daher braucht der Negatorienkläger zur Begründung seiner Klage nur sein Eigenthum oder auch nur seinen vollständigen Besitz zu behaupten und zu beweisen, selbst dann, wenn der Beklagte im Rechtsbesitze der sich angemaßten Servitut possessorisch geschützt worden ist. Vgl. Erk. des Obertr. v. 5. Januar 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 112) und v. 27. November 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 326). — Eine Ausnahme macht der §. 183 in Beziehung auf solches Eigenthum, welches ursprünglich nur unvollkommen erworben worden ist.

7) Es ist die Frage: ob diese Ausnahme nicht bloß von Rechten, welche die persönliche Freiheit einschränken (Unterthänigkeit), handele. Dann ist sie durch die §§. 11 und 12 des Ed. v. 9. Oktober 1807 unzweifelhaft aufgehoben. Aber auch, wenn man sie auf den bäuerlichen Grundbesitz und auf die grundherrlichen Rechte der Gutsherren gegen (frühere) Unterthanen bezieht, muß ein Gutsherr, der ein solches unvollkommenes Eigenthum des Hintersassen und ein daraus fließendes einschränkendes Recht behauptet, doch den Besitz des behaupteten Rechts, der ausnahmsweise den Besitzer des

§. 184. Weiset Jemand nach[7a]), daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben[8]) verbunden.

§. 185. Dem Richter muß die Angabe des Besitztitels in allen Fällen, wo er selbige zur Aufklärung streitiger Thatsachen nöthig findet[9]), ohne Rückhalt geschehen.

§. 186. Wer in den Fällen des §. 184, 185 die Angabe seines Besitztitels beharrlich verweigert, ist für einen unredlichen Besitzer zu achten[10]).

§. 187. Dagegen wird durch diese Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels, die für die Rechtmäßigkeit des Besitzes selbst streitende Vermuthung noch nicht aufgehoben[11]).

Insonderheit bei Raumung des Besitzes. 1) von einem vollständigen redlichen Besitzer.

§. 188. Der redliche Besitzer muß dem wahren Eigenthümer die Sache in dem Stande, in welchem sie sich wirklich befindet, zurückgeben.

§. 189. Alle während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen und genossene[11a]) Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers[12]).

---

Grundstücks den Beweis des vollkommenen (freien) Eigenthums aufbürden würde, beweisen, insofern nicht feststeht, daß derartige Beschränkungen und Belastungen für diesen Distrikt und alle in demselben belegenen Grundstücke, oder doch für diese Klasse derselben nach gesetzlicher Vorschrift (Urbarien, Zinsregister, Ortsverfassung ꝛc.) zum Vortheile der Gutsherrschaften bestehen. Erk. des Obertr. v. 4. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 295). Vergl. Entsch. Bd. XV, S. 453.

7a) (4. A.) Damit ist je nach der Lage des Prozesses eine bloße Bescheinigung oder eine prozeßmäßige Beweisführung in Betreff der Thatsachen, welche zur Begründung der Klage behauptet werden müssen, gemeint. Eine bloße Bescheinigung unter allen Umständen führt im ordentlichen Prozesse nicht zum Ziele. Daß hier nur von einer bloßen Bescheinigung die Rede sei, ist auf Grund der Dekl. vom 23. Mai 1785, §. XIII (Rabe, Bd. XII, S. 231, auch abgedruckt in den Ergänzungen Bd. II, S. 274) und des §. 124, Tit. 51, Th. I der A. G.O. behauptet worden. v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 160, Note l. Die erste Stelle bezieht sich gar nicht auf ein gerichtliches Verfahren, sondern auf das Verhalten des Kreditinstituts, bei welchem die Entwendung eines Pfandbriefs ꝛc. angezeigt wird. Wenn die Anzeige bescheinigt ist oder von einem bekannten sicheren und glaubwürdigen Manne gemacht wird, der Präsentant aber eine unbekannte oder gar verdächtige Person ist; so soll die Kreditanstalt das Geld und den Pfandbrief an das Gericht abliefern und dem ansprechenden Eigenthümer die weitere Ausführung seines Rechts gegen den Präsentanten überlassen. Hierdurch wird über die Beschaffenheit des Beweises in dem Prozesse gar nichts entschieden. Der §. 124 der A. G.O. schreibt vor, was Jemand bescheinigen soll, welcher einen vernichteten oder verlorenen Pfandbrief amortisiren lassen will. Daß es zur Begründung einer solchen Provokation bei einer bloßen Bescheinigung bewenden muß, versteht sich von selbst, weil es zu einem förmlichen Beweisverfahren wegen Mangels einer Gegenpartei gar nicht kommen kann. Darum ist jedoch v. Savigny's Meinung an sich nicht verwerflich, es kommt nur auf die rechte Beziehung an. Für das vorbereitende Verfahren, auf welches auch die angeführten Vorschriften zielen, ist sie ganz zutreffend; aber wenn es demnächst zum kontradiktorischen Prozesse kommt, ist ein förmliches Beweisverfahren ganz unvermeidlich. Vergl. m. Anleitung zum preuß. Civilprozesse, Th. II, §. 10.

8) Und, wo nöthig, zu beweisen; denn es soll auch hierdurch, wie im Falle des §. 183, die Beweislast geordnet werden. Der frühere Besitzer hat zur Begründung der Abforderung seiner Sache genug gethan, wenn er seinen gehabten Besitz und den fehlerhaften Verlust beweiset; will der Andere den Anspruch entkräften, so muß er einen dazu geeigneten Erwerb excipiren und beweisen. Dies ist das Prozeßmäßige. Auf Grund des Ausdrucks „anzugeben" hält jedoch eine Meinung dafür, daß die simple Angabe genüge, wodurch jedoch im Prozesse die Sache nicht weiter kommt. Vergl. unten, Anm. 38 zu §. 34, Tit. 15.

9) Diese Vorschrift hängt mit der Untersuchungsmaxime des alten Prozesses zusammen.

10) Diese Vorschriften §§. 185 und 186 finden nur auf eine solche Partei Anwendung, die sich zur Zeit der angestellten Klage noch im Besitze der Sache wirklich befunden hat; keineswegs aber kann die richterliche Aufforderung zur Angabe des Besitztitels wider einen ehemaligen Besitzer der Sache mit der im §. 186 ausgesprochenen rechtlichen Wirkung erfolgen. Pr. des Obertr. 829, v. 8. Febr. 1840.

11) Das bezieht sich auf die Zeit vor Insinuation der Klage. Von da an kommt der Grundsatz §. 222 zur Anwendung.

11a) (4. A.) Die Beschränkung des Fruchterwerbes des redlichen Besitzers auf den Fall der Perzeption und des Genusses der Früchte bezieht sich lediglich auf das Rechtsverhältniß des redlichen Besitzers zu dem wahren Eigenthümer und kann deshalb auf das Verhältniß des Ersteren zu dem unberechtigten Dritten nicht angewendet werden. Der redliche Besitzer, insbesondere auch eines Nutzungs-

§. 190. Er darf den Werth davon dem Eigenthümer nicht erstatten, selbst wenn er dadurch im Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet [13]). a) in Ansehung der Nutzungen und Früchte.

rechts, ist dem Nichteigenthümer und völlig unberechtigten Nutzungsprätendenten gegenüber als Besitzer im Sinne des §. 221, Tit. 9, und daher schon bei dem Entstehen der Früchte als deren Eigenthümer anzusehen und als solcher gegen den dritten Beschädiger der noch ungetrennten Früchte zur Klage auf Schadenersatz legitimirt. Erk. des Obertr. v. 10. Oktober 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 198). In einem früheren Falle hat das Obertr. durch Erk. v. 9. Oktober 1849 (ebd. S. 210 ff.) eine andere Meinung geltend gemacht.

12) Ueber die landrechtliche Theorie vom Fruchterwerbe des redlichen Besitzers giebt Suarez bei der Schlußrevision folgende Aufschlüsse:

„Das Neue in dieser Theorie von fructibus besteht eigentlich darin:

1) daß de jure rom. der possessor bon. f. die fructus exstantes non usucaptos herausgeben mußte, hier aber der redliche Besitzer alle fructus perceptos der früheren Jahre behält;
2) daß das Römische Recht in Ansehung des letzten Jahres mit dem Tage, da der possessor b. f. per litis contestationem in malam fidem versetzt worden, streng abschneidet; das Gesetzbuch hingegen die fructus ultimi anni, bei nutzbaren Grundstücken zwischen dem Besitzer und Eigenthümer pro rata temporis theilt.

Ad 1 streiten für die neue Theorie folgende Gründe:

a) der Grund, warum der redliche Besitzer die fructus consumtos nicht hergeben darf, liegt darin, weil ihn die Gesetze als dominum temporarium betrachten, qui fructus percipiendo suos reddit, cf. l. 28 D. de usur. Geschieht nun die Zueignung der Früchte durch die Perzeption, so kann es keinen Unterschied machen, ob die einmal perzipirten Früchte schon verzehrt, oder noch vorhanden sind.
b) Wenigstens in Ansehung der fructuum industrialium et civilium behaupten viele Rechtslehrer, daß dieselben, auch wenn sie noch vorhanden sind, dem redlichen Besitzer verbleiben.

Cocceji in jure controv. Lib. V, Tit. I, qu. 10.

c) Nimmt man dies an, so enthält es einen reichen Stoff zu Streitigkeiten: was für fructus unter die naturales und industriales gehören.
d) Ebenso giebt die Berechnung der von den Früchten abzuziehenden Hebungskosten, wenn sie auf mehrere Jahre zurückgehen soll, zu spinneusen und kostbaren Prozessen Anlaß.
e) Nach der Lehre des Römischen Rechts ist der liederliche Besitzer, der die Früchte, sobald er sie erhoben hat, verzehrt und durchbringt, gegen den guten Wirth avantagirt. Das ist unmoralisch.
f) Ueberhaupt verdient der Besitz, sobald er redlich ist, mehr Begünstigung und Schonung, als ihm das Römische Recht widerfahren läßt. Wer bona fide und justo titulo eine Sache an sich gebracht, und sie eine lange Reihe von Jahren hindurch als sein Eigenthum besessen hat, ist schlimm genug daran, wenn er die Sache dem wahren Eigenthümer, der vielleicht aus Sorglosigkeit in so langer Zeit sich um das Seinige nicht bekümmert hat, restituiren muß. Es wäre auffallend hart, wenn er die durch seine Mühe und seinen Schweiß erworbenen oder gewonnenen Früchte dem sorglosen Eigenthümer mit herausgeben müßte, bloß weil sie zufälliger Weise noch in natura vorhanden sind.

Ad 2 streiten für die neue Theorie folgende Gründe: Bei Landwirthschaften lassen sich Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunktes gar nicht gedenken, sondern nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre kann bestimmt werden, was das Gut in diesem Jahre getragen habe. Nach der Römischen Theorie hängt es bloß vom Zufalle ab, zu welcher Zeit der Besitzer durch Insinuirung der Citation in malam fidem versetzt wird, und ob er darnach viel oder wenig fructus restituiren soll. Es kann sich sonach treffen, daß er alle Lasten und Unglücksfälle der Wirthschaft getragen hat, und von den fructibus wenig oder gar keinen Nutzen zieht. Umgekehrt kann aber auch der Eigenthümer sehr leiden, wenn die Räumung in einem Zeitpunkte geschieht, wo alle Nutzung schon eingezogen und verzehrt und doch noch große Ausgaben und Lasten zu tragen sind. Die genaue Bestimmung des Zeitpunktes, wenn die verschiedenen Arten von Nutzungen, besonders fructus industriales et civiles eigentlich fällig sind, erfordert viele und weitläuftige in ein großes Detail gehende gesetzliche Vorschriften, bei deren Anwendung Streitigkeiten und Prozesse sehr häufig entstehen können. Hingegen wird durch die im Gesetzbuche angenommene Theorie die Sache ausnehmend simplifizirt." (Jahrb. Bd. XLI, S. 8.)

Hiernach ist es klar, daß der redliche Besitzer nicht bloß die genossenen (consumtos), sondern die gewonnenen Früchte (fructus perceptos) eigenthümlich erwirbt.

(4. A.) Wegen der, aus den §§. 189 ff., 223 d. T. in Verbindung mit dem §. 63, Tit. 23 der Proz.-Ordnung sich ergebenden accessorischen Natur des Fruchtanspruches können während des Prozesses um die Hauptsache, auf den nämlichen Klaggrund, die Früchte derselben nicht in einem besonderen Prozesse gefordert werden; der Einwand der Litispendenz schließt diese besondere Klage aus. Erk. des Obertr. vom 15. September 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 18).

13) Diese Vorschrift findet auf das Verhältniß der Benefizialerben zu den Erbschaftsgläubigern

§. 191. Hat er aber Nutzungen, die in Zukunft erst fällig sind, zum voraus erhoben, so muß er dieselben in soweit [14]), als ihr Verfalltag erst nach dem Ende der Redlichkeit seines Besitzes eintritt, dem Eigenthümer herausgeben.

§. 192. Bei Kapitalien und andern nutzbaren Rechten werden die etwa noch rückständigen Zinsen und Nutzungen nach dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt.

§. 193. Bei beweglichen [14a]) nutzbaren Sachen gehören dem Besitzer alle Früchte, die während der Redlichkeit seines Besitzes von der Substanz abgesondert worden.

§. 194. Insonderheit gehört ihm das junge Vieh, sobald selbiges von dem Leibe der Mutter getrennt ist.

b) insonderheit bei nutzbaren Grundstücken,

§. 195. Bei Landgütern, Häusern [15]) und anderen nutzbaren Grundstücken behält der redliche Besitzer alle und jede Früchte und Nutzungen vorhergehender Wirthschafts-

---

keine Anwendung. Tit. 9, §§. 443, 444. Dem Benefizialerben kommen mithin hinsichtlich der Nutzungen die Vortheile eines sonstigen redlichen Besitzers nicht zu Statten. (Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 473.)

14) In soweit. Also pro rata temporis nach dem von Suarez ausgesprochenen Prinzipe (Anm. 12), nicht ganz und ungetheilt. Darüber ist Meinungsverschiedenheit.

14a) (2. A.) Bei unbeweglichen nutzbaren Sachen aber können auch unabgesonderte Früchte dem Besitzer zu Gute kommen, namentlich auf dem Stamme verkauftes angeschlagenes Holz, oder auf dem Halme verkaufte Früchte, wenn sie dem Abkäufer symbolisch oder durch Anweisung an Ort und Stelle überwiesen worden sind. Suarez bemerkt nämlich zu §. 42, Tit. 7 des ersten Entwurfs (Simon, Zeitschr. Bd. III, S. 133): „Die bloße Bezeichnung ohne Widerspruch, z. B. bei Bäumen im Walde, bei Holze im Wasser u. s. w., ist noch keine Besitzergreifung. Wenn sie aber auf vorhergegangene Anweisung geschieht, so geht alsdann allerdings der Besitz über." Was zur Besitzergreifung gehört, welche „auf vorhergegangene Anweisung geschieht", ist freilich nicht gesagt, und es steht nichts im Wege, der Natur der Sache gemäß anzunehmen, daß die Besitzergreifung eben in der Wegnahme der „Bäume im Walde" bestehe, mithin der Besitz, dessen Ergreifung die „Anweisung" erlaubt und dadurch rechtlich möglich macht, doch eher nicht wirklich erworben sei, als bis der Erwerber den Gegenstand in seine körperliche Gewahrsam gebracht habe. Die Praxis des Obertr. hat aber angenommen, daß der Besitz von stehenden Bäumen durch symbolische Uebergabe, namentlich vermittelst Anschlages mit dem Forsthammer, selbstständig und mit Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten (das ist das Punktum) erlangt werden könne. (Entsch. Bd. XI, S. 201.) In den Motiven ist mancher Rechtsirrthum. — Vergl. oben, Anm. 79 zu §. 106, Tit. 2.

15) Man ist verschiedener Meinung darüber, ob die Bestimmung dieses §. und die damit in Verbindung stehenden folgenden Bestimmungen auf Häuser überhaupt, oder nur auf solche städtische Grundstücke zu beziehen, mit welchen Landwirthschaft verbunden ist. Es ist schwer, bei einer Gesetzgebung, welche nicht Prinzipien ausspricht, sondern meistens mit einer Kasuistik zu thun hat, dergleichen Fragen mit Sicherheit, aus Gründen der Wissenschaft, zu erledigen. Ich habe mich für den zweiten Fall entschieden, aus folgenden Gründen: a) wegen des Ausdrucks: „Wirthschaftsjahr", dessen Gebrauch bei einem leeren Wohnhause doch nur sehr uneigentlich sein würde; b) wegen der Bestimmung des §. 199: „das Wirthschaftsjahr wird bei solchen Grundstücken vom 1. Julius an gerechnet", welches darauf deutet, daß man an Grundstücke, worauf Landwirthschaft getrieben wird, gedacht hat; c) wegen der Ausdrücke des §. 201: „was zu den Früchten vorhergehender und des letzten Wirthschaftsjahres gehöre" u. s. w., welche auf natürliche Früchte hinweisen, während ein bloßes Haus doch nur Miethszinsen abwerfen kann; d) wegen §. 170, Tit. 21, wo solche Grundstücke, mit welchen keine Landwirthschaft verbunden ist und nur fructus civiles tragen, mit Kapitalien und Gerechtigkeiten, die auch nur Zinsen und Renten abwerfen, zusammengestellt sind, woraus entnommen werden kann, daß Satz und Gegensatz natürliche Früchte und fructus civiles tragende Sachen sind; e) wegen der Rechtfertigung des Theilungsgrundsatzes von Suarez, daß sich bei Landwirthschaften Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunktes gar nicht denken lassen, sondern nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre bestimmt werden könne, was das Gut in diesem Jahre eingebracht habe. Der Zweifelsgrund dagegen, daß, wenn man die Vorschrift nicht auch auf bloße Häuser beziehen wolle, für diese Gattung der Immobilien eine Vorschrift fehlen würde, — dieser Zweifelsgrund ist zwar gewichtlos, indem die fructus civiles schon von selbst ihre Theilung nach der Zeit in sich fassen und darnach die erforderlichen Faktoren durch die Bestimmung des §. 192 gegeben sind. Allein es ist nicht zu verkennen, daß jener Suarez'sche Rechtfertigungsgrund doch auch von bloßen Häusern gilt, indem der Reinertrag erst nach Abzug der Verwendungen hervortritt und die Verwendungen nicht nach bestimmten Zeitabschnitten getheilt sind, wie die Unterhaltungskosten und die außerordentlichen Auflagen (Einquartirung, Kriegslasten) zeigen. Die Praxis ist noch nicht entschieden.

jahre, ohne Unterschied, ob dieselben schon verzehrt, veräußert, oder noch wirklich vorhanden sind.

§. 196. Dagegen muß er aber auch alle aus diesen Jahren etwa noch rückständigen Lasten und Ausgaben, welche von den Früchten zu tragen sind, berichtigen.

§. 197. Die Nutzungen des letzten Jahres werden zwischen dem Besitzer und Eigenthümer getheilt.

§. 198. Unter dem letzten [15a]) Jahre wird dasjenige verstanden, in welchem der Besitz redlich zu sein, aufgehört hat.

§. 199. Das Wirthschaftsjahr wird bei solchen Grundstücken vom ersten Julius [16]) an gerechnet [16a]).

§. 200. Die Theilung der Nutzungen geschieht nach der Zeit, während welcher der Besitz in diesem Jahre redlich oder unredlich gewesen ist.

§. 201. Was zu den Früchten vorhergehender und des letzten Wirthschaftsjahres gehöre; und wie in Ansehung dieses letzten Jahres die Berechnung und Auseinandersetzung zwischen dem Besitzer und Eigenthümer anzulegen sei, ist nach den in der Lehre vom Nießbrauch vorgeschriebenen Grundsätzen zu bestimmen (Tit. 21, Abschn. 1).

§. 202. Dem Eigenthümer steht es frei, auch die Nutzung des letzten Jahres dem Besitzer allein zu überlassen, und dadurch alle Beiträge zu den Wirthschaftskosten, ingleichen zu allen andern Lasten und Ausgaben, welche von den Früchten getragen werden müssen, abzulehnen.

§. 203. Dagegen darf aber auch der Besitzer die schon gewonnenen Früchte früherer Jahre, soweit dieselben zur Fortsetzung der Wirthschaft des letzten Jahres erforderlich gewesen, zu seinem Vortheile niemals in Rechnung bringen.

§. 204. Hat der redliche Besitzer die Sache verbessert, so muß der Eigenthümer c) der Verbesserungen,

---

15a) (4. A.) Wenn der redliche Besitz nicht schon im Vorjahre, sondern im Laufe des nämlichen Wirthschaftsjahres angefangen und aufgehört hat, so findet der Grundsatz des §. 197 nicht Anwendung, sagt das Obertr. in seinem Erk. vom 25. Oktbr. 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 50), weil es da kein letztes Wirthschaftsjahr giebt. Das ist ganz richtige engländische Gesetzanwendung.

In demselben Erk. ist als Rechtssatz aufgestellt, daß derjenige, welchem das Grundstück auf Grund eines ihm günstigen Erkenntnisses im Wege der Exekution übergeben worden, und demnächst durch das Nichtigkeitsurtel wieder abgesprochen werde, keinen Anspruch auf die während seiner, wenn auch noch so langen, Besitzzeit gezogenen Früchte, folglich auch nicht auf Theilung der Nutzungen des letzten Wirthschaftsjahres habe, obgleich er im Allgemeinen als redlicher Besitzer anzusehen sein möge; denn er sei in Folge der Vernichtung jenes Urtels verurtheilt, das Geleistete dem Gegner zu erstatten, und es müsse überhaupt alles, so viel möglich, in den Zustand versetzt werden, als ob keine Exekution stattgefunden hätte. (S. 52 a. a. O.) Das ist doch ein besonderer Rechtsgrund für diesen Satz.

16) In Beziehung auf andere nutzbare Gegenstände fängt das Jahr mit dem 1. Junius an (Tit. 21, §. 171), d. i. das alte Rechnungsjahr. K.O. v. 19. Mai 1814 (G.S. S. 39). (3. A.) Die Bestimmung des §. 199 ist übrigens nicht für das Pachtverhältniß maßgebend. Unten, Anm. 65, Satz 2 zu §. 342, Tit. 21.

16a) (3. A.) In den vormals königl. sächsischen Landestheilen, in welche das A. L.R. durch das Patent v. 15. November 1816 (G.S. S. 233) eingeführt worden, findet diese Bestimmung bei Auseinandersetzungen zwischen den abgehenden evangelischen Pfarrern und deren Erben und den neu anziehenden Pfarrern, hinsichtlich der Nutzungen der Pfarrländereien keine Anwendung, vielmehr gilt für diese Auseinandersetzungen statt des hier, im §. 199, bezeichneten Wirthschaftsjahres, das nach der bisherigen allgemeinen Observanz vom 1. Oktbr. bis 30. Septbr. zu berechnende Deservitenjahr. Dies findet auch bei fundirten evangelischen Diakonats- und sonstigen Pfarramtsgehülfenstellen, so wie bei evangelischen Küster-, Kantor- und Schullehrerstellen in den gedachten Landestheilen Anwendung. G. v. 10. Mai 1855 (G.S. S. 267).

(4. A.) Die Erben des Nießbrauchers haben auf die nach dem Ende des letzten Wirthschaftsjahres, also die seit dem 1. Juli nach dem Tode des Nießbrauchers, zur Perzeption gekommenen Früchte keinerlei Anspruch, auch wenn deren Entstehung in die Dauer des Nießbrauchs fällt (§. 221, Tit. 9), sowie sie umgekehrt an den erst nach dem Ende des Nießbrauchs entstandenen aber im Laufe des Wirthschaftsjahres noch zur Perzeption gekommenen Nutzungen mit betheiligt sind. Erk. des Obertr. v. 16. November 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 217).

die darauf verwendeten Kosten erstatten, wenn die Verbesserungen noch wirklich vorhanden sind, und verhältnißmäßigen Nutzen gewähren.

§. 205. Auch wenn der Nutzen noch nicht wirklich vorhanden, aber doch, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, in der Folge mit Sicherheit zu erwarten ist, kann der Besitzer die Verbesserungskosten fordern.

§. 206. Besteht die Verbesserung in einer Erhöhung des Nutzungsertrages, so können die Meliorationskosten nur so weit gefordert werden, als sie den nach diesem erhöhten Ertrage landüblich zu bestimmenden Kapitalswerth der Verbesserung nicht übersteigen [16 aa]).

§. 207. Ist aber nicht der Ertrag vermehrt, sondern nur der Kaufswerth der Substanz erhöht worden, so muß der gemeine Werth der Substanz im Ganzen genommen, so wie derselbe vor der Verbesserung beschaffen gewesen, und zur Zeit der Abtretung wirklich beschaffen ist, ausgemittelt werden.

§. 208. Nur in so weit, als die Verbesserungskosten die dadurch bewirkte Erhöhung des Werthes der Substanz nicht übersteigen, kann der Besitzer den Ersatz derselben fordern.

§. 209. Als Meliorationskosten dürfen in allen Fällen nur baare Auslagen und solche Naturalprästationen, die nicht aus der Sache selbst genommen worden [16 b]), in Anschlag gebracht werden.

§. 210. Gewährt die mit der Sache vorgenommene Veränderung keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein Vergnügen, welches den Kaufswerth nicht erhöht, und will der Eigenthümer dafür keine Vergütung leisten, so kann der Besitzer das Vorhandene bloß zurücknehmen.

§. 211. Aber auch diese Befugniß findet nur in so fern statt, als bei der Zurücknahme die Sache in den Stand, worin sie sich vor der Veränderung befand [16 c]), wieder gesetzt wird.

d) der Erhaltungskosten,

§. 212. Ausgaben, welche zur Erhaltung der Substanz nothwendig waren, und mit dem Besitze der Sache in unzertrennlicher Verbindung standen, muß der Eigenthümer, soweit dadurch sein Vortheil befördert ist [16 cc]), dem Besitzer vergüten.

---

16 aa) Vergl. L. 18 D. de negotiis gestis (III, 5). — Mevius, Dec. P. II, dec. 210, Nr. 2, 3.

16 b) Eigentlich sollte es heißen: „hätten genommen werden können". Denn wenn z. E. der Besitzer eines Landguts im Herbste oder Winter den Ueberschuß von Stroh verkauft, und im Frühjahre Stroh ankauft, um eine außerordentliche Düngung zu bewerkstelligen, welche nicht unter die Regel des §. 216 fallen würde; so kann doch die Ausgabe dafür schwerlich als baare Auslage passiren.

16 c) Der röm. Grundsatz, daß wegen der impensae voluptuariae (§§. 210, 211) dem Besitzer nur das jus tollendi zusteht, in soweit es ohne Schaden für die Sache ausgeübt werden kann, und wenn nicht der Eigenthümer so viel zu vergüten bereit ist, wie der Besitzer durch Ausübung des jus tollendi haben würde; denn damit muß er sich in jedem Falle abfinden lassen. L. 9 D. de impensis (XXV, 1); L. 38 D. de rei vind. (VI, 1); L. 5 C. eod. (III, 32).

16 cc) (4. A.) Dazu gehören die Futterungskosten bei Thieren nicht. §. 218 d. T. und I, 5, §. 337. Vergl. Erk. des Obertr. v. 16. Juli 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 130). Im Falle der Redhibition eines fehlerhaften Thieres würden aber auch Futterungskosten erstattet verlangt werden können, wenn das Thier völlig unbrauchbar gewesen wäre und dem Verkäufer wenigstens ein mäßiges Versehen bei dem Verkaufe vorgeworfen werden könnte. I, 11, §. 155. — (4. A.) In dem gedachten Erk. sind die Futterungskosten gleichwohl abgesprochen, weil der Umstand, daß die Pferde unbrauchbar waren, nur geeignet gewesen sei, einen etwaigen Schaden herzustellen, dieses aber noch nicht ausreiche, die Ersatzverbindlichkeit des Bekl. zu begründen, weil der Bekl. die Entstehung dieses individuellen Schadens nicht verschuldet habe. Der Abweisungsgrund ist mithin der Thatumstand, daß dem Bekl. keine Verschuldung zur Last falle. (S. 130 a. a. O.) Sonst sind die Bestimmungen des §. 337, Tit. 5 und des §. 212 d. T. der Klage zum Grunde gelegt; der Richter hat jedoch den Nachweis des Vortheils, den der §. 212 zur Begründung eines Anspruchs fordert, vermißt. Derselbe Grund wird in dem jüngeren Erkenntnisse vom 17. September 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 74), unter Bezugnahme auf den §. 212 d. T. und auf L. 30, §. 1 D. de aedil. edicto et redh. (XXI, 1), zur Rechtfertigung der Aberkennung der Futterungskosten geltend gemacht. — Durch das jüngste Erk. vom 3. Februar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 107) aber spricht das

§. 213. Bestehen dergleichen Ausgaben nicht in baarem Gelde, sondern in Naturalien, so müssen letztere nach dem Werthe zur Zeit der Verwendung ersetzt werden.

---

Obertr. den Redhibitionskläger auch in dem Falle, wo der Verkäufer mit der Zurücknahme der unbrauchbaren Pferde im Verzuge war, die Futterungskosten rund ab. Die Begründung dieses Spruchs ist ganz neu. An die Spitze seiner Erwägungen stellt er den Rechtssatz, daß der Kläger, als redlicher Besitzer, die zur Erhaltung der Pferde nothwendig gewesenen Ausgaben nur insoweit von dem Bekl., als dem Eigenthümer und Verkäufer der Pferde, erstattet verlangen könne, als diese Kosten nicht aus den Nutzungen der Pferde haben entnommen werden können, und zugleich durch dieselben der Vortheil des Bekl. befördert worden. Dieser Satz ist in den §§. 212 u. 216 d. T. wirklich enthalten. Aber die Folgerung des Obertr., daß, weil der Kläger in dieser Weise seinen Anspruch nicht substantiirt habe, er damit abgewiesen werden müsse (S. 171), ist nicht richtig. Der in Rede stehende Rechtssatz hat nur Geltung für das Verhältniß zwischen dem redlichen Besitzer und dem Eigenthümer an sich, d. h. so lange in diesem Verhältnisse nichts verändert ist, also bis zum Eintritte einer Modifikation. Das Verhältniß wird aber modifizirt durch Mora. Der Anspruch des Klägers in diesem Falle war aber nicht auf jene Zeit, für welche der gedachte Rechtssatz gilt, ausgedehnt, folglich brauchte er auch nicht denselben entsprechend substantiirt zu werden, sondern er war gegründet auf das veränderte Verhältniß seit Eintritt der Mora des Bekl. In dieser Beziehung sagt das Obertr.: Mit dem Fütterungs- ꝛc. Kostenanspruche des Klägers steht die mora accipiendi des Bekl. in keiner Beziehung. Das Fundament dieses Anspruches ist und bleibt, der auf Seiten des Beklagten eingetretenen mora accipiendi ungeachtet, lediglich die nützliche Verwendung, eine solche liege nicht vor, der Kl. habe, wenn er nach Eintritt der mora accipiendi den Besitz der Pferde fortgesetzt habe, durch die Unterhaltung der Pferde nur seine Verbindlichkeit erfüllt, dazu sei er verpflichtet gewesen und habe dadurch auch nur sein Interesse wahrgenommen, indem er sonst die Pferde nicht in dem früheren Zustande zurückgeben können; er hätte sich von dieser Verpflichtung durch Ablieferung der Pferde zur gerichtlichen Verwahrung befreien können, und da er dieses nicht gethan, so sei er in der Lage geblieben, daß von ihm eine fremde Sache erhalten worden, wofür er nur nach den Grundsätzen der nützlichen Verwendung Ersatz fordern könne. (S. 172, 173.) Diese neue Theorie läßt sich als richtig nicht erkennen. Wahr davon ist nur die thatsächliche Schlußbehauptung, daß der Kläger in der Lage gewesen sei, eine fremde Sache, die Pferde des Bekl., zu erhalten (zu pflegen). Dieses Verhältniß nennen die Juristen und Gesetze nicht nützliche Verwendung (in rem versio), sondern Geschäftsbesorgung ohne Auftrag (negotiorum gestio), der Kostenanspruch des Pflegers muß daher nicht einzig und lediglich nach den Voraussetzungen der in rem versio substantiirt werden können, sondern er ist nach den Grundsätzen von der negotiorum gestio zu begründen, was einen ganz anderen Erfolg hat. Nach den letzteren muß der Geschäftsherr dem Besorger die nützlich aufgewendeten Kosten, nach Abzug des Vortheils, der dem Besorger selbst durch die Besorgung entstanden ist, erstatten. Tit. 13, §§. 235, 254. Mehr hatte der Kläger von dem Instanzrichter nicht zugesprochen erhalten und dabei hatte er sich beruhigt. Da das Obertrib. sagt, der Kläger hätte die Geschäftsbesorgung einem Anderen (dem Gerichte) übertragen können, und der renitente Bekl. doch die durch die gerichtliche Sequestration entstandenen Kosten schließlich hätte bezahlen müssen, so widerspricht sich das Obertr., wenn es dem Kläger nicht einräumt, die Pflege gegen Erstattung der Kosten selbst fortzusetzen. Die Deposition als Befreiungsmittel ist ein Recht aber keine Pflicht des Schuldners. — Erwähnt mag hier noch werden, daß der preußische Gesetzgeber die nämliche Rechtsmeinung über die Futterungskosten-Erstattung bei der Wandlungsklage hat, welche hier geltend gemacht ist. In dem für die Hohenzollernsche Lande erlassenen G. vom 5. Juni 1863 heißt es Art. 3: „Die Aufhebung des Vertrages verpflichtet den Verkäufer zur Erstattung des Kaufpreises, sowie der Kosten des Kaufs und der gerichtlichen Besichtigung und der von dem Verzuge in der Zurücknahme des Thiers an erwachsenen Kosten der Fütterung und Pflege. An diesen letztgenannten Kosten ist jedoch der vom Käufer aus dem Thiere von jenem Zeitpunkte an gezogene Nutzen in Abzug zu bringen." (G.S. S. 447.) Das stimmt mit dem §. 216 d. T. überein und ist logisch zwingend, wenn das Rechtsverhältniß rechtsverständig aufgefaßt wird. — (5. A.) Das Obertr. versteht sich nun auch zu dieser Rechtsauffassung, aber es will seine frühere Meinung über die Substantiirung der Wandlungsklage nicht aufgeben, indem der Wandlungskläger seine Klage nach den Bestimmungen über die Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer, außer dem Falle eines obligatorischen Verhältnisses (Tit. 7 §. 216), substantiiren soll. „Danach" — sagt dasselbe — „genügt, um den dem Eigenthümer (muß hier heißen: Verkäufer, es ist gar nicht nothwendig, daß dieser Eigenthümer sei, der Kläger klagt lediglich aus dem obligatorischen Kaufsverhältniß) beförderten Vortheil herauszustellen, die dem Eigenthümer (?) überkommene rechtliche Verpflichtung zur Erhaltung der Sache allein nicht, vielmehr muß der redliche Besitzer näher darlegen, inwieweit die Erhaltungskosten nicht aus den Nutzungen der Sache haben genommen werden können, und in dieser Weise den Anspruch auf Futterungskosten substantiiren." Erk. v. 31. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI. S. 37). Dieses Postulat hat gar keine juristische Berechtigung, es paßt nicht auf das Prinzip der Wandlungsklage, welche auch auf die omnis causa,

§. 214. Doch darf der Besitzer dem Eigenthümer Naturalien oder Dienste, die aus der Sache oder dem Gute selbst, zur Erhaltung der Substanz, genommen und verwendet worden, niemals anrechnen.

§. 215. Sind bei einem Inbegriffe von Sachen oder Rechten, Kosten zur Erhaltung einer einzelnen darunter begriffenen Sache oder eines Zubehörs verwendet, und die Sache oder das Pertinenzstück ist dennoch nicht erhalten worden, so kann der Besitzer dafür keinen Ersatz fordern.

§. 216. So weit die Erhaltungskosten aus den Nutzungen des Jahres, in welchem sie vorgefallen sind, haben genommen werden können, so weit ist der Eigenthümer zu keinem Ersatze verpflichtet [16d]).

§. 217. Sind dergleichen Ausgaben zu gewissen, auf Abwendung künftiger Gefahren von der Substanz abzielenden, nützlichen Veranstaltungen gemacht worden, so findet der Ersatz nur in so fern statt, als diese Veranstaltungen noch wirklich vorhanden sind.

c) der Lasten, §. 218. Alle von der Sache zu entrichtenden gewöhnlichen Lasten und Abgaben muß der Besitzer von der ganzen Zeit, wo ihm der Genuß der Früchte gebührt, übertragen.

f) der Deteriorationen, §. 219. Für die Verschlimmerungen der Sache, die sich während seiner Besitzzeit ereignet haben, darf der redliche Besitzer nur in sofern haften, als sie durch sein grobes Versehen entstanden sind [17]).

g) der Auslieferungskosten. §. 220. Die zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache nothwendigen Kosten muß der Eigenthümer tragen.

§. 221. Die Rechte des redlichen Besitzers, wegen des für die Sache gezahlten Kaufwerthes, sowie die Rechte des Eigenthümers gegen den gewesenen Besitzer, welcher die Sache veräußert hat, sind gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 15.)

2) Von einem vollständigen aber unredlichen Besitzer. §. 222. Wenn kein früherer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt werden kann, so wird der Tag der dem Besitzer durch die Gerichte geschehenen Behändigung der Klage dafür angenommen [17a]).

---

wozu die Unkosten gehören, geht und zu ihrer rechtlichen Begründung nichts weiter erfordert als die Behauptung des bestimmten Redhibitionsfalles. Daß der mit dem kranken oder sonst unbrauchbaren Thiere angeführte Käufer von demselben Nutzungen bezogen habe, folgt nicht nothwendig, ist vielleicht ganz unmöglich, jedenfalls aber eine Thatsache, welche dem Bekl. einen Einwand geben kann, nicht aber der Art ist, daß sie zur Begründung der Klage von dem Kläger voraus verneint werden müßte und ihn zum Beweise der Negative zwingen könnte. Mit dem Retentionsrechte des in keinem obligatorischen Verhältnisse stehenden redlichen Besitzers hat es eine ganz andere Bewandtniß; dieser muß zu dessen Begründung freilich behaupten und nachweisen, daß und wieviel er vorerst noch herausbekomme; sonst muß er die Sache ohne Weiteres herausgeben.

16d) Bei einem Arbeitspferde z. B. übersteigen die Nutzungen erfahrungsmäßig — so nimmt man an — die Unterhaltungskosten, da Niemand sonst ein Pferd zum Zwecke des davon zu ziehenden Nutzens halten würde. Der Besitzer hat deshalb darzuthun, daß es ihm nicht möglich gewesen sei, eine solche Sache, so lange er sie besessen, zu benutzen. Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 82. (5. A.) Der in dem §. 216 ausgedrückte Rechtssatz rücksichtlich der Verpflichtung des Eigenthümers eines Grundstückes zur Erstattung der Erhaltungskosten an den vollständigen redlichen Besitzer ist auch auf bewegliche Sachen anwendbar. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 47).

17) Daß diese Satzung auf vollkommener Gedankenlosigkeit beruhe, hat schon Gans, Beiträge, S. 27, bemerkt. Wenn sie mit Bewußtsein gemacht worden ist, so steht sie mit der Bedeutung des redlichen Besitzes und mit den Grundsätzen über die persönliche Freiheit in Widerspruch, indem der redliche Besitzer nach dem A. L.R. noch in einem höheren Grade als nach dem R. R. die Sache wie ein Eigenthümer gebraucht und es im höchsten Grade widersinnig ist, einen Eigenthümer für die Vernachlässigung seiner Sache verantwortlich zu machen. Gegen wen soll denn der redliche Besitzer schuldig sein, Sorgfalt anzuwenden? Es kann ihm gar nicht einfallen, einem Anderen durch Vernachlässigung seiner Sache Schaden zu thun. Rem quasi suam neglexit. L. 31, §. 3 D. de hered. pet. (V, 3). Erst mit der Litiskontestation tritt er in ein obligatorisches Verhältniß, und hat von da an schlechtweg für culpa zu haften. L. 45 D. de rei vind. (VI, 1).

17a) Das unredliche Bewußtsein ist eine reine Thatsache, welche nur aus den besonderen Um-

§. 223. Der unredliche Besitzer muß die Sache mit allen vorhandenen Früchten

---

ständen jedes einzelnen Falles erkannt, nicht aus der Kenntnißnahme von dem Inhalte einer Klage gefolgert werden kann. Es wird oft während des ganzen Prozesses fehlen, bisweilen selbst durch das verurtheilende Erkenntniß noch nicht entstehen, namentlich in den Fällen einer ungerechten, d. h. hier einer irrigen Verurtheilung, woran die Gerichtspraxis gar nicht so arm ist, wie die Panegyriker der pr. Justizverwaltung glauben. Die willkürliche Behauptung Tevenar's, daß jeder nicht rechtmäßige Besitzer aus der insinuirten Klage sein Unrecht abnehmen und einsehen könne und solle (Simon a. a. O. S. 171), widerlegt sich schon durch die Erfahrung, daß manche Klage in erster Instanz für gültig erkannt und in zweiter Instanz abgewiesen wird. In solchem Falle müßte denn der ganz redliche Besitzer durch die Insinuation der Klage ein unredliches Bewußtsein erhalten, und mit dem Urtel zweiter Instanz, welches die Klage ganz mit Unrecht abweiset, also keine überzeugende Kraft für den besser Wissenden haben kann, die Redlichkeit des in der That unrechtmäßigen Besitzers hervorbringen, und so umgekehrt. Der Ausspruch des §. 222 stimmt mit der Lehre vieler neueren Civilisten überein, welche die Vertreter der beiden, mit dem wahren R. R. nicht übereinstimmenden, Meinungen sind: 1. daß die mala fides eine allgemeine Folge des Prozesses, und 2. auf den Zeitpunkt, wo der Besitzer von dem Anspruche Nachricht bekommt, zurückzuführen sei. Diese Lehre ist von Einfluß auf die Gesetzgebung gewesen. Man ist jedoch erst nach und nach auf den absoluten Satz des §. 222 gekommen. Anfangs hatte man Bedenken, die Unredlichkeit ohne Weiteres zu fingiren und man wollte den Tag der Publikation des verurtheilenden Urtels, in einem Entwurfe, als Anfang der Unredlichkeit vorschlagen. Dieser Bestimmung widersprach v. Tevenar und forderte den Tag der insinuirten Klage. Damit erklärte Suarez sich völlig einverstanden, „denn in der Regel muß doch der Besitzer aus einer gehörig instruirten Klage die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes schon ersehen können." Uebrigens, fügte er bei, ist es ja dem Richter überlassen, den Anfang der Unredlichkeit nach den Umständen auch anders zu bestimmen. (Simon a. a. O. S. 171.) Damit war die beabsichtigte Bestimmung entkräftet, denn es kam darnach auf die thatsächliche Wirklichkeit der Unredlichkeit an. Dieser Beschränkung entsprechend lautete die Bestimmung in dem gedruckten Entwurfe: „Wenn kein früherer oder späterer Zeitpunkt — ausgemittelt worden" u. s. w. Th. II, Tit. 4, §. 153. Dadurch ward mit der Insinuation nur eine Präsumtion verknüpft. Dagegen sagte Goßler: Ueberzeugung ist ein Internum, worauf der Gesetzgeber sich nicht einlassen kann (ebd. S. 321); die Alternative („oder späterer") möge weggelassen werden (ebd. S. 322). Nun erhielt die Bestimmung die Fassung des §. 222, wodurch aus der früher vorgeschlagenen Präsumtion eine Fiktion der Unredlichkeit geworden ist, ganz so, wie es jene neueren Romanisten lehrten und auch bloß zu dem Zwecke, um als Rechtsgrund zu dienen für die (nach R. R. durch die Litiskontestation gegründete) Verbindlichkeit des Beklagten zur Herausgabe der omnis causa. Vergl. die folg. §§. 223 — 228. In gleicher Weise wie jene Vorbilder läßt die pr. Gesetzgebung auch die Mora, ebenso wie die Fiktion der Unredlichkeit, durch die Insinuation der Klage entstehen. Pr.-O. Tit. 7, §. 48 d; und L.R. I, 16, §. 18. Beide Wirkungen stehen nebeneinander; es ist nicht die eine der Erklärungsgrund der anderen. (A. M. ist das Obertr. Entsch. Bd. XX, S. 109.) Diese ganz positiv vorgeschriebene Fiktion kann mit keiner anderen Handlung als nur mit der Insinuation einer Klage, an welche solche der Gesetzgeber geknüpft hat, in Verbindung gebracht werden, weil absolute Vorschriften keiner analogen und ausgedehnten Anwendung fähig sind. Durchaus gerechtfertigt ist daher das Pr. des Obertr. 2274, v. 14. Febr. 1851: „Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlagserkenntnisses begründet für den Adjudikatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers. Derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten." (Entsch. Bd. XX, S. 106.) Der Anfang der Unredlichkeit in diesem Falle ist der Tag der Publikation, wenn der Implorat dabei anwesend ist, sonst der Tag der Insinuation.

Die Fiktion des §. 222 ändert sich übrigens dadurch nicht, daß in erster Instanz die Klage abgewiesen, und der Beklagte erst in letzter Instanz verurtheilt worden ist. Die Frage hatte auch ein Moment gethan, mit dem Vorschlage, in diesem Falle erst mit dem Tage des letzten Urtels die mala fides eintreten zu lassen. Goßler aber bemerkte darauf: „Hat zwar einigen Schein, es bleibt aber immer am besten, den Zeitpunkt des Gesetzes ohne weiteren Unterschied anzunehmen." (Simon a. a. O. S. 321.)

(4. A.) Uebrigens betrifft die Vorschrift des §. 222 nicht lediglich den Fall der Vindikation einer einzelnen Sache; er enthält vielmehr die ganz allgemeine Regel der Begründung der Unredlichkeit des Besitzes durch die Insinuation der Klage, auch der Klage auf Anerkennung des Erbrechts des Klägers gegen den Erbschaftsbesitzer. Erk. des Obertr. v. 22. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 157).

(5. A.) Die Anwendung der Bestimmung des §. 222 setzt voraus, daß die Verpflichtung des Beklagten als unredlichen Besitzers zur unbedingten sofortigen Räumung konstatirt oder anerkannt wird, und es sich nur darum handelt, den Anfang seiner Unredlichkeit festzustellen. Dieser Fall liegt da nicht vor, wo der Richter selbst erkannt hat, daß der Besitzer keineswegs unbedingt, sondern den Besitz nur Zug um Zug gegen die im Urtheil näher bezeichnete Erstattung von Auslagen, also un-

und Nutzungen zurückgeben, und diejenigen, welche er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, vergüten.

§. 224. Es macht dabei keinen Unterschied: ob die Früchte noch in ihrer ursprünglichen Form vorhanden sind, oder nicht; und ob der unredliche Besitzer die genossenen Früchte selbst verzehrt, oder an Andere überlassen hat.

§. 225. Für die selbst verzehrten oder veräußerten Früchte muß der unredliche Besitzer den mittleren Preis der nächsten Marktstadt, welchen Früchte dieser Art zur Zeit der Verzehrung oder sonstigen Veräußerung gehabt haben, ersetzen.

§. 226. Die verkauften Früchte muß er nach den dafür erhaltenen Preisen vergüten.

§. 227. Doch kann auch bei diesen der Eigenthümer, statt des erhaltenen, den zur Zeit des Verkaufs gestandenen mittleren Marktpreis fordern.

§. 228. Bei Früchten, welche gewöhnlich nicht zu Markte gebracht werden, müssen Sachverständige den damaligen Werth bestimmen.

§. 229. Wer es weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre, der muß auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können [17b]), demselben vergüten.

§. 230. Unter der wirthschaftlichen Benutzung eines Gutes wird die in jeder Provinz und Gegend [18]) gewöhnliche Art des Wirthschaftsbetriebes verstanden.

---

ter einer Suspensivbedingung zu räumen hat, mithin tritt hier der Anfang der Unredlichkeit erst in dem Zeitpunkte ein, wo die bestimmten, dem Kläger auferlegten Zahlungen geleistet resp. deponirt worden sind. Erk. des Obertr. vom 13. Juni 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 239).

17b) Das L.R. verpflichtet nicht, wie das R.R., jeden beklagten Besitzer, die zu gewinnen verabsäumten Früchte (fructus percipiendos) zu ersetzen, sondern nur den wahren malae fidei possessor, d. i. der, welcher es weiß, daß er unrechtmäßig besitzt, im Gegensatze zu demjenigen, dessen Unredlichkeit auf Grund der Klagebehändigung fingirt wird. Vergl. §. 222 u. §. 11 d. T. Unterläßt also dieser die Bestellung des in Anspruch genommenen Grundstücks oder die Einsammlung der Früchte selbst vorsätzlich, so hat er bei der Verurtheilung in der Hauptsache nichts an Früchten zu leisten. Auch der §. 219 kommt hierbei nicht zu Hülfe; denn er bezieht sich nur auf die Verringerung der Substanz. Der Grund zu der eigenthümlichen Bestimmung des L.R. über die fructus percipiendi liegt in der Meinung der Verf. des L.R. über den Rechtsgrund der, nach R.R. weder aus der Mora, noch aus der Unredlichkeit entstehenden, eigenthümlichen Prozeßverpflichtungen des Beklagten, indem sie dafür hielten, es müsse in dieser Hinsicht Alles auf das unredliche Bewußtsein des Besitzers zurückgeführt werden, weshalb dafür gehalten wurde, es müßten, wie bei der Kulpa, verschiedene Grade des Bewußtseins unterschieden und mit verschiedenen Wirkungen verknüpft werden. Vergl. Tit. 16, §. 18. In dieser Beziehung bemerkte Suarez in der revis. monitor.: „Im Texte ist angenommen, daß nicht jeder unredliche Besitzer, sondern nur der, welcher betrüglicher Weise eine fremde Sache besessen hat, fructus percipiendos erstatten müsse (§. 159 des gedr. Entw.). Verschiedene Monenten aber wollen jeden unredlichen Besitzer dazu verpflichten. Meo voto thun die Monenten zu viel und der Text zu wenig. Wenn man bedenkt, daß auch schon derjenige, welcher aus einem verschuldeten errore facti seinen Besitz für rechtmäßig gehalten; daß schon der, welcher bei Erlangung des Besitzes an dessen Rechtmäßigkeit nur gezweifelt hat; ja daß selbst der possessor bonae fidei a die insinuationis citationis einem unredlichen Besitzer gleich geachtet worden (o. Anm. 10 zu §. 11), so würde es wohl offenbar zu hart sein, wenn man eben diesem auch fructus percipiendos zur Last legen wollte. Dagegen ist diese Verpflichtung zu sehr eingeschränkt, wenn man sie nur auf einen betrüglichen Besitzer richtet. Es ist genug, wenn der Besitzer nur weiß, daß seine possessio unrechtmäßig sei, gesetzt auch, daß er nicht just dolose dazu gelangt wäre." (Ges.-Rev. Motive zu §§. 219—242 des Entw., S. 45.) Dieser Bemerkung entsprechend erhielt der §. 159 (des gedr. Entw.) die Fassung des §. 229. Hieraus ist klar, daß die Bestimmung nur auf die erste und zweite Suarez'sche Klasse der unredlichen Besitzer (Anm. 10 zu §. 11 d. T.) Anwendung finden soll. (3. A.) Eine Anwendung hiervon macht das Obertr. in dem, in den Entscheid. Bd. XXVIII, S. 58 mitgetheilten, in juristischer Hinsicht unbedeutenden, Erk. vom 7. Juli 1854.

(4. A.) Ueber die Ermittelung der Perzipienden: oben Anm. 38, Alinea 3 zu §. 287, Tit. 5.

18) Die Worte „und Gegend" sind hinzugefügt aus Anlaß eines Monitums, daß, weil die Wirthschaft in einer Provinz nach Lage und Beschaffenheit der Gegenden sehr verschieden sein könnte, nach den Worten: „in jeder Provinz" der Zusatz: oder in jedem Amtsbezirke, einzuschalten sein werde. Dazu bemerkte Goßler: „Paßt nicht auf die pr. Verfassung; sondern es würde allenfalls zu sagen sein: die in jedem Kreise einer Provinz u. s. w." (Simon a. a. O. S. 324.)

§. 231. Die an die Stelle der Früchte tretende Geldsumme muß der unredliche Besitzer von dem Tage an, wo die Festsetzung derselben rechtskräftig geworden ist[18a]), landüblich verzinsen.

§. 232. Ist die herauszugebende Sache ein Kapital, so muß der unredliche[19]) Besitzer davon Zinsen nach dem höchsten gesetzmäßig erlaubten; der bloße unrechtfertige Besitzer aber nach dem landüblichen Satze, durch die ganze Zeit seines Besitzes, statt der Nutzung entrichten.

§. 233. Die Gewinnungskosten der Früchte kann der unredliche, sowie der unrechtfertige Besitzer von den Früchten nur in so fern abziehen, als dieselben nach der in jeder Provinz und Gegend gewöhnlichen Art des Betriebes wirthschaftlich verwendet worden.

§. 234. Kann er über diese Gewinnungskosten keine zur Zeit der Verwendung ordentlich geführte Rechnung vorlegen, so kann er nicht mehr fordern, als nach dem Gutachten der Sachverständigen zur Nothdurft erforderlich gewesen.

§. 235. Die von der Sache entrichteten Lasten und Abgaben, die der Eigenthümer selbst hätte erlegen müssen, muß sich dieser auf die zu erstattenden Früchte in Abzug bringen lassen[20]).

§. 236. Die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Substanz nothwendig gewesenen Kosten müssen dem unredlichen Besitzer, so wie dem redlichen vergütet werden.

§. 237. Doch kann er auf den Ersatz solcher Kosten in so fern keinen Anspruch machen, als der Verfall der Sache, oder die ihr bevorstehende Gefahr, durch sein eigenes, auch nur geringes Versehen veranlaßt worden.

§. 238. Offenbare Verbesserungen kann er unter der §. 211 enthaltenen Bestimmung, bloß wegnehmen, wenn der Eigenthümer ihm keine billige Vergütung dafür will angedeihen lassen.

§. 239. Wer nicht unredlicher, sondern nur unrechtfertiger Besitzer ist (§. 14), dem müssen die Kosten einer solchen Verbesserung, die nicht weggenommen werden kann, soweit ersetzt werden, als sonst der Eigenthümer sich offenbar mit seinem Schaden bereichern würde.

---

18a) (4. A.) Vergl. unten Tit. 16, §. 66 und die Anm. dazu.

19) Unter den unredlichen Besitzern wird hier zwar nicht weiter unterschieden, vielmehr dem unredlichen Besitzer überhaupt nur der unrechtfertige Besitzer entgegengesetzt. Da aber doch der Letztere, dem doch immer ein fehlerhaftes Bewußtsein vorgeworfen werden kann, milder behandelt werden soll, so ist solches von einem bloß fingirten unredlichen Besitzer (§. 222), der in der Wirklichkeit durchaus redlich sein kann, nach den von Suarez geltend gemachten Unterscheidungen (Anm. 17), um so viel mehr zu behaupten, und es ist anzunehmen, daß diese Bestimmung ebenso wie die der §§. 240 u. 241 nur den eigentlich unredlichen Besitzer (§. 229) meint.

20) Fordert der Besitzer von dem Eigenthümer die Erstattung solcher nothwendigen Kosten, so muß er zuvor über die Nutzungen und Früchte Rechnung legen, da er nur den ungedeckten Betrag erstattet zu verlangen berechtigt ist.

(4. A.) Der unredliche Besitzer ist überhaupt verpflichtet, dem Eigenthümer über die gezogenen Nutzungen Rechnung zu legen. Erk. des Obertr. vom 14. Febr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 307). In einem jüngeren Erk. vom 2. Mai 1862 sprach das Obertr. (III. Senat) die entgegengesetzte Ansicht dahin aus, daß zu einer Rechnungslegung das Gesetz weder den unrechtfertigen, noch den unredlichen Besitzer verbunden erkläre. In Folge dessen wurde bei einem späteren Rechtsfalle die Frage an das Plenum gebracht und dieses stellte per majora durch den Plenarbeschluß v. 4. Mai 1863 den Satz fest: Ein Beklagter, welcher zur Herausgabe einer Sache mit den Früchten rechtskräftig verurtheilt ist, ist schuldig, für die Zeit seit Insinuation der Klage über die erhobenen Früchte Rechnung zu legen. (J.M.Bl. S. 143; Entsch. Bd. XLIX, S. 21.) Die Rechtsmeinung der Minorität ist hier die richtige. (5. A.) Der Majoritätsbeschluß ist von dem Obertr. auch auf den unrechtfertigen Besitzer für anwendbar erklärt worden, welcher auf den Grund eines mündlichen Vertrages ein Grundstück besitzt, zu dessen Herausgabe er wegen erklärten Rücktritts von dem mündlichen Vertrage, gegen Zahlung des Kaufgeldes, verurtheilt ist; er soll demnach über sämmtliche während der Dauer seines unrechtfertigen Besitzes gezogenen Nutzungen Rechnung legen. Erk. vom 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 9).

§. 240. Iſt die Sache während des unredlichen Beſitzes verſchlimmert worden, ſo muß der unrechtfertige Beſitzer jedes mäßige, der eigentlich unredliche hingegen ſelbſt das geringſte Verſehen vertreten.

§. 241. Auch den Zufall muß der eigentlich[21]) unredliche Beſitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Beſitze des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben[22]).

§. 242. Wer mittelſt einer durch Strafgeſetze verbotenen Handlung[23]) zum Beſitz einer Sache gelangt iſt, kann ſich gegen den Erſatz der Verſchlimmerungen durch den Einwand, daß dieſelben bloß zufällig entſtanden wären, niemals ſchützen[24]).

§. 243. Auch die zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache erforderlichen Koſten muß jeder unredliche Beſitzer tragen[25]).

---

21) Alſo nur der, welcher weiß, daß er unrechtmäßig beſitzt (§. 229), nicht auch der, deſſen Unredlichkeit nur fingirt wird (§. 222).

22) Dieſe Beſtimmung veranlaßt zwei Bemerkungen: die eine über ihr Verhältniß zu dem R.R., die andere über die praktiſche Anwendung.

Das R.R. verpflichtet grundſätzlich den unredlichen Beſitzer zum Erſatze, wenn die Sache in ſeinem Beſitze auch nur zufällig zu Grunde gegangen. Aber es geſchieht in vielen Stellen einer Einſchränkung der Anwendung auf zwei Fälle Erwähnung, nämlich erſtens auf den Fall, wenn der rechtmäßige Herr (der Kläger) die Sache würde haben verkaufen und dadurch den Verluſt von ſich abwenden können; und zweitens wenn der Untergang nicht eingetreten ſein würde, falls der Kläger die Sache früher erhalten hätte; und über die Zuläſſigkeit und die Fälle der Anwendbarkeit dieſer Einſchränkung der Verbindlichkeit des Beſitzers iſt ſchon unter den röm. Juriſten mannichfache Meinungsverſchiedenheit, um wie viel mehr nicht unter den neueren Romaniſten. Für das pr. R. iſt das richtige Verhältniß beider Einſchränkungen zu einander und zur Verbindlichkeit des Beſitzers gleichgültig, denn die Verf. des L.R. haben dieſen Gegenſtand auf ihre Weiſe behandelt. Auf die Möglichkeit eines Verkaufs der untergegangenen Sache von Seiten des Klägers wird gar nicht Rückſicht genommen, es wird nur die andere Einſchränkung der Erſtattungsverbindlichkeit des Beklagten aufgefaßt und ohne irgend welche Unterſcheidung vorgeſchrieben, daß, wenn die Sache im Beſitze des obſiegenden Klägers ebenfalls von dem vernichtenden Zufalle würde betroffen worden ſein, dieſer Umſtand die Verbindlichkeit zum Erſatze ausſchließen ſoll.

Für die praktiſche Anwendung des Grundſatzes iſt die Beſtimmung der Beweislaſt wichtig. In dem gedr. Entw. §. 167 war die Rechtsregel ſo gefaßt, daß ſie dem Kläger ein nur bedingtes Recht gab, denn der Beklagte ſollte den Zufall tragen, wenn ausgemittelt, d. h. vom Kläger bewieſen werden könnte, daß der Zufall die Sache in ſeinem Beſitze nicht würde getroffen haben.

Dagegen wurde monirt: „Die Ausmittelung möchte ſehr ſchwer ſein, weil ſie im Grunde eine Negative enthält. Beſſer wäre es, die Regel dahin feſtzuſetzen: der unredliche Beſitzer muß auch den bloßen Zufall tragen, wenn er nicht darthun kann, daß der Zufall die Sache im Beſitze des Eigenthümers ebenfalls getroffen haben würde.“ Goslar bemerkte dazu: „wird anheimgeſtellt.“ (Simon a. a. O. S. 328.) Daraus iſt der §. 241 in ſeiner vorliegenden Faſſung entſtanden, nach welcher das Forderungsrecht des Klägers an ſich unbedingt iſt, der Beklagte jedoch ſich durch den Nachweis des fraglichen Umſtandes (excipiendo) befreien kann. In vielen Fällen wird das Ereigniß ſchon an ſich die Gleichgültigkeit der Perſon des Beſitzers klar machen, z. B. wenn ein Grundſtück durch eine Ueberſchwemmung zu Grunde geht oder durch Feuer vom Himmel (Blitz) vernichtet wird; wogegen andererſeits der Untergang einer im Hauſe des Bekl. befindlichen Sache, welche mit dem angezündeten Hauſe zugleich verbrennt, den Unterſchied des Beſitzers zeigt. Es liegen aber viele Fälle dazwiſchen, welche eines beſonderen Beweiſes bedürfen. Vergl. §. 13, Tit. 8 und Anm. 13 dazu.

23) Damit iſt hauptſächlich der Diebſtahl gemeint. S. die folg. Anm.

24) Einem ſolchen ſtrafwürdigen Beſitzer iſt alſo der jedem anderen unredlichen Beſitzer gegebene Einwand (§. 241) ausnahmsweiſe verſagt; deſſen Erſatzverbindlichkeit iſt abſolut unbedingt. „Man kann dem Eigenthümer nicht zumuthen, daß er ſich mit dem Diebe in einen Prozeß über die Beſchaffenheit des casus, welchen dieſer vorſchützt, einlaſſen ſolle,“ ſagt Suarez. (Simon, Material., S. 332, Nr. 12.) Auf das dagegen eingegangene Monitum, daß in der Vorſchrift eine Privatſtrafe liege, bemerkte Goßler: „das Geſetz ſtimmt mit der bisherigen Theorie.“ (Simon a. a. O. S. 329.) Das R. R. verpflichtet auch in dieſem Falle den Beſitzer allerdings unbedingt zum Erſatze, doch nicht bloß in dieſem Falle, ſondern aus einem anderen allgemeinen Grunde.

25) Dieſe erſt bei der revis. monitor. beigefügte Beſtimmung ſoll eine Folge des im folg. §. 244 ausgeſprochenen Prinzips ſein (Simon a. a. O. S. 329), und findet mithin auch nur als eine ſolche Anwendung. Soweit die Koſten nicht aus der Beſitzentziehung folgen, können ſie dem Beklagten nicht zur Laſt fallen.

§. 244. Ueberhaupt muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer oder rechtmäßigen Besitzer Alles ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren hat[25a]).

§. 245. Der unvollständige Besitzer muß zwar den Besitz räumen, sobald der vollständige Besitzer, von welchem er sein Recht herleitet, desselben verlustig erklärt wird. 3) Von einem unvollständigen Besitzer.

§. 246. Hat er aber redlich[25b]) besessen, so wird er aus der Zeit seines Besitzes dem Eigenthümer nicht weiter verantwortlich, als er es dem vollständigen Besitzer hätte sein müssen, wenn dieser wirklich Eigenthümer gewesen wäre.

§. 247. Auch bei der Räumung des Besitzes darf er dem Eigenthümer nur das leisten, wozu er dem vollständigen Besitzer verpflichtet sein würde, wenn er den Besitz an diesen räumen müßte.

§. 248. Hat er aber unredlich[26]) besessen, so haftet er dem Eigenthümer für allen Schaden, Früchte, Nutzungen und Kosten, gleich einem unredlichen vollständigen Besitzer.

§. 249. Doch kann der Eigenthümer auch von einem solchen unvollständigen Besitzer nur diejenigen Erstattungen fordern, die er von dem vollständigen nicht erhalten kann[27]).

§. 250. Soweit der an sich redliche unvollständige Besitzer Veränderungen gemacht hat, wozu ihn sein Titel nicht berechtigte, ist derselbe, im Verhältniß gegen den Eigenthümer[28]), einem unrechtfertigen Besitzer gleich zu achten.

---

# Achter Titel.

## Vom Eigenthume.

Gemeines Recht: Westphal, System des Römischen Rechts über die Arten von Sachen, Besitz, Eigenthum ꝛc., Frankfurt u. Leipzig, 1788, 1791, S. 261—784. Reinhard (gräflich Bentheimischer Regierungsrath zu Steinfurth), Versuch einer systematischen Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Frankfurt u. Leipzig 1800, Gießen 1801. Gesterding, ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthume. Greifswald 1817. Plütter, die Lehre vom Eigenthume. Berlin 1831. Kritz, Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechtes. Dresden u. Leipzig 1834. v. Zirkler, Eigenthum, Eigenthumsrecht, Dominium; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IV, S. 141 ff. — Preußisches Recht: Bornemann, systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. II,

---

25a) Die §§. 243, 244 ergänzen zugleich die Bestimmungen hinsichtlich des Ortes der Leistung, soweit dieser auf den Kostenpunkt Einfluß hat. Vergl. Anm. 7 zu §. 248, Tit. 5.

25b) Vergl. unten die Anm. 28.

26) Auch gegen den unvollständigen Besitzer wird die Fiktion aus §. 222 eintreten, wenn gegen ihn geklagt wird. S. die folg. Anm.

27) Vorausgesetzt ist bei der Theorie des L.R., daß außer dem unvollständigen Besitzer auch noch ein vollständiger vorhanden sein müsse. Deshalb verweiset das Gesetz den Eigenthümer hauptsächlich an den Letzteren und nur in subsidium an den Ersteren. (Simon a. a. O. S. 334.) Die Nutzanwendung davon ist: die Abforderungsklage muß gegen Beide angestellt werden, wenn sie von Erfolg sein soll. Wird sie gegen den Miether oder Pächter allein gerichtet, so wehrt dieser den Anspruch mit der Nomination (exceptio deficientis legitimationis passivae) ab; wird gegen den vollständigen Besitzer allein geklagt, so ist das kondemnatorische Urtel gegen den Pächter oder Miether nicht vollstreckbar, es muß dann gegen diesen noch besonders geklagt werden.

28) Hieraus ist zu schließen, daß die Redlichkeit (§. 246) und Unredlichkeit (§. 248) auf das Verhältniß zu dem Eigenthümer, nicht auf das zu dem vollständigen Besitzer bezogen werden muß. Wer z. B. eine Sache von dem nicht bevollmächtigten Sohne des Besitzers miethet oder leihet, aber nicht weiß, daß solche einem Dritten gehört, ist im Verhältnisse zu diesem nicht unredlich; wer aber weiß, daß der Vermiether oder Verleiher die Sache unrechtmäßig besitzt, ist im Verhältnisse zu dem Eigenthümer ein unredlicher Besitzer, wenn schon er die Sache von dem verfügungsfähigen Besitzer selbst rechtmäßig erhalten hat.

S. 1 ff. Mein Preußisches Privatrecht, 3. Ausg. §§. 252 u. flg. Körner, das unbewegliche Eigenthum nach Preußischem Rechte. Eine systematische Darstellung. Nach Lage der neuesten Gesetzgebung und mit Rücksicht auf deren Erörterung durch Praxis und Wissenschaft entworfen. Berlin 1843. Dazu m. Rezension in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, von Richter und Schneider, 8r Jahrg. (1844) S. 223 ff. Förster, Theorie u. Praxis des heutigen gem. preuß. Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 3, Berlin 1868. Zweites Hauptstück.

Begriff.

§. 1. Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes [1]), mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten, zu verfügen [1a]).

Gegenstand des Eigenthums.

§. 2. Alles, was einen ausschließlichen Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums.

§. 3. Sachen, von deren Benutzung, ihrer Natur nach, Niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigenthum einzelner Personen werden.

§. 4. Ein Gleiches gilt von Sachen, welche durch die Gesetze des Staats vom gemeinen Verkehr ausgenommen sind [2]).

§. 5. Daß eine Sache, die an sich ein Gegenstand des Eigenthums sein kann, vom gemeinen Privatverkehr ausgenommen sei, wird nicht vermuthet.

Personen, welche Eigenthum erwerben können.

§. 6. Ein Jeder, den die Gesetze nicht besonders ausschließen, kann durch sich selbst oder durch Andere Eigenthum erwerben.

§. 7. Aus der eintretenden Unfähigkeit zur Erwerbung von Sachen gewisser Art folgt noch nicht die Unfähigkeit zur Fortsetzung des Eigenthums von vorhin schon erworbenen Sachen derselben Art [3]).

§. 8. Wird aber zur Ausübung gewisser mit dem Eigenthume einer Sache verbundener Rechte, zugleich eine persönliche Eigenschaft erfordert, so ruht die Ausübung dieser Rechte, so bald und so lange dem dermaligen Eigenthümer die persönliche Eigenschaft ermangelt.

1. Ed. v. 9. Oktober 1807, betr. den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthums. (G.S. 1807, S. 171.)

§. 1. Jeder Einwohner unserer Staaten ist, ohne alle Einschränkung in Beziehung auf den Staat, zum eigenthümlichen und Pfandbesitz unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtigt [4]); der Edelmann also nicht nur zum Besitz bloß adeliger, sondern auch unadeliger, bürgerlicher und bäuerlicher Güter aller Art, und der Bürger und Bauer nicht bloß zum Besitz bürgerlicher, bäuerlicher und anderer unadeliger, sondern auch adeliger Grundstücke, ohne daß der eine oder der andere zu irgend einem Gütererwerb einer besondern Erlaubniß bedarf, wenn gleich, nach wie vor, jede Besitzverände-

1) Sei es dinglich, oder bloß persönlich. In dieser weiten Ausdehnung des Begriffs heißt das Eigenthum soviel wie rechtliche Herrschaft über irgend einen Gegenstand des Vermögensrechts in seiner Totalität. Im engeren und eigentlichen Sinne ist Eigenthum bekanntlich selbst ein Recht und zwar das ausgedehnteste dingliche Recht über eine körperliche Sache und kann mithin gleichfalls Gegenstand jenes Eigenthums im weitesten Sinne sein. In der Anwendung macht jedoch das L.R. von diesem weiten, dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens angehörigen, Begriff des Eigenthums wenig Gebrauch; man hat sich mindestens an den Begriff des eigentlichen Eigenthums gehalten.

1a) (5. A.) Siewert, Versuch einer Uebersicht der Lehre von den Rechten auf fremdes Eigenthum; in den Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuen allgemeinen preußischen Landesgesetze. Heft 3 (Halle 1801), S. 11.

2) Res extra commercium. S. Tit. 4, §§. 15 ff. und die Anm. dazu.

3) Dieser Satz hat im heutigen Rechte seine praktische Bedeutung verloren. Er bezog sich hauptsächlich auf die sog. adeligen Güter und das ehemalige Erforderniß des persönlichen Adels zum Erwerbe eines Gutes dieser Art. Der Verlust des Adels sollte nicht die Nöthigung zur Veräußerung eines derartigen Besitzthums zur Folge haben. Jetzt ist der Wirkungskreis der Bestimmung auf gewisse Beamtenverhältnisse beschränkt, z. B. bei dem Bergbaue, II, 16, §§. 138—140; bei der Forstverwaltung, K.O. v. 5. Sept. 1821 (G.S. S. 158).

4) In Gemäßheit dieses Gesetzes ist auch in den ehemals königl. sächsischen Landestheilen die Anordnung, daß Personen bäuerlichen Standes weder Lehn-Rittergüter erwerben, noch Mitbelehnschaften daran erlangen können, außer Kraft gesetzt worden, durch die K.O. vom 7. Febr. 1845 (G.S. S. 96).

rung den Behörden angezeigt werden muß. Alle Vorzüge, welche bei Gütererbschaften der adelige vor dem bürgerlichen Erben hatte, und die bisher durch den persönlichen Stand des Besitzers begründete Einschränkung und Suspension gewisser gutsherrlichen Rechte fallen gänzlich weg.

In Absicht der Erwerbsfähigkeit solcher Einwohner, welche den ganzen Umfang ihrer Bürgerpflichten zu erfüllen, durch Religionsbegriffe verhindert werden, hat es bei den besonderen Gesetzen sein Verbleiben [5]).

2. Verf.-Urkunde v. 31. Januar 1850.

Art. 12. Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse. Den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten darf durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen [6]).

3. K.O. v. 29. Februar 1812, wegen Ausschließung der Mitglieder der Provinzial-Domänen-Verwaltungen, von Erwerbung der Domänen-Grundstücke ihrer Provinz. (G.S. S. 16.)

Das Gesetz vom 18. April 1764, welches Kriegsräthe, so lange sie im Staatsdienste stehen, von allen Arten von Pachtungen ausschließt, darf seiner Absicht nach, um Mißbräuche zu verhüten, bei den Domänen-Veräußerungen nicht ohne Anwendung bleiben. Ich will diese jedoch, nach Ihrem Antrage, dahin hiermit bestimmen, daß Mitgliedern der Provinzial-Domänen-Verwaltungen zwar die Erwerbung von Domänen-Grundstücken in andern Provinzen, als in welchen sie angestellt sind, und arbeiten, ohne weiteres, in derselben Provinz aber nur nach vorgängiger Dispensation des Chefs der obern Domänen-Verwaltung auf den Antrag des Präsidenten der Provinzial-Verwaltung, sowohl direkte als durch Cession nachgelassen sein soll [7]).

4. K.O. v. 5. September 1821, daß kein im Königl. Officio sich befindender Forstbediente in der Angrenzung der unter seiner Aufsicht stehenden Forst ein Grundstück erwerben darf. (G.S. S. 158.)

Ich bestimme hiermit auf Ihren Bericht vom 6. v. M., daß kein im Dienst des Staats stehender Forstbediente, ohne Unterschied seines Ranges, befugt sein soll, ein Grundstück zu erwerben, welches in den seiner Aufsicht und Verwaltung anvertrauten Forsten und Revieren, ein Holzungs-, Hütungs- oder sonstiges Recht hat, oder mit demselben grenzet [8]). Ausnahmen hiervon dürfen nur in besonders dazu geeigneten Fällen, auf den Antrag der Provinzial-Regierungen, durch das Finanzministerium gestattet werden.

5. K.O. v. 28. März 1809, wegen der von Ausländern zu erwerbenden adeligen Güter und Domänen-Vorwerke. (Mathis VIII, S. 26; Rabe X, S. 77.)

Ich genehmige es, als nothwendig und rathsam, daß nicht nur das Inkolat in denjenigen Provinzen, wo es eingeführt ist, rücksichtlich der Ausländer [9]), die in Unsern Staaten Güter erwerben wollen, ferner bestehen bleibe, sondern auch in den Provinzen, wo solches bisher nicht üblich war, ohne Spezial-Konzessionen des Ministeriums des Innern keinem Ausländer die Akquisition eines adeligen Gutes oder Domänen-Vorwerks gestattet werde. Die Konzessionen authorisire ich Euch, im Fall

5) Diese Bestimmung ist durch die Verf.-Urk. v. 31. Januar 1850, Art. 12 (s. den folg. Zus. 2) modifizirt worden.

6) Hiernach können nun auch Mennoniſten und Juden ohne Unterschied Grundeigenthum erwerben, aber sie können auch gezwungen werden, Kriegsdienste zu thun.

7) Schon bei Domänen-Veräußerungen in der früher beliebten Form von Erbpachten waren die bei den Domänen-Aemtern angestellten Offizianten ausgeschlossen, nach einer K.O. vom 12. Mai 1798. (Rabe, Bd. V, S. 112.) Auch auf Domänen-Rentbeamte bezieht sich die Bestimmung. R. des Hausmin. vom 18. Jan. 1837 und 4. Dez. 1837 (v. Kamptz, Annal., Bd. XXI, S. 28 u. 891).

8) Dies Verbot war schon 1810 von Seiten der Sektion im Ministerium für Domänen und Forsten durch ein R. v. 10. Juli 1810 erlassen, doch nur mit dem Nachtheile der Versetzung des Akquirenten. (Rabe, Bd. X, S. 377.) Die Erwerbung selbst war gültig, da das Recht durch das Ministerium nicht verändert werden konnte. Jetzt ist das anders. Die K.O., welche Gesetzeskraft hat, erklärt dergleichen Forstbedienten für nicht befugt zu solcher Erwerbung, mithin sind sie unfähig und bedürfen dazu der Genehmigung des Ministeriums.

9) In Ansehung der Inländer ist es durch das Ed. v. 9. Okt. 1807 (Zus. 1) gänzlich aufgehoben.

dergleichen Akquirenten den Unterthaneneid ableisten, chargegebührenfrei bloß gegen die gewöhnlichen Kanzleisporteln und Stempelgebühren zu ertheilen, nur bei etwanigen Bedenken habt Ihr Meine Genehmigung einzuholen [10]).

---

10) Die deutsche Bundesakte Art. 18, Nr. 1 sichert zwar den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten das Recht zu, Grundeigenthum außerhalb des Staats, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu sein, als dessen eigene Unterthanen. (G.S. 1818, Anh. S. 153.) Dadurch ist jedoch die K.O. v. 28. März 1809 nicht aufgehoben, sondern als fernerhin gültig zu erachten. Schr. des J.M. v. 12. Sept. 1836 (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 266). (5. A.) Dagegen findet die Kabinetsorder vom 28. März 1809 auf nichtpreußische Angehörige des Norddeutschen Bundes nach einer Cirkularverfügung des Ministers des Innern vom 8. April 1868 keine Anwendung. Hiervon setzt der Justizminister durch die Allgemeine Verfügung vom 4. Mai 1868 (J.M.Bl. S. 134) die Gerichtsbehörden mit dem Bemerken in Kenntniß, daß durch diese Bestimmung die gesetzliche Verpflichtung zur Ableistung des Homagialeides nicht berührt wird und die Angehörigen des Norddeutschen Bundes in gleicher Weise wie die Inländer in Gemäßheit der Allgemeinen Verfügung vom 14. Februar 1842 (s. weiter unten, Absatz 2) zu dessen Ableistung anzuhalten sind. — Diese Cirkularverfügung vom 8. April 1868 lautet: „Der königlichen Regierung eröffne ich auf den Bericht vom 28. Nov. v. J., betreffend die Ausübung ständischer Rechte Seitens solcher nichtpreußischen Rittergutsbesitzer, welche Angehörige des Norddeutschen Bundes sind, daß ich mich mit den von Derselben entwickelten Ansichten im Allgemeinen nur einverstanden erklären kann. Die Provinzial- und Kreisordnungen aus dem Jahre 1823 u. folg. machen die Ausübung der ständischen Rechte in dinglicher Beziehung von dem Besitze eines qualifizirten Gutes, in persönlicher von der Gemeinschaft mit einer der christlichen Kirchen (welches Erforderniß indeß durch die Verfassungsurkunde in Wegfall gekommen ist), von der Vollendung des vierundzwanzigsten beziehungsweise dreißigsten Lebensjahres, von einem unbescholtenen Rufe und Ableistung des Homagialeides abhängig. Die Eigenschaft eines preußischen Unterthanen wird aber hierzu nicht erfordert. Auch die ꝛc. K.O. vom 28. März 1809, indem sie den Erwerb adeliger Güter und Domänen-Vorwerke durch Ausländer an die Ertheilung einer Spezialkonzession des Ministers des Innern knüpfte, hatte denselben eine Beschränkung in der persönlichen Ausübung der ständischen Rechte nicht auferlegt; vielmehr war der Hauptzweck derselben nur darauf gerichtet, die Ausübung der letzteren durch Personen zu hindern, welche sich nicht durch Ableistung des Homagialeides in Bezug auf diese Güter zur persönlichen Leistung der Unterthanenpflichten bereit erklärten. Es wurde dafür den Ausländern, sobald sie die Spezialkonzession erlangt und den Homagialeid abgeleistet hatten, auf Grund der Provinzial- und Kreisordnungen gestattet, die mit ihren inländischen Rittergütern verbundenen ständischen Rechte persönlich wahrzunehmen. Erst die ꝛc. Kabinetsorder vom 15. Februar 1858 — mitgetheilt durch den Cirkularerlaß vom 28. Februar desselben Jahres — ordnete an, daß in die nach Maßgabe der Order vom 28. März 1809 den Ausländern bei Erwerbung eines Gutes zu ertheilende Spezialkonzession die Bedingung aufgenommen werde, daß der Besitzer des Gutes die mit demselben verbundenen ständischen Rechte, namentlich die Theilnahme an den Kreistagen, nur durch einen inländischen Stellvertreter und zwar aus der Zahl der zur persönlichen Ausübung ständischer Rechte befähigten Rittergutsbesitzer ausüben dürfe. Mit dem Art. 3 der Norddeutschen Bundesverfassung, beziehungsweise dem §. 1, Nr. 2 des Bundes-Freizügigkeitsgesetzes vom 1. Nov. v. J., wonach jeder Bundesangehörige an jedem Orte innerhalb des Bundesgebietes Grundeigenthum aller Art unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische erwerben kann, läßt sich aber die Ertheilung von Spezialkonzessionen an nichtpreußische Bundesangehörige zum Erwerbe von Rittergütern auf Grund der ꝛc. K.O. vom 28. März 1809 nicht vereinbaren; denn für Inländer besteht eine Verpflichtung zur Nachsuchung solcher Konzessionen nicht. Fällt sonach die Ertheilung von Spezialkonzessionen an nichtpreußische Bundesangehörige überhaupt fort, so kann auch die Bestimmung der Kabinetsorder vom 15. Febr. 1858 über die in die Spezialkonzession aufzunehmende Bedingung wegen Ausübung der ständischen Rechte durch einen inländischen Stellvertreter ferner keine Anwendung finden, und sind dieselben demgemäß, wenn sie Rittergüter in Preußen erwerben, unter denselben, oben angegebenen Voraussetzungen zur persönlichen Wahrnehmung der ständischen Rechte zuzulassen, wie die Inländer. — Ebenso wenig aber wie in Zukunft noch Spezialkonzessionen mit Beschränkung der Ausübung der ständischen Rechte an Bundesangehörige zu ertheilen sind, können die den früher ertheilten derartigen Konzessionen beigefügten Bedingungen noch in Wirksamkeit erhalten werden. Anderenfalls würde unter den Bundesangehörigen, je nachdem sie Rittergüter in Preußen vor oder nach der Emanation der Bundesverfassung erworben haben, wiederum eine Rechtsungleichheit eingeführt, welche gegenüber der mehrerwähnten Bestimmung der Bundesverfassung nicht wohl bestehen kann. — Es ist zwar, ungeachtet der Art. 18 der Deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 eine mit dem Art. 3 der Norddeutschen Bundesverfassung im Wesentlichen gleiche Bestimmung in Betreff des Erwerbes von Grundeigenthum durch die Unterthanen der Deutschen Bundesstaaten enthielt, in dem von der königl. Regierung angezogenen Schreiben der Ministerien des Innern und der auswärtigen Angelegenheiten vom 18. August 1836 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLVIII, S. 266) die Ansicht ausgesprochen, daß die ꝛc. Kabinetsorder vom 28. März 1809 durch den Art. 18 der Bundesakte nicht

Fürstliche Personen, welche sich außerhalb Landes aufhalten, müssen fortdauernd einen Stellvertreter im Lande bestellen, und diesen in einer schriftlich auszufertigenden Urkunde zur Erfüllung aller

---

für aufgehoben zu erachten sei, und ist diese Ansicht auf die Erwägung gegründet, daß von Ausländern, wenn sie Rittergüter im Inlande erwerben, nicht weniger gefordert werden dürfe, als von den eigenen Staatsangehörigen, und daß, wenn Letztere, bei ihrem sonstigen persönlichen Staatsangehörigkeits-Verhältnisse, sogar selbst noch erst eine besondere persönliche Befähigung zur Ausübung der mit dem Besitze von Rittergütern verbundenen Rechte und Pflichten durch Ableistung des Homagialeides zu erlangen hätten, dieselbe Verpflichtung auch den Ausländern obliegen müsse. Allein die Ertheilung der Spezialkonzession zum Erwerbe eines Rittergutes ist nicht als die nothwendige Vorbedingung für die Ableistung des Homagialeides, vielmehr umgekehrt die Erklärung des die Konzession Nachsuchenden, den Eid leisten zu wollen, als die Vorbedingung für die Ertheilung der Konzession zu betrachten. Wenn demnach auch die Ausfertigung der Spezialkonzession wegfällt, so kann und muß doch ferner wie von jedem Inländer, so auch von jedem anderen Angehörigen des Norddeutschen Bundes die Leistung des Homagialeides gefordert werden, bevor für ihn der Besitztitel eines von ihm erworbenen Rittergutes im Hypothekenbuche berichtigt werden kann*). — Hieraus ergiebt sich, daß die ꝛc. Kabinetsorders vom 28. März 1809 und 15. Februar 1858 wegen der Ertheilung von Spezialkonzessionen an Ausländer zum Erwerbe inländischer Rittergüter und wegen der Aufnahme von Bedingungen in dieselben, welche die persönliche Ausübung der ständischen Rechte beschränken, mit Rücksicht auf den Artikel 3 der Norddeutschen Bundesverfassung und den §. 1, Nr. 2 des Bundes-Freizügigkeitsgesetzes vom 1. Nov. 1867 auf nichtpreußische Angehörige des Norddeutschen Bundes keine Anwendung mehr finden, und daß derartige Bedingungen, wie sie früher den an jetzige Bundesangehörige ertheilten Konzessionen beigefügt waren, nicht mehr in Wirksamkeit erhalten werden können. Dagegen muß es bei der gesetzlichen Verpflichtung der Bundesangehörigen zur Ableistung des Homagialeides gleich den Inländern auch ferner sein Bewenden behalten." — Man bemerke die Divergenz der Aeußerung des Justizministers und der Meinung des Ministers des Innern über die Wirkung der Nichtleistung des Homagialeides. Nach des Letzteren Ausspruch soll die Berichtigung des Besitztitels im Hypothekenbuche bis zur Eidesleistung unterbleiben, nach der Weisung des Ersteren sollen die Betreffenden in Gemäßheit der Allgemeinen Verfügung vom 14. Februar 1842 zur Ableistung des Eides angehalten werden.

(3. A.) Der J.M. hat die fortwährende Ableistung durch eine nicht gedruckte Verfügung an die Gerichte vom 23. August 1852 vorgeschrieben; ein Zwang oder gesetzliche Nachtheile können aber bei Verweigerung des Eides nicht eintreten. (4. A.) Im Jahre 1862 ist es jedoch, obgleich in dem R. des J.M. vom 14. Februar 1842 (J.M.Bl. S. 79) verordnet ist, daß die vorgängige Ableistung des Homagialeides nicht Bedingung der Besitztitel-Berichtigung sei, vielmehr die Vorladung des neuen Erwerbers erfolgen müsse, sobald die erste amtliche Benachrichtigung von dem Gutserwerbe erfolgt, da mit diesem Erwerbe zugleich der von obrigkeitlichen, Ehren- und ständischen Rechten verbunden sei, im Bromberger Regierungsbezirke vorgekommen, daß ein Kreisgericht die Besitztitel-Berichtigung verweigert hat, weil die Leistung des, nach der V. vom 26. Dez. 1808 §. 2 (Rabe, Bd. IX, S. 469) und nach dem R. vom 18. Dez. 1810 (Rabe, Bd. X, S. 493), geforderten Homagialeides verweigert sei, und daß das Appellationsgericht diese Verfügung bestätigt hat, weil die „Allerhöchste Kabinetsorder vom 26. Dezember 1808" (eine solche „Kabinetsorder" giebt es nicht) noch in voller Kraft bestehe. Auf die hiergegen bei dem Hause der Abgg. in der Sommersession von 1862 eingereichte Petition beschloß das Abgg.-Haus den Schlußantrag der Petition: die Staatsregierung aufzufordern, daß sie einen Gesetzesvorschlag wegen Beseitigung der Leistung des Homagialeides vorlege, — der Staatsregierung mit der Erwartung zu überweisen, daß dieselbe ein Gesetz über die Aufhebung des Homagialeides vorlege. (IV. Bericht der Kommission für das Justizwesen über Petitionen, vom 16. August 1862, Drucksachen Nr. 123, S. 27, u. stenogr. Bericht, 42ste Sitzung, v. 29. Aug. 1862, S. 1464.) — Nachdem den Rittergutsherren die Ortspolizei-Obrigkeit wieder zurückgegeben oder vielmehr neu bestätigt worden, hat die Abforderung des Homagialeides allerdings Bedeutung, und die Verweigerung kann die Entziehung der Ausübung jenes politischen Rechts zur Folge haben. Ueber altes Recht: Lemann, über den Huldigungseid nach preußischen Gesetzen. Insterburg 1815, 30 S., 8. — Gründlicher darüber ist die historische Notiz in den Entsch. des Obertr. Bd. XXXVIII, S. 452 u. folg. — In Westpreußen hatten die Beamten, nach der Marienwerderschen Regierungsinstruktion v. 21. Sept. 1773, außer dem Diensteide, auch noch den Huldigungseid zu leisten. Dieses Verfahren ist durch die K.O. vom 17. Juli 1834, welche die Abschaffung des Homagialeides für die Beamten zu verfügen befiehlt, abgeändert. (Jahrb. Bd. XLIV, S. 105.) Diese provinzielle Verfassungsänderung ist hin und wieder so aufgefaßt worden, als wenn die Beamten überhaupt, auch bei der Erwerbung eines Rittergutes, den Homagialeid nicht zu leisten hätten. In dieser Beziehung giebt das R. des J.M. vom 11. Nov. 1842, Journal Nr. III, 7666 (ungedruckt), folgenden Bescheid: „Auf Ihre Beschwerde vom

*) Das folgt aus der Nichtleistung des Homagialeides nicht. Nach logischen Gesetzen kann die Folge der Renitenz nur Ausschließung des Besitzers von der Ausübung der ständischen und publizistischen Rechte, namentlich Verwaltung der Polizei durch den Staat auf Kosten des Renitenten sein, bis er den ihm abgeforderten Eid ausgeschworen hat. D. H.

gesetz- und verfassungsmäßigen Vasallen- und Unterthanenpflichten beauftragen; dahingegen soll von fürstlichen Personen, die in Meinen Staaten ihren Wohnsitz nehmen wollen, nur die schriftliche Vollziehung des Unterthaneneides gefordert werden.

---

16. Sept. d. J. wird Ihnen bei Rückgabe der Anlage eröffnet, daß Sie von der Ableistung des Huldigungseides nicht entbunden werden können, da bis jetzt nicht allgemein festgesetzt ist, daß der Amtseid den besonderen Unterthaneneid bei Erwerbung eines eximirten Gutes überflüssig mache. Ebenso ist diese Eidesableistung von der Berichtigung des Besitztitels unabhängig."

Die Erwerbung ist übrigens nicht ungültig, man berichtigt nur den Besitztitel nicht ohne die Konzession, wodurch der ausländische Erwerber in der rechtlichen Verfügung über das Gut verhindert wird, wenn sie nicht in der Veräußerung selbst besteht. Denn hat er dasselbe einmal wieder verkauft, so bedarf er behufs Berichtigung seines Besitztitels einer Konzession nicht, zumal jetzt der Besitztitel unmittelbar für seinen Nachfolger, unter geschichtlicher Erwähnung des Zwischenbesitzers, berichtigt werden kann. (4. A.) Auch das Obertr. hat angenommen, daß Unterthanen anderer deutscher Bundesstaaten ohne vorherige Beibringung der Spezialkonzession zur Erwerbung, selbst in öffentlichen Subhastationen zuzulassen seien, und daß die nach der Erwerbung eines solchen Gutes verweigerte Ertheilung der nachgesuchten Spezialkonzession nur die Wirkung hat, daß das Gut von Neuem, sei es aus freier Hand, sei es mittelst nothwendiger Subhastation, zum Verkaufe gestellt werden muß. Erk. vom 2. Okt. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 238 und Entsch. Bd. XLVIII, S. 448). Die Spezialkonzession des Ministeriums zum Erwerbe eines adeligen Guts in Preußen ist bei fremden, nicht den deutschen Bundesstaaten angehörigen, namentlich bei russisch-polnischen Unterthanen, eine Bedingung des Erwerbs, vor Ertheilung derselben können sie das Eigenthum nicht erlangen. So sagt das Obertr. in dem Erk. vom 7. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI. S. 311). Die Entscheidung gründet sich auf die K.O. vom 28. März 1809. Diese befiehlt ganz klar, daß ohne Spezialkonzession keinem Ausländer die Akquisition eines adeligen Gutes gestattet werde; aber wenn es doch geschieht, was für ein Rechtsverhältniß oder Rechtszustand dann eingetreten sei, darüber bestimmt die K.O. gar nichts. Nach dem Ausspr. des Obertr. müßte der zugelassene Erwerber gar nichts erworben haben. Der Ausspruch entbehrt jedoch jeder gesetzlichen Grundlage. Denn das allegirte Min.-Reskr. vom 13. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 583), von welchem gesagt wird, daß es „geradezu wider ihn (nämlich mich) spricht", ist völlig unerheblich. Einestheils sagt es weiter nichts, als was die K.O. vom 28. März 1809 a. E. enthält, berührt also die vorliegende Frage ebenso wenig wie die K.O. selbst; anderentheils hat es keinen höheren rechtlichen Werth als das ihm ebenbürtige Cirk.-R. des J.M. vom 20. August 1805 (Mathis, Bd. I. S. 485), betr. nähere Bestimmungen wegen des Verkaufs adeliger Güter an besitzunfähige Personen bürgerlichen Standes. Dieses sieht dergleichen Verkäufe gar nicht als an sich verbotene an, sondern verweist, wegen der gerichtlichen Aufnahme solcher Kontrakte, auf die Vorschrift der A.G.O. II, 2, §. 27, und in Betreff der öffentlichen Subhastationen adeliger Güter soll dem Besitzunfähigen zwar das Lizitiren nicht verwehrt, aber doch der Zuschlag vor Beibringung der Konzession nicht ertheilt werden. Kann nun auch ein Solcher im Verwaltungswege, nämlich durch den dazu instruirten Kommissarius, vom Mitbieten abgehalten werden, so folgt doch daraus nicht, daß, wenn es nicht geschehen, vielmehr der Zuschlag ertheilt ist, gar kein Eigenthum erworben wäre. Was weiterhin gesagt wird, ist auch logisch nicht konsequent. „Durch den Zuschlag geht Eigenthum über (die Sache war eine Subhastation); der Richter darf aber nicht zuschlagen ꝛc." Wenn er aber doch zuschlägt — so muß man hieraus folgern —; so hat jener Bieter also doch Eigenthum erworben. Folgerichtig würde es sein, wenn das Obertr. gesagt hätte: durch den Zuschlag geht kein Eigenthum über, wenn u. s. w. Aber das Obertr. hat schon Recht: es geht Eigenthum über. Nun, die gleiche Wirkung muß eintreten, wenn auf Grund eines Privatverkaufs die Uebergabe vollzogen wird, was kein Richter und keine Staatsgewalt verhindern kann. Dann entsteht die Frage: was thun, wenn die Parteien ruhig sind? Darüber fehlt es nicht an älteren Bestimmungen, denn das ältere Recht hatte mehrere Fälle, wo gewisse Personen aus politischen Gründen für besitzunfähig in Beziehung auf gewisse Gegenstände erklärt waren, z. B. Bürgerliche in Beziehung auf adelige Güter; Juden in Beziehung auf Grundstücke überhaupt; Mennoniten beziehungsweise noch jetzt. In diese Kategorie gehören jene Ausländer in Beziehung auf adelige Güter. Das ältere Recht in Betreff der beiden erstgenannten Klassen, und das heute noch bestehende Recht in Betreff der Mennoniten, weiß nichts von der behaupteten Rechtlosigkeit der Erwerber, die Staatsbehörde zwang und zwingt die Erwerber wegen ihrer Besitzunfähigkeit zur sofortigen Wiederveräußerung. Das ist alles. Sagt nun das Obertr., ein solcher Erwerber könne das Eigenthum ohne Konzession nicht erlangen, so hat es nicht nur gar keine gesetzliche Bestimmung für sich, sondern die Analogie der bezeichneten Gesetze „spricht gerade wider ihn" (es). (S. 315 a. a. O.) Diese Gesetze haben überhaupt nicht eine Erwerbsunfähigkeit, sondern eine Besitzunfähigkeit im Sinne; es ist kein Gedanke dabei, einen Ausländer, der wirklich erworben, z. B. ein Gut ererbt hat, für rechtlos zu erklären. — Hiermit soll die Entscheidung selbst, wodurch dem ohne Konzession meistbietend gebliebenen Ausländer der Zuschlag verweigert worden ist, durchaus nicht angefochten werden. Nur was in den Gründen ganz unnöthig als Rechts-

6. Ges. v. 4. Mai 1846 über die Erwerbung des Grundeigenthums für Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes. (G.S. S. 235.)

§. 1. Ausländische Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes können Grundeigenthum innerhalb Unserer Staaten nur mit Unserer Genehmigung erwerben.

§. 2. So lange diese Genehmigung nicht ertheilt ist, sind die auf einen solchen Erwerb bezüglichen Verhandlungen nichtig[10a]).

7. K.O. v. 25. Januar 1831, betreffend die Erwerbung von Rittergütern durch Dorfgemeinen oder von Mitgliedern derselben. (G.S. S. 5.)

Ein Kauf-—Geschäft, wodurch Dorfgemeinen, als moralische Person, oder einzelne Klassen oder mehrere Mitglieder derselben, ein Rittergut ganz oder theilweise erwerben, ohne Unterschied, ob sie es in Gemeinschaft behalten oder unter sich vertheilen wollen, soll nur dann erst rechtsgültig sein und einen gerichtlichen Anspruch wider die Erwerber begründen, wenn solches von der Provinzial-Regierung zuvor geprüft und genehmigt worden[10b]).

Von den unter dem Eigenthume begriffenen Rechten.

§. 9. Zum vollen Eigenthume gehört das Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen[11]), und sich derselben zu begeben.

§. 10. Das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen, wird Proprietät genannt.

§. 11. Das Recht, eine Sache zu seinem Vortheile zu gebrauchen, heißt das Nutzungsrecht.

§. 12. Das zum Eigenthume gehörige Nutzungsrecht erstreckt sich auf alle[12]) Vortheile, welche die Sache gewähren kann.

§. 13. Der Eigenthümer ist von dem Gebrauche seiner Sache, so weit es die Gesetze nicht ausdrücklich verordnen, Niemandem Rechenschaft zu geben schuldig[13]).

Eintheilungen des Eigenthums.

§. 14. Wenn das volle Eigenthum über eine Sache mehreren Personen zukommt, so ist ein gemeinschaftliches Eigenthum vorhanden.

§. 15. Die Personen, welche ein solches gemeinschaftliches Eigenthum haben, werden Miteigenthümer der Sache genannt.

§. 16. Das Eigenthum einer Sache ist getheilt, wenn die darunter begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Personen zukommen[13a]).

§. 17. In sofern mehrere Personen an einem dieser Rechte Theil nehmen, ist das Recht, nicht aber die Sache selbst, ihr gemeinschaftliches Eigenthum.

---

satz über die Wirkung der Erwerbung, wenn sie geschehen wäre, behauptet wird, ist bekämpft worden. Zur Begründung der Entscheidung genügen ein Paar Zeilen.

Die sich auf Eigenthumserwerb beziehende K.O. vom 28. März 1809 kann nicht auf die Erwerbung des Nießbrauchs oder des Verwaltungsrechts durch Heirath ausgedehnt werden.

10a) (5. A.) Der Handelsminister und der Minister des Innern haben durch Reskr. v. 23. Okt. 1868 erklärt, daß das Gesetz vom 4. Mai 1846, wonach ausländische Korporationen und juristische Personen des Auslandes Grundeigenthum nur mit landesherrlicher Genehmigung erwerben können, durch die Norddeutsche Bundesverfassung nicht aufgehoben ist.

10b) Zu vergl. unten: Th. II, Tit. 6, §. 83 u. Tit. 7, §. 33, und die zu §. 33 in der Anm. 29 mitgetheilte Instruktion zur K.O. v. 28. Januar 1831.

11) Und jeden Anderen davon auszuschließen. §. 1.

12) Vermöge dieses unbeschränkten Nutzungsrechtes haben z. B. diejenigen Miteigenthümer eines Grundstückes in einer Mark, welche außerhalb wohnen, gleichfalls das Recht zur Behütung, wenn die Einheimischen das Grundstück behüten; sie können deshalb, weil sie Ausmärker sind (außer der Mark wohnen), von der Mithut auf dem gemeinschaftlichen Privatgrundstücke nicht ausgeschlossen werden. Pr. des Obertr. v. 9. Okt. 1847 (Entsch. Bd. XV. S. 421).

13) Die Zerlegung des Eigenthums in verschiedene selbstständige Rechte an dem Gegenstande, welche sich in den §§. 10—13 findet, gehört der damals herrschenden Theorie an; sie ist dem R. R. ganz fremd und auch für das heutige Recht ohne praktischen Werth.

13a) (2. A.) Das getheilte Eigenthum ist, mit Ausnahme der Thronlehen und der feuda extra curtem, als besondere Form des Besitzrechtes aufgehoben. Ges. v. 2. März 1850, §. 2, Nr. 1 u. 2 (G.S. S. 80) u. Ges. v. 5. Juni 1852 (G.S. S. 319).

§. 18. Wenn es auf Verfügungen über das volle Eigenthum der Sache ankommt, so werden die mehreren Miteigenthümer eines jeden einzelnen darunter begriffenen Rechtes nur als Eine[14]) Person betrachtet.

§. 19. Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt.

§. 20. Wer Miteigner der Proprietät ist, und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird ein nutzbares Eigenthum der Sache beigelegt[15]).

Grundsätze von dem getheilten und eingeschränkten Eigenthume.

§. 21. Das Eigenthum heißt eingeschränkt, wenn dem Eigenthümer nur gewisse Arten der Ausübung der darunter begriffenen Rechte versagt sind.

§. 22. Daß das Eigenthum einer Sache, und die Rechte, welche aus der Natur des Eigenthums fließen, getheilt sind, wird nicht vermuthet.

§. 23. Wer ein volles Eigenthum der Sache hat, für den streitet die Vermuthung, daß dasselbe uneingeschränkt sei[15a]).

§. 24. Auch bei dem getheilten Eigenthume werden Einschränkungen des einem jeden Theilnehmer zukommenden Rechts nur in so fern vermuthet, als sie aus der Natur des dem andern Theilnehmer beiwohnenden Rechts von selbst folgen.

§. 25. Einschränkungen des Eigenthums müssen also durch Natur[16]), Gesetze oder Willenserklärungen bestimmt sein.

§. 26. Jeder Gebrauch des Eigenthums ist daher erlaubt und rechtmäßig, durch welchen weder wohlerworbene[17]) Rechte eines Andern gekränkt, noch die in den Gesetzen des Staats vorgeschriebenen Schranken überschritten werden.

§. 27. Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen.

---

14) Das Recht jedes Einzelnen bezieht sich nicht auf einen ideellen Theil vom Ganzen, sondern auf das Ganze, welches den Gegenstand des Rechtes der mehreren Theilnehmer ausmacht. Daraus erklärt sich das Anwachsrecht der mehreren Theilnehmer, vermöge dessen Einer Alleinberechtigter bleibt, wenn die Uebrigen ausscheiden: eine Successsion findet hier nicht statt.

(4. A.) Ein einzelner Miteigenthümer kann ohne Konkurrenz der anderen Miteigenthümer eine Grundgerechtigkeit für das gemeinschaftliche Grundstück erwerben. Erk. des Obertr. v. 5. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 254).

15) In dem Lehen findet sich diese Vorstellung vollständig entwickelt und durchgeführt. Der Vasall ist Miteigner der Proprietät und Alleineigenthümer des Nutzungsrechtes.

15a) Vergl. §. 14, Tit. 19 u. §. 181, Tit. 7.

16) Des Rechts nämlich, wie der §. 24 zeigt.

17) Unter diesen „wohlerworbenen" Rechten sind freilich nicht bloß solche zu verstehen, wodurch zu Gunsten eines Anderen das Eigenthum beschränkt ist, sondern jedes andere Privatrecht auch. Allein damit ist der Wirkungskreis dieses Gesetzes keineswegs bestimmt. Denn wer sein Recht und namentlich sein Eigenthum gebraucht, der ist Anderen dafür, daß es ihnen unangenehm oder nachtheilig ist, nicht verantwortlich. Darauf hin hat man u. A. auch angenommen, daß z. B. dem Grundeigenthümer, der auf seinem Grunde eine chemische Fabrik anlegt, deren Betrieb bloß deshalb, weil solcher der Nachbarschaft lästig ist und unter Umständen nachtheilig werden kann, nicht untersagt werden kann. Pr. des Obertr. vom 18. Sept. 1848 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 363). Dasselbe hat man angenommen von der Anlegung einer Ziegelei, wenngleich der Rauch davon den Nachbarn schädlich wird, desgl. von der Anlegung eines Wasserlaufes (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 364). — Allein der §. 26 enthält für sich allein noch keinen allgemein gültigen Rechtssatz, sondern findet erst in den beiden folg. §§. 27 u. 28 seine nähere Bestimmung; und es ist mit dem einem Jeden zustehenden Anspruche auf Schutz seines Eigenthums nicht verträglich, daß der Nachbar durch Anlagen ihm dasselbe entwerthen dürfe. Das Weitere s. m. in der folgenden Anm. 18, Satz 2.

(4. A.) Niemand ist daher berechtigt, auf seinem Grundstücke z. B. eine Miststätte zu unterhalten, welche dergestalt mit Jauche angefüllt ist, daß dieselbe des Nachbars anstoßende Mauer durchdringt und das Grundstück desselben überfluthet. Erk. des Obertr. vom 5. November 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 57).

(5. A.) Ueber den Fall, wenn eine Familiengruft bei dem Erweiterungsbau der Kirche in dieselbe gebracht und dadurch vereitelt wird, s. unten, Anm. 66a, Abs. 2 zu §. 184, II, 11.

§. 28. Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigenthums, welcher vermöge seiner Natur[18]) nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann[19]).

---

18) Ein solcher Gebrauch, der nach seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen bezwecken kann, ist z. B. nicht die Anlegung von Oeffnungen in einer unmittelbar an den Hofraum des Nachbars stoßenden Mauer. Die Anlage würde nur dann in eine mißbräuchliche ausarten, wenn damit ein Eingriff in den Eigenthumsbereich des Nachbars verbunden wäre, z. B. die Anbringung sich nach Außen in den Luftraum über des Nachbars Boden öffnender Fensterflügel, Auswerfung oder Ausgießung von Substanzen oder Flüssigkeiten auf des Nachbars Grund, Hinabsteigen durch solche Oeffnungen u. dergl. Aus dem Rechtsgrunde des Mißbrauches können also dergleichen Oeffnungen nicht verhindert werden. Dagegen sind sie aus dem Grunde der gesetzlichen Beschränkung (§. 26) zu verhindern. Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 109.

(2. A.) Der §. 28 schränkt den freien Gebrauch des Eigenthums, zu Gunsten des Nachbars, nur insoweit ein, als er vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen zur Absicht haben kann. In neuerer Zeit ist jedoch bei den Fortschritten der Industrie auch ein solcher Gebrauch aufgekommen, der schon seiner Natur nach das Eigenthum des Nachbars dauernd verschlechtert, mithin ganz gewiß die Kränkung desselben zur Folge hat, nur daß solche Kränkung nicht der eigentliche Zweck der Anlage ist, vielmehr damit ein gewerblicher Zweck verfolgt wird. Dergleichen Anlagen sind z. B. Zinkhütten, Fabriken zur Bereitung von Salzsäuren und anderen solchen chemischen Produkten, bei deren Bereitung Dämpfe entwickelt werden, die das vegetabilische Leben lähmen, wenn nicht gar vernichten. Die in der vor. Anm. 17 mitgetheilte Entsch. des Obertr. v. 18. Sept. 1848 hat, von einem untergeordneten Standpunkte aus, dergl. Anlagen für völlig erlaubt erklärt, so zwar, daß der Nachbar die Vernichtung seines Eigenthums geduldig zu leiden und keinen Anspruch auf Ersatz zu machen habe. In Folge dieses Prinzipes müßte eine wechselseitige Vernichtung des Eigenthums als geordneter Zustand angesehen werden, wenn nicht körperliche Einwirkung und Berührung stattfindet, sondern lediglich durch Naturkräfte aus angemessener Entfernung gewirkt würde. Wäre es also dem menschlichen Geiste gegeben, nach Willkür über bekannte und unbekannte Naturkräfte zu gebieten, so dürfte z. B. ein Ackersmann, dessen Felder durch die Dämpfe der Fabrik des Nachbars unfruchtbar geworden, auf denselben eine andere Anlage zu einem gewerblichen Zwecke machen, welche — in Thätigkeit gesetzt — jene Fabrik, vielleicht mittelst Elektrizität, zertrümmerte. Dabei könnte die bürgerliche Gesellschaft doch unmöglich bestehen. Den schützenden Grundsatz hat schon der §. 92 der Einl., der seinen Ursprung zwar auf einem anderen Felde hat, aber doch auch hier in den absoluten Eigenthumsverhältnissen seine volle Geltung findet. Die Praxis hat, ohne Zweifel in Erwägung der angedeuteten Umstände und Folgen, auch schon umgelenkt, wenn auch nur halbwegs, indem man sich genüßigt gesehen hat, die aufzustellenden Grundsätze wesentlich negativ zu halten. Das Obertr. hat durch Pl.-Beschl. (Pr. 2382) vom 7. Juni 1852 folgende Sätze als Rechtssätze ausgesprochen: „Der Eigenthümer einer Fabrikationsanstalt ist vermöge seines Eigenthumsrechtes nicht unbedingt befugt, die durch den Betrieb einer solchen Anstalt entwickelten Dämpfe auf benachbarte Grundstücke zu verbreiten, und kann den Ersatz eines hierdurch veranlaßten Schadens nicht schon durch die Behauptung abwenden, daß er sich nur eines aus dem Eigenthume folgenden Rechts bedient habe. Ebenso wenig schützt der Umstand, daß die Fabrikationsanstalt mit polizeilicher Erlaubniß angelegt und betrieben worden ist, für sich allein schon gegen die Vertretung eines entstandenen Schadens. — Der Inhaber einer Fabrikationsanstalt kann nach Umständen für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welchen der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht, ohne daß es zur Begründung der Vertretungsverbindlichkeit des Nachweises einer besonderen Verschuldung bei der Anlage und bei dem Betriebe der Fabrikanstalt bedarf." (Entsch. Bd. XXIII, S. 252.) Der Kern hiervon ist: ein Rechtsprinzip ist nicht zu finden, der Richter kann in jedem einzelnen Falle thun was ihm gut dünkt. Da hat der gemeine Menschenverstand doch ein anderes Rechtsbewußtsein. Der arme Mann sagt, vermöge seiner Gleichberechtigung: „Ich will doch auch leben". Das ist das Rechtsprinzip, welches hier zur Anwendung kommt. Alle in den Motiven entwickelte Gelehrsamkeit und Wortfülle beweist nicht soviel wie dieser einfache, unwiderlegbare Satz. Zuletzt ist die Frage doch auf die Lehre von der Kollision der Rechte zurückzuführen, was auch das Obertribunal am Schlusse seiner Ausführung dagegen sagen mag. Die Kollision muß nur aus einem etwas höheren Gesichtskreise aufgefaßt werden, als es dort geschieht. Jeder Eigenthümer hat das Recht, sein Grundstück zu nutzen, wie er kann und mag. Der Ackersmann baut Kartoffeln und Korn, der Fabrikant baut eine Zinkhütte. Beides kann nebeneinander nicht bestehen. Wenn beide Grundstücke nebeneinander liegen, so können beide Nachbarn ihr Eigenthum nicht gleichzeitig, wie sie mögen und können, benutzen; die Zinkhütte macht den Kartoffel- und Kornbau unmöglich. Ich hätte von dem Obertr. gern eine erschöpfende Antwort: warum das keine Kollision sein soll. Nun, wenn es handgreiflich Kollision ist, so folgt Ausgleichung nach dem Grundsatze von der Gleichberechtigung von selbst. Vergl. L. 8. §. 5 D. si servitus vindicetur (VIII, 5). (4. A.) Eine Anwendung des Pl.-Beschl. macht das Obertr. in einem Erk. v. 4. Januar 1859 auf den Fall, wo ein Landmann von Rauch und Hitze der Koaksöfen des Nachbars an seinen Feldfrüchten zu leiden hatte (Entsch. Bd. XL, S. 37). Anzumerken ist hierzu,

§. 29. Der Staat kann das Privateigenthum seiner Bürger nur alsdann einschränken, wenn dadurch ein erheblicher Schade von Andern oder von dem Staate selbst abgewendet, oder ihnen ein beträchtlicher Vortheil verschafft werden, beides aber ohne allen Nachtheil des Eigenthümers geschehen kann.

§. 30. Ferner alsdann, wenn der abzuwendende Schade, oder der zu verschaffende Vortheil des Staats selbst, oder anderer Bürger desselben, den auf der Einschränkung für den Eigenthümer entstehenden Nachtheil beträchtlich überwiegt[20]).

§. 31. Doch muß in diesem letzteren Falle der Staat zugleich dafür sorgen, daß der einzuschränkende Eigenthümer für den dadurch erleidenden Verlust vollständig[20a]) schadlos gehalten werde[21]).

§. 32. In allen Fällen aber können Einschränkungen des Eigenthums, welche

daß in dieser Entscheidung das Obertribunal jenen Plenarbeschluß auf meine Theorie von der Gleichberechtigung zurückführt. (S. 39 a. a. O.)

19) Oben Anm. 82 zu §. 72 der Einleitung.

20) Die Voraussetzungen in den beiden §§. 29 u. 30 hat der Richter nicht zu beurtheilen; der Gesetzgeber hat für die Staatsgewalt diese Vorschriften gegeben, denn dieser allein steht es zu, die Einschränkung oder Entziehung des Eigenthums zum Gemeinwohle auszusprechen. Ein Minister ist dazu nicht ermächtigt. Der Minister der Polizei hat z. B. zwar durch eine Verfügung vom 5. Juni 1833 dem Privatgrundbesitze die Servitut aufgelegt, sich die Truppenübungen ganz nach Willkür der Befehlshaber gefallen lassen zu sollen. (v. Kamptz, Annal. Bd. XVII. S. 559.) Es fehlt jedoch an einer gesetzlichen Bestimmung, wodurch er dazu ermächtigt worden. Vergl. §. 32 d. T. — (3. A.) Wenn aber unter dem Titel einer polizeilichen Anordnung ein Eingriff in das Privateigenthum geschieht, z. B. wenn aus strompolizeilichen Rücksichten die Bepflasterung des dienstbaren Grundgutes angeordnet wird; so kommen weder die §§. 29, 30 d. T. zur Anwendung, noch ist der Rechtsweg in possessorio, in petitorio aber nur unter den Voraussetzungen des §. 2 des G. vom 11. Mai 1842 (G.S. S. 192) zulässig. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Kompetenzkonfl. vom 3. Juni 1854 (J.M.Bl. S. 375), und die Entsch. in einer ähnlichen Sache von demselben Tage (ebd. S. 381). Vergl. oben Anm. 84 zu §. 146, Tit. 7.

20a) Vergl. unten §. 9, Tit. 9 u. die Anm. 5a dazu.

21) Die Bestimmung ist nur dann anwendbar, wenn ein, in seinen Eigenthumsrechten nicht eingeschränkter Besitzer einer Sache, nach den in jedem einzelnen Falle besonders zu treffenden Anordnungen des Staats, zum Wohle des Ganzen oder Einzelner sich Beschränkungen seines Eigenthums unterwerfen muß, welche ihm Nachtheile bringen. (5. A.) Den Eigenthümern der die Straße begrenzenden Wohnhäuser und Gebäude z. B. muß dasjenige Recht der Benutzung der Straße und der ungeschmälerten Kommunikation mit derselben, dessen sie ihrer Lage nach bedürftig sind, nicht bloß vergünstigungsweise oder nach administrativem Ermessen, sondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechtes gewährt werden und Veränderungen in der Anlage oder dem Nivellement der Straße, durch welche jenem Rechte Eintrag geschieht, dürfen, wo solche durch Gründe des öffentlichen Wohles geboten sind, nur gegen Entschädigung des Beeinträchtigten vorgenommen werden. Erk. des Obertr. v. 10. April 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 277). Sie ist aber nicht anwendbar, wenn das Eigenthum gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, von welchen in den §§. 33 ff. die Rede ist. Dann treten die Vorschriften Tit. 22, §§. 1 u. 2 ein. Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 377. Pr. 2220 (Pl.-Beschl.) vom 1. Juli 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 3). — S. o. die Anm. 84 in §. 75 der Einleitung.

Die von der Polizei verweigerte Erlaubniß zur Wiederbebauung einer Stelle, auf welcher bereits ein Gebäude mit polizeilicher Erlaubniß errichtet gewesen, ist nicht als eine der, in den §§. 66 ff. d. T. vorgeschriebenen Einschränkungen des Eigenthümers bei dem Bauen zu betrachten, sondern als eine zum Wohle des gemeinen Wesens erfolgende Einschränkung des Privateigenthums, die für den betroffenen Besitzer der Baustelle einen Entschädigungsanspruch, gemäß §. 75 Einl. u. §. 31 d. T., begründet. Pr. 220, v. 8. April 1837. (5. A.) Ueber die Person des Ersatzverpflichteten enthält das Pr. nichts, die Frage, wer die Entschädigung jedesmal zu leisten habe, kam nicht zur Erwägung, es wurde jedoch der Fiskus verurtheilt und man „ist offenbar von der Voraussetzung ausgegangen, daß die damalige Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens, d. h. des Staatsganzen geschehen sei", sagt das Obertr. nachträglich in dem Erk. vom 27. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 48), um dem Vorwurfe einer Inkonsequenz zu begegnen. In jüngeren ähnlichen Fällen erklärte das Obertr. die Stadtgemeinde, nicht aber den Fiskus zur Entschädigung verpflichtet, in dem Erk. vom 13. Oktober 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 269), v. 24. April 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 23), und in dem angef. Erk. vom 27. Februar 1865. Vergl. hierüber auch oben die Anm. 84 zu §. 75 der Einleitung, u. unten Anmerk. 39a zu §. 66 d. T.

nicht aus besonderen wohlerworbenen Rechten eines Andern entspringen, nur durch Gesetze begründet werden.

§. 33. Soweit die Erhaltung einer Sache auf die Erhaltung und Beförderung des gemeinen Wohls erheblichen Einfluß hat, soweit ist der Staat deren Zerstörung oder Vernichtung zu untersagen berechtigt[21a]). Gesetzliche Einschränkungen zum Besten des gemeinen Wesens.

8. Wegen sonst verboten gewesener Zerstückelung geschlossener Landgüter s. Verf.-Urkunde v. 31 Januar 1850, Art. 42; Ed. v. 9. Oktober 1807, §. IV; Gesetz v. 3. März 1850. (Zus. 1, 2, 3 zu §. 108, Tit. 2.)

9. Ed. v. 9. Oktober 1807 (G.S. 1807, S. 171).

§. 6. Einziehung und Zusammenschlagung der Bauergüter. Wenn ein Gutsbesitzer vermeint, die auf einem Gute vorhandenen einzelnen Bauerhöfe oder ländlichen Besitzungen, welche nicht erblich, erbpacht- oder erbzinsweise ausgethan sind, nicht wieder herstellen oder erhalten zu können, so ist er verpflichtet, sich deshalb bei der Regierung der Provinz zu melden, mit deren Zustimmung die Zusammenziehung, sowohl mehrerer Höfe in eine bäuerliche Besitzung, als mit Vorwerksgrundstücken gestattet werden soll.

§. 7. Werden die Bauerhöfe aber erblich, oder erbzinsweise[21b]) besessen, so muß, bevor von deren Einziehung oder einer Veränderung in Absicht der dazu gehörigen Grundstücke die Rede sein kann, zuerst das Recht des bisherigen Besitzers, sei es durch die Veräußerung desselben an die Gutsherrschaft, oder auf einem andern gesetzlichen Wege, erloschen sein. In diesem Falle treten auch in Absicht solcher Güter die Bestimmungen des §. 6 ein.

10. Ed. zur Beförderung der Landkultur, vom 14. September 1811. (G.S. S. 300.)

§. 1. Zuvörderst heben wir im Allgemeinen alle Beschränkungen des Grundeigenthums, die aus der bisherigen Verfassung entspringen, hiermit gänzlich auf, und setzen fest, daß jeder Grundbesitzer ohne Ausnahme befugt sein soll, über seine Grundstücke in sofern frei zu verfügen, als nicht Rechte,

---

21a) (5. A.) Aus dieser Bestimmung rechtfertigt das Obertr. das durch kein Gesetz ausdrücklich gestattete Verbot der Verwaltungsbehörde, daß bei einer Mobilmachung des Heeres oder eines Theils desselben die Eigenthümer der zu Kriegszwecken tauglichen Pferde in der Zwischenzeit bis zur Einziehung derselben zum Dienste verkaufen, mag diese Zwischenzeit von einer Dauer sein wie sie wolle. Der Eigenthümer soll gehalten sein, das Pferd umsonst zu füttern und zu pflegen, möge die Abforderung auf sich warten lassen so lange wie immer. Die Zumuthung der Verpflegung ohne Vergütung bis zur unbestimmten Abnahme wird damit gerechtfertigt, daß der Eigenthümer nicht gehindert sei, seine Pferde bis zu der Stunde, in welcher er dieselben abzuliefern hat, wie bisher zu benutzen. Erk. vom 24. Okt. 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 106). Das ist so gesagt. Welchen Werth dieser Grund hat, zeigt folgende Geschichte: Jemand ist abgebrannt und kauft zu Fuhren für seinen Wiederaufbau ein Gespann Pferde. Diese werden als kriegsdiensttüchtig zum Schleppen von Proviantwagen aufgezeichnet und dem Eigenthümer wird der Verkauf bis auf Weiteres von „der Kommission" untersagt. Nach einigen Tagen ist der Eigenthümer mit seinen Baufuhren fertig, er hat keine Gelegenheit mehr, die Pferde „wie bisher zu benutzen". Die Aufforderung zur Gestellung läßt auf sich Monate warten. Unterdessen soll der Eigenthümer Knecht und Pferde, die er gar nicht mehr gebrauchen kann, umsonst halten und verpflegen? Dafür giebt es ganz und gar keinen Rechtsgrund und auch keine Gesetzesvorschrift. Die in Rede stehende Anwendung des §. 33 ist willkürlich. Dieses Gesetz spricht von Untersagung der Zerstörung oder Vernichtung einer Sache. Verstehen wir denn nicht mehr unsere Muttersprache? Heißt „verkaufen" soviel wie zerstören oder vernichten? Durch Verkauf geht eine Sache doch nicht aus der Welt! Warum soll der Fiskus, wenn er die Pferde endlich braucht, dieselben nun nicht ebenso gut von dem Käufer abfordern wie es von dem Verkäufer geschehen sein würde, wenn solche sich noch bei ihm befunden hätten?

21b) Oder auch nur auf Lebenszeit. Denn die willkürliche Kündigung und Einziehung lassitischer Stellen steht dem Gutsherrn nicht frei, vielmehr darf er nur erledigte Höfe einziehen, oder nachdem er sie durch Vertrag oder andere gesetzmäßige Weise an sich gebracht hat. Dekl. vom 29. Mai 1816, Art. 76 u. 98 (G.S. S. 172), und Erk. des Obertr. v. 26. Januar 1833 (Entsch. Bd. I, S. 140). Die Einziehung oder Zusammenziehung bäuerlicher Stellen und deren Benutzung als Vorwerksland kann auch nur mit Erlaubniß der Regierungen erfolgen. V. v. 14. Februar 1808 (Rabe, Bd. IX, S. 105), 27. März 1809 (Rabe, Bd. XIII. S. 818) und 9. Januar 1810 (Rabe, Bd. X, S. 216). Zu vergl. R. des M. d. J. v. 20. Mai 1817 (v. Kamptz, Ann. Bd. I, H. 3, S. 44) u. 3. Sept. 1817 (Richter, Repert. Bd. VII, S. 14).

welche Dritten darauf zustehen, und aus Fideikommissen, Majoraten, Lehnsverband, Schuldverpflichtungen, Servituten und dergleichen herrühren, dadurch verletzt werden.

Demgemäß kann, mit Ausnahme dieser Fälle, jeder Eigenthümer sein Gut oder seinen Hof durch Ankauf oder Verkauf oder sonst auf rechtliche Weise willkürlich vergrößern oder verkleinern. Er kann die Zubehörungen an einen oder mehrere Erben überlassen. Er kann sie vertauschen, verschenken oder sonst nach Willkür im rechtlichen Wege damit schalten, ohne zu einer dieser Veränderungen einer besondern Genehmigung zu bedürfen.

11. K.O. vom 20. Juni 1830, die Erhaltung der Stadtmauern betreffend. (G.S. S. 113.)

Ich bin mit den im Berichte des Staatsministerii v. 5. v. M. entwickelten Ansichten darin einverstanden, daß den Stadtgemeinden die willkürliche Abtragung ihrer Stadtmauern, Thore, Thürme, Wälle und anderer[22]), zum Verschlusse sowohl, als zur Vertheidigung der Städte bestimmten Anlagen, weder in polizeilicher, noch in militärischer, noch in finanzieller Rücksicht gestattet werden kann, und daß der §. 33, Tit. 8, Th. I des Allgemeinen Landrechts auf diesen Gegenstand allerdings zu beziehen ist[23]). Um allen ferneren Zweifeln hierüber vorzubeugen, verordne ich Folgendes:

1) Wenn die Stadtbehörden die Stadtmauern und andere oben benannte Anlagen ganz oder zum Theile abtragen, oder damit Veränderungen[24]) vorzunehmen beabsichtigen; so haben sie diese Absicht zuvörderst der Regierung anzuzeigen, oder vor der Ausführung deren Entschließung zu erwarten. Die Regierungen sind von den Ministerien des Innern, des Krieges und der Finanzen, wegen der anzustellenden weiteren Erörterungen, mit Instruktion zu versehen[25]).

2) Dafern eine Anlage der gedachten Art von selbst durch die Zeit verfällt, und deren Erhaltung und Wiederherstellung in polizeilicher, militärischer oder finanzieller Hinsicht für nothwendig erachtet wird, so soll das bestehende Sach- und Rechtsverhältniß untersucht, und hiernach nöthigenfalls im Rechtswege festgestellt werden, wem die Verbindlichkeit zur Tragung der diesfallsigen Kosten obliegt[26]). Wenn aber die Wiederherstellung des schadhaften Verschlusses mahl- und steuerpflichtiger Städte lediglich und ausschließlich zur Sicherung der Steuergefälle erforderlich ist, so sollen diejenigen Städte, welchen zur Deckung ihres Kommunalbedürfnisses ein Zuschlag zur Mahl- und Schlachtsteuer bewilligt ist, jedenfalls[27]) einen nach dem Verhältnisse dieses Zuschlags zur Hauptsteuer abzumessenden Bei-

---

22) Auch in Betreff der Erhaltung oder Zerstörung der Umfassungsgräben, als Befestigungswerke der Städte, ist hiernach zu verfahren. R. des Pol.-Min. vom 30. Nov. 1831 (v. Kamptz, Annal. Bd. XV, S. 774).

23) Die Anwendbarkeit der Vorschriften dieser K.O. auf Thorthürme wird dadurch, daß solche und die Nebenhäuser früher Privateigenthum gewesen und erst durch Ankauf in den Besitz der Kommune gelangt sind, nicht ausgeschlossen. R. der Min. des Kr., der Fin. und des Innern vom 31. Juli 1844 (Min.-Bl. d. i. V. 1844, S. 219).

Auch in den Fällen, wenn das Eigenthum der Stadtmauer nicht der Stadtgemeinde, sondern einem Dritten zusteht, bedarf es zu Veränderungen derselben der Ministerialgenehmigung. R. dersf. Min. v. 17. Januar 1847 (Min.-Bl. d. i. V. S. 5).

24) Auch zum Umbaue ist die Ministerialgenehmigung erforderlich. R. dersf. M. vom 25. Sept. 1846 (Min.-Bl. d. i. V. S. 194).

25) Ertheilt in dem Cirk. vom 31. Okt. 1830, in v. Kamptz, Annal. Bd. XIV, S. 774.

26) Es kommt dabei hauptsächlich auf Feststellung des Eigenthümers an. Wenn keine Uebertragung an eine Privatperson oder keine Erbauung durch den Staat (wie bei den heutigen Festungen) nachweisbar ist, so ist die Universitas für den Eigenthümer anzusehen, da die Stadtthore und Mauern, nach ihrer Bestimmung, res universitatis sind. Deshalb muß auch der Erlös aus den Materialien der abgetragenen Stadtmauern in die Gemeindekasse fließen.

27) Dies wird von den Min. des I. und der Pol. und der Fin. in einem Schr. vom 30. Dez. 1838 so ausgelegt, daß da, wo wegen Unterhaltung des Verschlusses der Städte ein bestimmtes Rechtsverhältniß besteht, es bei solchem bewenden soll, daß aber auch da, wo ein solches Rechtsverhältniß nicht besteht, die Städte, welche Antheil an der Mahl- und Schlachtsteuer haben, jedenfalls einen verhältnißmäßigen Antheil an den Kosten zu tragen gehalten seien. Diese letztere Bestimmung hebe also die erstere keineswegs auf, lasse es vielmehr, wenn sonst ein bestimmtes Rechtsverhältniß hinsichtlich dieses Gegenstandes in den gedachten Städten bestehe, bei solchem bewenden. (v. Kamptz, Annal. Bd. XXII, S. 950.) Die Auslegung ist unrichtig. Der zweite Satz „Wenn aber" im §. 2 verhält sich zum er-

trag zu den Kosten derjenigen Vorkehrungen leisten, welche die Steuerverwaltung zur Erreichung des obgedachten Zweckes für nothwendig erkennt.

§. 34. Soweit die Benutzung einer Sache zur Erhaltung des gemeinen Wohls erforderlich ist, kann der Staat diese Benutzung befehlen, und die Unterlassung derselben durch Strafgesetze ahnden.

Bei Gebäuden. Pflichten des Eigenthümers wegen deren Unterhaltung und Wiederherstellung.

§. 35. Statüen und Denkmäler, die auf öffentlichen Plätzen errichtet worden, darf Niemand, wer er auch sei[28]), beschädigen, oder ohne obrigkeitliche Erlaubniß wegnehmen oder einreißen.

12. K.O. vom 4. Oktober 1815, betr. die zur Veränderung an öffentlichen Gebäuden und Denkmälern einzuholende Genehmigung.

Auf Ihren Bericht vom 27. v. M. setze Ich hierdurch fest: daß bei jeder wesentlichen Veränderung an öffentlichen Gebäuden oder Denkmälern diejenige Staatsbehörde, welche solche vorzunehmen beabsichtigt, darüber zuvor mit der Oberbaudeputation kommuniziren, und wenn diese nicht einwilligt, zur Einholung Meines Befehles, ob die Veränderung vorzunehmen, berichten soll. (G.S. 1815, S. 206.)

§. 36. Noch weniger dürfen, ohne dergleichen Erlaubniß, Gebäude in den Städten, die an Straßen oder öffentliche Plätze stoßen, zerstört oder vernichtet werden[29]).

§. 37. Dergleichen Gebäude muß der Eigenthümer, soweit es zur Erhaltung der Substanz und Verhütung alles Schadens und Nachtheils für das Publikum nothwendig ist, in baulichem Stande unterhalten.

§. 38. Vernachlässigt er diese Pflicht[30]) dergestalt, daß der Einsturz des ganzen Gebäudes, oder eine Gefahr für das Publikum zu besorgen ist, so muß die Obrigkeit[31]) ihn zur Veranstaltung der nothwendigen Reparatur, innerhalb einer nach den Umständen zu bestimmenden billigen Frist[32]), allenfalls durch Zwangsmittel[33]) anhalten.

---

sten wie die Ausnahme zur Regel. Ein Rechtsverhältniß muß allemal vorhanden sein; ist kein anderes nachzuweisen, so ist die Stadt Eigenthümer. Diese hat die Sache zu unterhalten. Es kann aber auch ein Anderer, etwa der Fiskus, sich als Eigenthümer ergeben. Für diesen Fall bestimmt die Ausnahme „Wenn aber", daß dann doch die Stadt einen Beitrag geben soll.

(4. A.) Auch in mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Städten ist die Verpflichtung zur Erhaltung und Herstellung der Stadtmauern, Thore und sonstigen zum Verschlusse der Stadt gereichenden Anlagen davon abhängig, in wessen Interesse diese Erhaltung und Herstellung nothwendig erscheint, und, wenn Mehrere ein Interesse hierbei haben, in welchem Verhältnisse die dadurch herbeigeführten Vortheile zu einander stehen. Erk. des Obertr. v. 15. Mai 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 134).

28) Nur durch dieses „wer er auch sei", hat die an sich ganz unnütze Bestimmung einigen Sinn, wenn man es auf den Erbauer bezieht. Daß eine Privatperson, welche mit Erlaubniß ein Denkmal an einem öffentlichen Platze errichtet hat, nicht Eigenthümer davon geworden und nicht aus Eigenthumsrechten darüber verfügen könne, versteht sich von selbst. Aber das Verbot trifft auch die Kommune selbst, welche auf gemeine Kosten ein Denkmal hat errichten lassen. Auch diese darf dasselbe nicht ohne obrigkeitliche Erlaubniß (des Staats) wieder wegnehmen lassen. Vielleicht haben einige, sich auf Privateigenthum beziehende Stellen des R. R., welche etwas Aehnliches vorschreiben, zum Vorbilde gedient. L. 41, §. 12 D. de leg. I; L. 2 C. de aedif. priv. (VIII, 10); L. 6 C. eodem.

29) Davon ist die Frage: ob Besitzer leerer Baustellen zu deren Bebauung angehalten werden können, ganz verschieden. In Beziehung auf solche Stellen, welche erst nach Einführung des L.R. wüste geworden, muß es nach §. 58 behauptet werden. Der Min. d. J. behauptet es aber auch in Beziehung auf die älteren wüsten Baustellen. R. vom 27. Oktober 1820 (v. Kamptz, Annal. Bd. IV, S. 746). Die Sache ist nicht juris. In keinem Falle kann der polizeiliche Zwang weiter gehen als bis zum Feilbieten der Baustelle; an das übrige Vermögen des Besitzers darf man sich nicht vergreifen. Vergl. §. 40.

30) Vernachlässigt er diese Pflicht und es wird in Folge der Vernachlässigung Privateigenthum beschädigt, so muß der nachlässige Eigenthümer entschädigen. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XIV, S. 96.

31) Darunter ist in Städten die Stadtkommune selbst, vertreten durch den Magistrat oder Gemeinderath, verstanden. Vergl. §. 48.

32) Die Stadtbehörde muß ein ordentliches Mandat, mit Bestimmung einer Frist, unter Androhung der exekutivischen Zwangsmaßregel (§. 40), erlassen, und ihn nach fruchtlosem Verlaufe der Frist vernehmen: ob er die Kosten hergeben wolle; oder, falls er sich nicht vernehmen läßt, ihm die Berechnung der Kosten mit dem Zahlungsbefehle unter Androhung des Verkaufs der Stelle (§. 40), zufertigen.

§. 39. Sind diese fruchtlos, so ist die Obrigkeit den nothwendigen Bau auf seine Kosten zu veranstalten berechtigt[34]).

§. 40. Kann oder will er die Kosten nicht herbeischaffen, so kann die Obrigkeit dergleichen Gebäude zum öffentlichen Verkaufe ausbieten[35]).

§. 41. Dem Käufer eines solchen Gebäudes muß allemal die Wiederherstellung desselben zur Bedingung gemacht werden.

§. 42. Das außerdem erlegte Kaufgeld kommt dem bisherigen Eigenthümer oder dessen Gläubiger zu gute.

§. 43. Doch muß davon dasjenige, was die Obrigkeit etwa schon auf einstweilige Veranstaltungen zur Abwendung dringender Gefahr hat verwenden müssen, zuvor abgezogen werden.

§. 44. Findet sich kein Käufer, so müssen die auf dem Grundstücke versicherten Gläubiger über die Mittel zur Erhaltung und Wiederherstellung des Gebäudes vernommen werden[36]).

§. 45. Können diese sich darüber nicht vereinigen, so muß das Gebäude demjenigen unter ihnen, welcher, außer der Wiederherstellung desselben, die vortheilhaftesten Bedingungen für seine Mitgläubiger und den Eigenthümer anbietet, zugeschlagen[36a]) werden.

§. 46. Will auch kein Gläubiger das Gebäude als Meistbietender erstehen, so ist der erste unter ihnen den Zuschlag, gegen die bloße Uebernahme der Wiederherstellung, zu verlangen berechtigt.

§. 47. Will dieser von seinem Rechte keinen Gebrauch machen, so geht dasselbe auf die folgenden, immer nach Ordnung der Priorität über.

§. 48. Will keiner von den Gläubigern die Wiederherstellung des Gebäudes übernehmen, so muß dasselbe der Kämmerei des Orts zugeschlagen werden.

§. 49. Der Magistrat ist alsdann berechtigt, dergleichen Gebäude einem Jeden, unter der Bedingung des zu vollführenden Baues, als sein freies Eigenthum zu überlassen.

§. 50. So lange jedoch der wirkliche Zuschlag an einen solchen dritten Uebernehmer noch nicht erfolgt ist, behält der bisherige Eigenthümer, sowie jeder Gläubiger desselben, das Recht, sich annoch zur Ausführung des Baues zu melden[37]).

---

(4. A.) Die obrigkeitliche Aufforderung zur Wiederherstellung eines durch Brand zerstörten Gebäudes mit Bestimmung einer angemessenen Frist muß an sämmtliche Miteigenthümer des Grundstückes erfolgen, und der Antrag der Polizeibehörde auf Einleitung der nothwendigen Subhastation ist vor Ablauf dieser Frist unzulässig. Die erst nachfolgende Aufforderung kann die fehlende Grundlage der bereits eingeleiteten Subhastation nicht ersetzen. Erk. des Obertr. v. 14. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 358).

33) In das übrige Vermögen steht kein Exekutionsrecht zu; der Besitzer braucht bloß zu erklären, daß er nicht bauen oder repariren wolle (§. 40).

34) Aber nicht verpflichtet. Giebt der Besitzer die Kosten nicht her, so kommt §. 40 zur Anwendung.

35) Dieses Feilbieten geschieht in den Formen und mit den Wirkungen einer nothwendigen Subhastation, und deshalb nothwendig durch den Richter der Sache.

Dazu bedarf es keiner vorgängigen Klage, sondern der Richter muß auf bloße Requisition „der Obrigkeit" die Subhastation verfügen, wenn ihm die Voraussetzungen (Anm. 32) nachgewiesen werden. Vergl. das Schr. d. J.-M. v. 5. März 1838 (J.M.Bl. S. 377). Vergl. Anm. 32, Abs. 2.

36) Das ist Sache des Subhastationsrichters.

36a) In der Ausgabe von 1817 steht „zugeschrieben", was augenscheinlich ein Druckfehler in dieser Ausgabe ist. Die erste Ausgabe von 1791 hat „zugeschlagen".

37) Hierdurch ist dem gewesenen Eigenthümer und den Gläubigern ein Wiedereinlösungsrecht gegeben; das Eigenthum fällt dadurch, ohne neue Erwerbung, auf den alten Eigenthümer wieder zurück, wenn dieser es ist, der sich zur Ausführung des Baues meldet, und wenn es ein Gläubiger ist, so muß das Eigenthum auf ihn übertragen werden.

§. 51. Doch müssen in einem solchen Falle, der Eigenthümer, oder der Gläubiger, welche dem Zuschlage an einen Dritten widersprechen wollen, der Obrigkeit, wegen wirklicher Vollführung des Baues, genugsame Sicherheit sofort nachweisen.

§. 52. Unter übrigens gleichen Umständen hat der Eigenthümer vor dem Gläubiger den Vorzug.

§. 53. Wenn in den Fällen des §. 46, 47 und 50 das Gebäude einem der Gläubiger zugeschlagen wird, so verlieren die übrigen, und wenn dasselbe, in dem Falle des §. 48, der Kämmerei anheim fällt, so verlieren alle Gläubiger ihr Recht an dergleichen Grundstück.

§. 54. Wenn also bei dem durch den Magistrat nach §. 49 veranstalteten Zuschlage[38]), außer der Uebernahme der Wiederherstellung, noch andere Vortheile bewilligt werden, so kommen dieselben der Kämmerei zu Statten.

§. 55. Dagegen wird aber auch der bisherige Eigenthümer von der Zeit an, wo er nach §. 48 das Gebäude der Kämmerei lassen, und sich aller fernern Nutzung desselben begeben muß, von der weitern Entrichtung der darauf haftenden dinglichen Lasten frei.

§. 56. Kann auch durch die Veranstaltungen des Magistrats dergleichen verfallenes Gebäude nicht wiederhergestellt werden, so ist, bei fortdauernder Gefahr für das Publikum, die Obrigkeit selbiges abbrechen und die Materialien an den Meistbietenden verkaufen zu lassen berechtigt.

§. 57. Das daraus gelöfete Geld aber kommt der Kämmerei, welche bisher die nothwendigen Unterhaltungskosten hat hergeben müssen, zu Statten.

§. 58. Was §. 36 sqq. von verfallenen städtischen Gebäuden verordnet ist, gilt auch von solchen, die durch Feuer oder anderes Unglück zerstört worden, wenn der bisherige Eigenthümer dieselben, innerhalb einer von der Obrigkeit zu bestimmenden Frist, nicht wieder herstellen kann oder will[38a]).

§. 59. Die für einen solchen Unglücksfall ausgesetzten Feuer-Societätsbeiträge und andere dergleichen Vergütungen, kommen alsdann nicht dem bisherigen Eigenthümer oder dessen Konkursmasse, sondern dem Uebernehmer des Bauplatzes zu Statten.

§. 60. Was von städtischen Grundstücken verordnet ist, gilt auch von Grundstücken auf dem Lande, die als eigene für sich bestehende Stellen oder Nahrungen in den Steuer- oder Lagerbüchern eingetragen sind.

§. 61. Wenn also der Eigenthümer ein solches Grundstück dergestalt in Verfall gerathen läßt, daß davon die öffentlichen Abgaben und Prästationen nicht mehr entrichtet werden können, so ist die Obrigkeit damit eben so, wie bei den städtischen Grundstücken vorgeschrieben worden, zu verfahren berechtigt.

§. 62. Ein Gleiches findet statt, wenn der Eigenthümer die zum Gute nothwendig erforderlichen Gebäude, ohne welche dasselbe nicht bewohnt, oder nicht bewirthschaftet werden kann, eingehen läßt.

§. 63. Doch kann auch in diesen Fällen, bei einem erfolgenden Verkaufe dienstpflichtiger Stellen, der Grundherrschaft ein zu Versehung der Wirthschaft und Leistung der Dienste untauglicher Besitzer nicht aufgedrungen werden.

§. 64. In Fällen, wo städtische Grundstücke der Kämmerei zugeschlagen werden, fallen Rustikalgründe der Obrigkeit des Orts zur anderweitigen Besetzung oder Vertheilung anheim[39]).

---

38) Dazu bedarf es keiner Mitwirkung des Gerichtes.

38a) (4. A.) Oben Anm. 32, Abs. 2 zu §. 38 d. T.

39) Wenn nämlich die Gutsherrschaft nicht von dem ihr durch das Ed. vom 9. Oktober 1807, §§. 6 u. 7 (Zus. 9 zu §. 33 d. T.) beigelegten Rechte der Einziehung Gebrauch machen will. Aufgehoben sind diese §§. 60 — 64 sonst keineswegs. Wer aber jetzt als Obrigkeit anzusehen sei, ist ungewiß; nach dem Wortlaute der Verf.-Urk. Art. 42 ist es der Staat, es fehlt jedoch noch das Aus-

Einschränkungen des Eigenthümers bei dem Bauen.

§. 65. In der Regel ist jeder Eigenthümer seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder sein Gebäude zu verändern wohl befugt.

§. 66. Doch soll zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens, oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze, kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden[39a]).

§. 67. Wer also einen neuen Bau in Städten[39b]) anlegen will, muß davon zuvor der Obrigkeit zur Beurtheilung Anzeige machen[40]).

§. 68. Bei der anzustellenden Prüfung muß die Obrigkeit zugleich dahin sehen, daß durch eine richtige und vollständige Beschreibung des abzutragenden Gebäudes, nach seiner Lage, Grenzen und übrigen Beschaffenheit, künftigen Streitigkeiten von dem Wiederaufbaue, in Ansehung des Winkelrechts und sonst, möglichst vorgebeugt werde[41]).

§. 69. Vorzüglich ist eine besondere obrigkeitliche Erlaubniß[41a]) nothwendig, wenn, es sei in Städten oder auf dem Lande, eine neue Feuerstelle[42]) errichtet, oder eine alte an einen andern Ort verlegt werden soll.

§. 70. Bauherren und Baumeister, welche dieser Vorschrift (§. 69) zuwider handeln, haben jeder eine Polizeistrafe bis zu funfzig Thalern oder Gefängniß bis zu sechs Wochen[42a]) verwirkt; selbst wenn der Bau an sich untadelhaft befunden werden sollte.

§. 71. In allen Fällen, wo sich findet, daß ein ohne vorhergegangene Anzeige unternommener Bau schädlich oder gefährlich für das Publikum sei, oder zur groben Verunstaltung einer Straße oder eines Platzes gereiche, muß derselbe nach der Anweisung der Obrigkeit geändert werden.

---

führungsgesetz. — (4. A.) Nachdem dieser Art. 42 wieder aufgehoben worden (G. v. 14. April 1856, G.S. S. 353), ist die alte gutsherrliche Ortspolizei-Obrigkeit von Neuem bestätigt. G. v. 14. April 1856 (G.S. S. 354).

39a) (5. A.) Die Vorschrift des §. 66 betrifft lediglich den Fall, wo der beabsichtigte Bau unter der Voraussetzung, daß der Grund und Boden dem Bauenden gehört und verbleibt, also unter den schon bestehenden Verhältnissen eine Verunstaltung herbeiführt. Der §. 66 kann daher auf ein Sachverhältniß, wo die Verweigerung der Erlaubniß zum Baue auf die Beförderung der beabsichtigten Anlage eines neuen Stadttheils gegründet wird, nicht bezogen werden. Vielmehr ist der Fiskus den Eigenthümer eines Grundstückes, welchem dasselbe mit Gebäuden zu besetzen, in Folge einer von der Staatsbehörde im Interesse des Allgemeinen künftig beabsichtigten Einrichtung verboten wird, zu entschädigen verpflichtet, wenn nämlich, so ist nachträglich in einem Erk. vom 27. Febr. 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 45) gesagt worden, die Maßregel eine solche ist, welche im Interesse des Allgemeinen erscheint; sonst haben diejenigen Ersatz zu leisten, in deren Interesse die Expropriation erfolgt ist. Erk. des Obertr. v. 23. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 81). Vergl. oben, Anm. 84, No. I a. E. zu §. 75 der Einleitung, und Anm. 21, Abs. 2 zu §. 31 d. T.

39b) (3. A.) Oder auf dem Lande; denn diese Vorschrift ist durch Polizeierlasse in den einzelnen Provinzen auch auf die Dörfer ausgedehnt, worüber die verschiedenen Provinzial-Polizeivorschriften einzusehen sind.

40) Wenn auch an der Stelle schon vorher ein Gebäude gestanden hat. Der neue Bau begreift auch die Veränderung oder den Wiederaufbau eines Gebäudes. (3. A.) Ueber Schornsteinbauten: unten, Anm. 90a zu §. 134.

41) Ueber den Fall des polizeilichen Verbotes der Wiederbebauung einer Baustelle s. Pr. des Obertr. 220 in der Anm. 21 zu §. 31 d. T.

41a) (4. A.) Ein Baukonsens kann dritte Personen, an welche eine polizeiliche Verfügung gar nicht ergangen, niemals verpflichten, im Interesse des Bauenden sich ihrer Rechte zu begeben; insofern ist also ein Baukonsens als eine den Rechtsweg ausschließende „polizeiliche Verfügung" nicht zu betrachten. Erk. des Obertr. v. 18. August 1856 (Entsch. Bd. XXXV, S. 279).

Die Erfüllung der in einem Bau-Erlaubnißscheine von der Polizeibehörde gestellten Bedingung der unentgeltlichen Abtretung von Land im Interesse des Allgemeinen, kann wider den Willen des Betheiligten ohne dessen Entschädigung nicht verlangt werden. Erk. des Obertr. v. 15. Sept. 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 95).

42) Feuerstelle heißt jedes Gebäude mit einer zur Unterhaltung des Feuers bestimmten Stätte.

42a) Str.G.B. §. 345, Nr. 11 u. 12.

§. 72. Findet die Aenderung nicht statt, so muß das Gebäude wieder abgetragen, und alles, auf Kosten des Bauenden, in den vorigen Stand gesetzt werden[43]).

§. 73. Bauanlagen auf Straßen, wodurch Gehende, Reitende oder Fahrende Beschädigungen ausgesetzt werden, soll die Obrigkeit nicht dulden[44]).

§. 74. Niemand darf in Gegenden, die zum Ab- und Zugang des Publikums bestimmt sind, vor seinen Fenstern, oder an seinem Hause, etwas aufstellen oder aufhängen, durch dessen Herabsturz Jemand beschädigt werden könnte.

§. 75. Der Uebertreter muß das Aufgestellte oder Aufgehängte sofort wegzuschaffen angehalten werden; und hat überdies eine Polizeistrafe bis zu zwanzig Thalern oder Gefängniß bis zu vierzehn Tagen[44a]) verwirkt.

§. 76. Ohne Erlaubniß der Obrigkeit dürfen Baustellen, die bisher besondre Nummern hatten, nicht in Eins gezogen werden[45]).

§. 77. Auch die Zugestehung einer solchen Erlaubniß kann, in Ansehung der nach den Nummern vertheilten, oder noch zu vertheilenden Lasten und Abgaben, weder dem gemeinen Wesen, noch andern Privatpersonen zum Nachtheile gereichen.

§. 78. Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden.

§. 79. Besonders darf Niemand, ohne ausdrückliche Bewilligung der Obrigkeit, einen Kellerhals[45a]) oder anderes dergleichen Nebengebäude auf die Straße zu anlegen.

§. 80. Auch die Einrichtung von Keller- und Ladenthüren, welche auf die Straße gehen, die Anlegung neuer, oder Wiederherstellung eingegangener Erker, Löben und auf die Straße hinaus gießender Dachrinnen; die Aufsetzung von Wetterdächern und in die Straße hinein sich erstreckenden Schildern, sowie die Errichtung von Blitzableitern, darf nur unter Erlaubniß der Polizeiobrigkeit, und nach den von dieser zu ertheilenden Anweisungen, vorgenommen werden.

§. 81. Uebrigens aber kann jeder Hauseigenthümer den sogenannten Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat[46]), unter den §. 78 bestimmten Einschränkungen nutzen[47]).

---

43) Gegen eine solche Anordnung der Polizei giebt es kein rechtliches Gehör. (3. A.) Der Gerichtshof zur Entsch. der Komp.-Konfl. hat dies ebenfalls ausgesprochen, indem er folgenden Satz ausgeführt hat: „Wenn bauliche Anlagen den öffentlichen Verkehr einer Stadtgemeinde hemmen und deshalb von Seiten der Polizeibehörde untersagt werden, so ist gegen dergleichen Anordnungen der Rechtsweg unzulässig. Dagegen sind Streitigkeiten über das Eigenthum des zu den baulichen Anlagen bestimmten Platzes, sowie die Entschädigungsansprüche, welche aus der Untersagung des Baues hergeleitet werden, dem Rechtswege unterworfen.“ Erk. v. 22. Sept. 1855 (J.M.Bl. 1856, S. 20).

44) Bauliche Anlagen in den Städten vor den Häusern, auf den Gassen und Plätzen, welche dem Publikum hinderlich sind, oder die Oertlichkeit verunstalten, müssen weggeräumt werden, wenn sie auch älter als das A. L.R. sind. Pr. des Obertr. vom 8. Juni 1832. (Schles. Arch. Bd. IV, S. 168.) Vergl. §§. 78—80. Diese Verordnungen des L.R. sind eine Anwendung des, von der Glosse des Land- und Lehnrechts bezeugten, alten Grundsatzes: Was man in einer Stadt verbeut um des gemeinen Nutzens willen, solches ist Jedermann zu halten schuldig. Die einzelnen Erscheinungen und Vorkommnisse, welche dem „gemeinen Nutzen“ hinderlich sind, lassen sich nicht für alle Zukunft voraus bezeichnen.

44a) Str.G.B. §. 344, Nr. 6 u. 7.

45) Geschieht es doch, so kann keine Strafe eintreten, weil keine angedroht ist; und die Trennung ist auch nicht immer durchzusetzen. Auf Privatrechte hat die Zusammenziehung keinen rechtlichen Einfluß; namentlich können Hypothekenrechte auf die Nummer, auf welche sie nicht vorher schon bestellt waren, nicht ausgeübt werden. Eine thatsächliche Schwierigkeit entsteht in dem Falle, wenn zwei Stellen mit einem Hause neu bebaut werden. Dann bleibt nur übrig, das Ganze zu subhastiren und das Kaufgeld nach Verhältniß des früheren Werthes der Stellen zu vertheilen.

45a) (4. A.) Gegen die durch polizeiliche Verfügung angeordnete Wegschaffung eines Kellerhalses ist der Rechtsweg nur dann zulässig, wenn der Eigenthümer entweder eine besondere gesetzliche Bestimmung, oder einen speziellen Rechtstitel für sich anführen kann. Dagegen ist der Antrag auf Entschädigung für die Beseitigung des Kellerhalses der richterlichen Entscheidung unterworfen. Erk. des Gerichtsh. zu Entsch. der Komp.-Konfl. v. 7. Mai 1859 (J.M.Bl. S. 382).

46) Man nimmt an, daß die Hausbesitzer die im öffentlichen Interesse nöthige Umpflasterung

§. 82. Nähere Bestimmungen über die §§. 78—81 berührten Gegenstände bleiben den besondern Polizeigesetzen eines jeden Orts vorbehalten.

13. G. v. 3. Januar 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen. (G.S. S. 25.)[46])

Gründung neuer Ansiedelungen.

§. 25. Wenn

1) auf einem unbewohnten Grundstücke, welches nicht zu einem andern, bereits bewohnten Grundstücke gehört[47]), Wohngebäude errichtet werden sollen, oder

---

der Bürgersteige nach dem veränderten Niveau bewerkstelligen müssen, und dazu auf ihre Kosten angehalten werden können. R. des M. d. J. und der P. v. 17. September 1836 (v. Kamptz, Annal., Bd. XX, S. 701). In diesem Falle haben die Kosten als öffentliche Lasten vor den Hypotheken den Vorzug, wenn sie in den letzten zwei Jahren vor der nothwendigen Subhastation ausgeschrieben worden sind. (5. A.) Das Obertr. gleichfalls hat die Verbindlichkeit der Grundeigenthümer (wo diesen wie in Berlin solche obliegt), den Bürgersteig an ihren Grundstücken nach näherer Anweisung der Polizeibehörde zu pflastern und das Pflaster zu unterhalten, für eine solche erkannt, welche zu den im §. 48, I der Hypothekenordnung und im §. 49 der Konkursordnung erwähnten „gemeinen Lasten und Pflichten" oder „Abgaben und Leistungen" gehört. Erk. vom 16. November 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 300).

47) Nur benutzen können die Hausbesitzer den Bürgersteig, soweit die Polizei es erlaubt, aber Eigenthümer sind sie davon nicht, vielmehr gehört der Bürgersteig zur Gasse oder zum Platze. Deshalb dürfen keine Bauanlagen darauf gemacht werden, und die darauf befindlichen Anlagen müssen nach dem jedesmaligen Zeitbedürfnisse, d. h. nach dem Befinden der Polizei, auf die Anordnung der Polizeibehörde und ohne daß ein Anspruch auf Entschädigung zusteht, weggeschafft werden. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen. Vergl. die R. vom 29. April 1829 (v. Kamptz, Annal., XIII, 336); vom 28. Oktober 1825 (ebd. IX, 1060); vom 3. Juli 1835 (ebd. XIX, 788), v. 28. Novbr. 1831 (ebd. XV, 789). — Vergl. auch ein R. des J.M. v. 26. Juli 1839 (J.M.Bl. S. 279). — (5. A.) Auch das Obertr. hat erkannt, daß für die Besitzer der an der Straße stehenden Häuser ein Eigenthumsrecht am Bürgersteige aus dem §. 81 nicht hergeleitet werden kann. Erk. vom 14. Juli 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 97) und vom 24. April 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 27). — Vergl. unten, §. 185 d. T. und die Anm. 26a dazu.

48) Dieses Gesetz ist, nach dem Eingange, nur für die Provinzen Preußen, Brandenburg und Pommern, jedoch mit Ausschluß von Neuvorpommern, sowie für die Provinzen Schlesien, Posen und Sachsen gegeben. — Die Vorschriften über die Zerstückelung des Grundbesitzes: oben, Zus. 1 ff. zu §. 108, Tit. 2 und Zus. 7 zu §. 5, Tit. 4.

49) Ueber die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung des in seinem Erfolge hemmenden, die Zerstückelungen erschwerenden Gesetzes ist man bald nach der Erscheinung in Zweifel gerathen, und in dem Eifer, der vermeintlichen Absicht des Gesetzgebers zu entsprechen, weiter gegangen, als es gern gesehen worden. Aus Anlaß dessen ist von dem Min. des J. in einer V. v. 3. Juni 1845 eine Erklärung gegeben worden, welche über die eigentliche Absicht und Tendenz der Anordnung Aufschluß geben soll. Darnach findet das Ges. auf die Errichtung von Wohnungsgebäuden auf der eigenen Feldmark, gleichviel ob dieselben auf der alten Hofröthe oder auf einer anderen Stelle der Besitzung erbaut werden, keine Anwendung, in sofern damit nicht eine neue Ansiedelung in der Gemeinde verbunden ist. Eine neue Ansiedelung — heißt es weiter — entsteht im Sinne des Gesetzes dann, wenn sich auf der zu bebauenden Grundbesitzung bisher noch kein Wohnungsetablissement befand. Dieser Fall ist aber nur vorhanden, wenn eine unbebaute Grundstücksparzelle von einem Dritten akquirirt, vom Hauptgute abgezweigt, und wenn hiernächst auf dem Trennstücke ein eigenes Wohngebäude errichtet wird, ohne daß das Trennstück vorher einem anderen unbewohnten Gute zugeschlagen worden war, oder wenn der Besitzer eines zu keinem bewohnten Gute als Pertinenz im rechtlichen Sinne zugehörigen — eines walzenden, Wandel- oder unter anderer Bezeichnung abgesondert vom Hauptgute besessenen einzelnen Grundstücks — auf diesem ein Wohngebäude herstellt. So wenig bisher eine besondere Regulirung der §. 7, Nr. 1 und §. 25 gedachten öffentlichen Verhältnisse für nöthig erachtet ist und stattgefunden hat, wenn ein Ritter- oder anderer Gutsbesitzer ein neues Tagelöhner-, ein Försterhaus, eine Ziegelei u. s. w. innerhalb seiner Gutsgrenzen anlegt, so wenig ist eine solche Regulirung auch in Zukunft für erforderlich zu halten.

Dabei kann es in einzelnen Fällen zweckmäßig erscheinen, die Bewohner und deren Kinder einem anderen und näheren Kirchen- und Schulverbande ꝛc. zu überweisen, und es ist keineswegs ausgeschlossen, daß die Landespolizeibehörde in dieser Beziehung nach Bewandtniß der Umstände vermittelnd einschreitet; das etwaige Bedürfniß spezielleren Bestimmungen über dergleichen Fälle kann jedoch nur bei Gelegenheit einer weiteren Entwickelung der ländlichen Kommunalverhältnisse ins Auge gefaßt werden, und wird bei der im Werke begriffenen Bearbeitung einer ländlichen Gemeindeordnung für diejenigen Provinzen, deren Stände darauf angetragen haben, weiter erwogen werden. Daß der Wille

2) ein solches Grundstück, auf dem sich bereits Wohngebäude befinden, vom Hauptgute abgetrennt und nicht einem anderen, schon bewohnten Grundstücke zugeschlagen wird,

so müssen nach Anhörung der Betheiligten (§. 9) auch diejenigen Verhältnisse, (§. 7, Nr. 1) festgestellt werden, welche aus der Gründung einer neuen Ansiedelung in Beziehung auf die Gerichts- und Polizeiobrigkeit[50]), den Gemeinde-, Kirchen- oder Schulverband oder andere dergleichen Verbände entspringen.

In dem zu §. 1 gedachten Falle muß diese Regulirung der Aushändigung des Baukonsenses — — vorausgehen[50a]).

Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes, betreffend die Zerstückelung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845. Vom 24. Mai 1853[50b]). (G.S. S. 241.)

§. 13. Wer mit Gründung einer neuen Ansiedelung beginnt, ohne vorher den Baukonsens

---

und die freie Handlung des Eigenthümers, überhaupt Bestimmungsgründe, welche dem Privatrechte angehören, über die Pertinentialqualität eines Grundstücks zu einem mit einer Hofestelle verliehenen Gute entscheiden, ist bei der Redaktion des Gesetzes nicht verkannt worden, ebensowenig, daß die Tendenz des Gesetzes und namentlich der §. 27 durch mancherlei Dispositionen der Grundeigenthümer vereitelt und umgangen werden kann. Man hat es aber vorgezogen, eine solche Möglichkeit offen zu lassen, als tiefer in die Freiheit und Dispositionsbefugniß der Grundeigenthümer einzugreifen. Deshalb ist denn auch §. 27 der Landespolizeibehörde die Ermächtigung, neue Ansiedelungen zu untersagen, lediglich in dem am häufigsten und gewöhnlichsten vorkommenden Falle beigelegt, in dem Falle nämlich, wo die Akquirenten kleinerer Trennstücke auf diesen aufbauen wollen, sobald außerdem die Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Gefahr für das Gemeinwesen von dergleichen neuen Ansiedelungen zu befürchten wäre. — Auf- und Abbauten auf den Plänen nach ausgeführter Separation haben in keiner Weise beschränkt werden sollen, und es bedarf hinsichtlich solcher abgebauten Pläne einer besonderen Regulirung der Kommunal- und Sozietätsverhältnisse in der Regel und in sofern nicht, als nicht andererseits das Gehöft im Dorfe veräußert und solchergestalt die Dismembration eines mit Wohngebäuden besetzten Trennstücks vom separirten Gute vorgenommen wird, für welchen Fall die Vorschriften der §§. 25 und 26 Platz greifen. Es ist zuzugeben, daß durch den Abbau eines Gehöftes aus dem Dorfe auf einen entlegenen Theil der Feldmark manche Unbequemlichkeiten und selbst Unkosten für die Gemeinde entstehen können, man hat jedoch hierüber in einem Gesetze, dessen Aufgabe zunächst und vorzugsweise in der Regelung und Ordnung des Dismembrationswesens bestand, keine Festsetzung treffen, insbesondere die Grundstücksbesitzer in keine, im Vergleiche mit dem bisherigen Rechtszustande nachtheiligere Lage versetzen wollen; überhaupt ist die Gesetzgebung von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß, soweit nicht eine Ausnahme im Interesse der Beschützung des Gemeinwesens dringend nothwendig und lediglich hierdurch die abweichende Bestimmung des §. 17 gerechtfertigt war, diejenigen Rechte des Grundeigenthums, welche durch die Edikte v. 9. Oktober 1807 und 14. September 1811 hergestellt worden, überall unverschränkt erhalten werden sollen. Zu beschränkenden und weiter gehenden speziellen Bestimmungen, als in dem Ges. vom 3. Januar c. enthalten sind, lag insbesondere in den östlichen Provinzen des Staats, für welche das Gesetz nur erlassen ist, kein Bedürfniß vor, da in diesen Provinzen das Dismembrations- und Ansiedelungswesen, im Ganzen betrachtet, keineswegs eine Ausdehnung und Gestalt gewonnen hat, welche Besorgnisse aus dem Gesichtspunkte der Interessen des Gemeinwesens und restriktive Maßregeln gerechtfertigt hätten.

Uebrigens wird in Kurzem von hier aus eine Instruktion über das Gesetz vom 3. Januar 1845 erlassen werden. (B.M.Bl. 1845, S. 172.)

In demselben Sinne spricht sich ein anderer Erlaß v. 9. Septbr. 1845 aus (M.Bl. d. i. V. S. 269).

50) Die Rücksicht auf die Gerichtsobrigkeit fällt, nachdem die kleinen Obrigkeiten alle aufgehoben worden sind, weg. Hinsichtlich der Polizeiobrigkeit steht das Definitivum noch bevor.

50a) (2. A.) Das Gesetz v. 24. Februar 1850, §. 2 (G.S. S. 68) schreibt vor, daß die Abschreibung und Uebertragung der Trennstücke im Hypothekenbuche, die Aushändigung des Baukonsenses, sowie die Berichtigung des Besitztitels für den Trennstückserwerber von der im §. 7, Nr. 1 und in den §§. 25 u. 26 des G. v. 3. Januar 1845 gedachten Regulirung ferner nicht abhängig sind. Hiervon hebt das Ges. vom 24. Mai 1853 den Theil der Vorschrift, welcher die Aushändigung des Baukonsenses betrifft, wieder auf und es verordnet im §. 12: Bei neuen Ansiedelungen muß die nach Vorschrift der §§. 25 u. 26 des G. v. 3. Jan. 1845 zu bewirkende Regulirung der Aushändigung des Baukonsenses vorhergehen. (G.S. S. 248.)

(5. A.) Die in diesem Gesetze §§. 9, 25 — 29 vorgeschriebene, von dem Landrathsamte oder von der Ortsobrigkeit vorzunehmende Regulirung bezieht sich nicht auf Gegenstände des Privatrechts, sie betrifft nur öffentliche Interessen. Dabei müssen bezüglich auf Analphabeten die Vorschriften der §§. 68

erhalten zu haben, ist mit einer Geldbuße bis zu zwanzig Thalern zu bestrafen; auch hat die Ortsbehörde die Weiterführung der Ansiedelung zu verhindern.

---

bis 70 des Anhangs zur Allg. Gerichtsordnung befolgt werden. Erk. d. Obertr. vom 1. Febr. 1868 (Entsch. Bd. LIX, S. 88.)

50 b) (3. A.) In Betreff der Ausführung dieses Ges. hat der M. d. Inn. folgende Cirk.-V. v. 6. Sept. 1853 erlassen: „In der V. v. 29. März d. J. habe ich die k. Reg. auf die Nothwendigkeit aufmerksam gemacht, der gewerbsweisen Zerstückelung des ländlichen Grundbesitzes im Verwaltungswege Schranken zu setzen, und die Mittel angedeutet, deren Anwendung zur Erreichung dieses Zieles geeignet erscheinen. Inzwischen ist das G. v. 24. Mai d. J. zur Ergänzung des Gesetzes, betreffend die Zerstückelung und die Gründung neuer Ansiedelungen vom 3. Januar 1845, verkündet worden, von welchem sich zwar eine wesentliche Förderung des angegebenen Zweckes erwarten läßt, welches aber eine sorgfältige Ausführung der Verfügung v. 29. März d. J. durchaus nicht erübrigt. Während ich die letztere daher der Königlichen Regierung hiermit wiederholt dringend empfehle, habe ich in Bezug auf die Handhabung des Gesetzes vom 24. Mai d. J. Folgendes zu bemerken:

1) Das erwähnte Gesetz findet keine Anwendung auf die Zerstückelung von Gebäuden, Bauplätzen, Hofstellen und Gärten innerhalb einer Stadt oder Vorstadt.

2) Mit der im §. 7, Nr. 1 und in den §§. 25 u. 26 des Gesetzes v. 3. Jan. 1845 vorgeschriebenen Regulirung ist der Regel nach erst dann vorzuschreiten, wenn zuvor das Dismembrationsgeschäft auf eine gültige Weise zu Stande gekommen ist.

3) Der Landrath oder Magistrat, welchem nach §. 3 des Gesetzes v. 24. Febr. 1850 (G.S. S. 68) durch den Hypothekenrichter eine beglaubigte Abschrift des Dismembrationsvertrages zugefertigt wird, hat, ohne sich auf eine Untersuchung der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts einzulassen, mit der Regulirung und Vertheilung der öffentlichen Sozietäts- und Gemeindelasten sofort, und zwar ohne den Antrag der Interessenten abzuwarten, von Amtswegen vorzuschreiten.

4) Ausnahmsweise muß das Regulativ über die öffentlichen Lasten stets vor dem Zustandekommen der Dismembration errichtet werden, wenn eine Zertheilung von Grundstücken, eine Abzweigung einzelner Theile derselben oder eine Abtrennung von Grundstücken, die Zubehör anderer sind, im Wege des öffentlichen Aufgebots und der meistbietenden Versteigerung stattfinden soll (§. 6 des Gesetzes v. 24. Mai d. J.).

Dabei ist es gleichgültig, ob diese Geschäfte zu denen gehören, welche im §. 5 des Gesetzes v. 24. Mai d. J. aufgezählt sind, oder ob dies nicht der Fall ist.

Der Landrath oder Magistrat (§. 8 des Gesetzes v. 3. Januar 1845) hat in diesem Falle nur auf Antrag des Eigenthümers des zu theilenden Grundstücks einzuschreiten und das Verfahren auf dessen Antrag wieder einzustellen.

Zur Begründung des Antrages muß der Extrahent, wenn er eine Privatperson ist, sein Eigenthum an dem zu theilenden Grundstücke und seine freie Dispositionsbefugniß über dasselbe nachweisen.

Außerdem muß jeder Extrahent einen Veräußerungsplan in zwei Exemplaren beibringen, aus welchem sich mit Zuverlässigkeit ergiebt, in welche Parzellen das Grundstück zerlegt werden soll. Nöthigenfalls kann der Landrath oder Magistrat zu diesem Behufe die Beschaffung einer von einem vereideten Feldmesser aufgenommenen Karte und eines dazu gehörigen Vermessungsregisters in zwei Exemplaren erfordern. Das auf diese Weise dargelegte Dismembrationsprojekt bildet die Grundlage für das Regulativ, bei dessen Feststellung im Uebrigen ebenso verfahren wird, als wenn die Zerstückelung bereits zu Stande gekommen wäre.

Ein Exemplar des Veräußerungsplans, resp. der Karte und des Vermessungsregisters bleibt bei den Akten der Verwaltungsbehörde; das zweite Exemplar ist mit einer Ausfertigung des definitiv oder interimistisch bestätigten Regulirungsplans zu verbinden und, nachdem dieser Plan den Parteien publizirt worden ist, dem Hypothekengerichte zur Benutzung zu übersenden, damit eine Abweichung von dem Dismembrationsprojekte bei der Versteigerung verhindert werden kann.

Die in Gemäßheit des §. 33 des Gesetzes vom 3. Januar 1845 durch die Aufstellung des Regulativs erwachsenden Kosten fallen dem Extrahenten zur Last. Der Landrath oder Magistrat ist ermächtigt, zur Deckung dieser Kosten einen Vorschuß zu fordern und von dessen Bezahlung die Einleitung des Verfahrens abhängig zu machen.

5) Die Ortsbehörden haben streng darüber zu wachen, daß keine Versteigerung von Grundstücksparzellen ohne Zuziehung eines Richters vorgenommen wird und, wenn es dennoch geschieht, haben sie die Versammlung aufzulösen und den Veräußerer zur Bestrafung anzuzeigen (§. 9 des Ges. v. 24. Mai d. J.). Wird die Versteigerung unter Leitung eines Richters bewirkt, so bleibt diesem die Sorge für die Aufrechthaltung der Ordnung bei der Verhandlung allein überlassen und hat sich die Polizeibehörde dabei nur auf dessen Requisition zu betheiligen.

6) Für die Zulässigkeit der Errichtung einer neuen Ansiedelung (§. 25, Nr. 1 des Gesetzes v. 3. Januar 1845) innerhalb einer städtischen oder ländlichen Feldmark, dieselbe mag mit einer Dis-

§. 26. Für diese Regulirung (§. 25) sind außer den in den §§. 8—24 enthaltenen Vorschriften noch folgende Bestimmungen maßgebend:

1) Die Besitzer und Bewohner der Ansiedelung haben in Beziehung auf den Gerichts-, Polizei-, Kirchen-, Pfarr-, Schul- und Gemeinde-Verband, welchem sie angehören, oder nach den Gesetzen zu überweisen sind, alle diejenigen Abgaben und Leistungen zu übernehmen, welche nach der Verfassung oder Observanz solchen Mitgliedern der Gemeinde obliegen, denen sie nach Maßgabe ihrer Besitz- und sonstigen Verhältnisse beizuzählen sind;

2) die neuen Ansiedler müssen, wenn durch ihren Hinzutritt dem Gemeinde-, Kirchen-, Schul- oder sonstigen Verbande besondere Unkosten oder Lasten entstehen, auch diese tragen.

§. 27. Die Gründung einer neuen Ansiedelung (§. 25, N. 1) innerhalb einer städtischen oder ländlichen Feldmark kann untersagt werden, wenn davon Gefahr für das Gemeinwesen zu besorgen und die polizeiliche Beaufsichtigung mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Dies ist besonders in dem Falle anzunehmen, wenn die neue Ansiedelung von andern bewohnten Orten erheblich entfernt, oder sonst unpassend belegen ist, und zugleich ihrem Besitzer die Mittel nicht gewährt, sich davon als Ackerwirth, als Gärtner oder vermittelst eines mit dem Grundstücke zu verbindenden Gewerbebetriebes, z. B. durch Anlage eines Mühlenwerks, einer Fabrik oder eines Holzplatzes, selbstständig zu ernähren.

Insbesondere ist notorisch unvermögenden oder bescholtenen Personen in solchem Falle die Ansiedelung in der Regel zu versagen.

Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes, betreffend die Zerstückelung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845. Vom 24. Mai 1853. (G.S. S. 241.)

§. 11. Unbeschadet der Befugniß der zuständigen Behörden, die Gründung einer neuen Ansiedelung innerhalb einer städtischen oder ländlichen Feldmark aus den im §. 27 des G. v. 3. Januar 1845 angegebenen Ursachen zu untersagen, darf die Gründung einer solchen Ansiedelung in dem Falle nicht gestattet werden, wenn die Ortsobrigkeit oder die Gemeinde derselben widerspricht und in diesem Falle der Antragende nicht nachweisen kann, daß er hinlängliches Vermögen sowohl zur Ausführung des Baues, als zur Einrichtung der Wirthschaft besitzt[50 bb]).

---

membration in Verbindung stehen, oder nicht, bleiben auch ferner die Vorschriften der §§. 27 u. 28 des Gesetzes vom 3. Januar 1845 maßgebend.

Daneben ist aber der Ortsobrigkeit und der Gemeinde in §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai d. J. ein beschränktes Widerspruchsrecht gegen die Gründung einer solchen neuen Ansiedelung eingeräumt worden, weshalb diese Interessenten fortan vor der Entscheidung über das Ansiedelungsgesuch jedesmal zur Erklärung aufgefordert werden müssen.

7) Selbst nach ertheilter Genehmigung zur Gründung einer neuen Ansiedelung darf in Zukunft der Baukonsens nicht eher ausgehändigt werden, als bis das nach §§. 25 u. 26 des Gesetzes vom 3. Januar 1845 erforderliche Regulativ festgestellt worden ist.

Die Ortsbehörden haben ohne Nachsicht den Beginn und die Weiterführung einer Ansiedelung, zu der der Ansiedler den Baukonsens noch nicht erhalten hat, zu verhindern und den Kontravenienten zur Bestrafung anzuzeigen (§§. 12, 13 des Gesetzes vom 24. Mai d. J.).

8) Bei der Publikation jeder Entscheidung der Regierung über die Gestattung oder Versagung einer neuen Ansiedelung ist den Interessenten zu eröffnen, daß ihnen dagegen eine Beschwerde an das Ministerium des Inneren offen steht (§. 14 l. c.).

9) Die Rekursentscheidungen über die von der Regierung in erster Instanz festgesetzten Abgabenregulative werden auch künftig, wie bisher, vom Ministerium für landwirthschaftliche Angelegenheiten erlassen werden.

10) Die Landräthe behalten die ihnen im §. 8 des Gesetzes v. 3. Januar 1845 eingeräumte Befugniß, die Regulirungsverhandlungen den Ortsobrigkeiten zu übertragen.

Ich fordere die Königliche Regierung hiermit auf, Sich selbst die vorstehenden Bemerkungen zur Richtschnur dienen zu lassen, Ihre Landräthe, Magistrate und Ortsbehörden danach zu instruiren und die Verbotsbestimmungen des Gesetzes vom 24. Mai d. J. auf geeignete Weise zur Kenntniß des dabei betheiligten, zumeist geschäftsunkundigen Publikums zu bringen, um dasselbe vor Schaden zu wahren. (J.M.Bl. S. 359.)

(4. A.) Vergl. R. des Min. d. J. und für landwirthschaftl. Angel. v. 7. Juli 1857, betr. die Regulirung der Gemeindelasten und des Stimmenverhältnisses bei der Zerstückelung von Grundstücken und Gründung neuer Ansiedelungen. (Staatsanz. Nr. 198.)

50 bb) (5. A.) In der Sitzung des Abgg.-Hauses v. 26. Novmb. 1866 bezeichnete der Abg. Lette

Besteht das Vermögen des Antragenden nicht in Grundstücken oder sicheren Hypothekenkapitalien, so ist der Nachweis darüber durch die Bestimmung oder Versicherung zweier achtbarer und zuverlässiger Gemeindemitglieder zu führen.

Bei der Beurtheilung der Zulänglichkeit des Vermögens ist insonderheit auch die Höhe des Kaufgelder-Rückstandes und der auf das Grundstück übernommenen beständigen Leistungen zu berücksichtigen.

§. 28. In den Fällen des §. 27 hat die Behörde zu erwägen, ob durch die neue Ansiedelung die benachbarten Gemeinden, Forst- und Gutsbesitzer benachtheiligt werden können. In diesem Falle sind dieselben vor Gestattung der Ansiedelung mit ihrer Erklärung zu hören.

§. 29. Ueber die Gestattung oder Versagung der neuen Ansiedelung hat auch in dem Falle, wenn von der Ortsobrigkeit, der Gemeinde oder den Nachbarn derselben widersprochen wird, der Landrath oder der Magistrat (§. 8) zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung steht den Betheiligten innerhalb einer zehntägigen Frist der Rekurs an die Regierung, und zwar mit suspensiver Wirkung offen. (Die Schlußbestimmung ist aufgehoben durch das)

Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes, betr. die Zerstückelung von Grundstücken ꝛc. v. 3. Januar 1845. Vom 24. Mai 1853. (G.S. S. 241.)

§. 14. Es kann gegen eine solche Entscheidung der Regierung fortan eine Beschwerde bei Unserem Minister des Innern angebracht werden.

§. 30. Wer ohne solche Genehmigung (§. 29) eine neue Ansiedelung (§. 25, N. 1) gründet, kann von der Behörde zur Wegschaffung derselben angehalten werden.

§. 31. Wer eine Kolonie auf seinem Grundstücke anlegen und dasselbe zu diesem Zweck zerstückeln will, hat vor der Ausführung einen Plan dem Landrath vorzulegen, und darin nachzuweisen, in welcher Weise die Gemeinde-, Kirchen- und Schulverhältnisse der neuen Ortschaft, sowie deren Verhältnisse zur Gerichts- und Polizeiverwaltung angemessen geordnet und sicher gestellt werden sollen [50c].

§. 32. Der Landrath hat diesen Plan (§. 31) mit seinem Gutachten der Regierung zur Genehmigung einzureichen.

Sollen der neuen Ortschaft Korporationsrechte verliehen werden, so ist hierzu die landesherrliche Genehmigung erforderlich [50d].

§. 33. Alle Verhandlungen der Polizei- und Verwaltungsbehörden in Parzellirungs- und Ansiedelungssachen, einschließlich der Verhandlungen der vom Landrath mit der Regulirung beauftragten Ortsobrigkeit sind, ohne Unterschied des Gegenstandes, stempel- und gebührenfrei [51].

---

den Charakter dieses Gesetzes als einen reaktionären, was freilich eine schon von 1853 an für Jeden sichtbare Sache, aber bis dahin im Abgeordneten-Hause noch von Keinem öffentlich gesagt worden war; und Gneist sekundirte, es sei ein Anachronismus, so tief in das Recht des Eigenthums einzugreifen; die Bemängelung des Vermögenszustandes des Ansiedlers (Petenten, dem der Guts-Polizeiherr das erbaute Haus auf Grund dieses §. 11 wieder hatte einreißen lassen, was ein anderer Abg. ein barbarisches Verfahren nannte) erinnere in ihrer Umständlichkeit an einen Defektatorienprozeß. (Protokoll der 31. Sitzung, vom 26. Novbr. 1866.)

50c) (4. A.) Auch die Leistungsfähigkeit der neuen Gemeinde muß festgestellt werden, damit nicht die Zahl der schon vorhandenen leistungsunfähigen Kommunen, die mit ihrer Armenpflege dem Landarmen-Verbande zur Last fallen, weil sie die Kommunallasten nicht zu tragen vermögen, vermehrt werde. Deshalb sollte vor der Gründung einer neuen Kommune vor Allem auf die Ausweisung der Mittel zu einem Gemeinde-Armenhause, einer besonderen Schule, zur Besoldung des Schulzen und dergl. Gemeindezwecken gehalten werden, damit nachher nicht Weiterungen und Anderen Belästigungen aus der Armuth der neuen Gemeinde erwachsen.

50d) (4. A.) Nur der Staatsregierung steht das Recht zu, ein bestimmtes Areal einem besonderen Kommunalverbande zuzuweisen. Erk. des Obertr. vom 30. November 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VII, S. 323). Vergl. Thl. II, Tit. 6, §. 26.

51) Diese Bestimmung kann auf die Reise- und Versäumnißkosten der bei den Dismembrationsgeschäften betheiligten Interessenten (cf. §. 9 des Ges.) und daher auf diejenigen Patronatsvertreter, Kirchen- und Schulbeamten und Vorsteher von Instituten, deren Vernehmung es bei den Regulirungsverhandlungen und zum Zwecke der Feststellung des Abgaben-Regulirungsplans bedarf, keines-

Wegen der Diäten und Reisekosten der bei den Verhandlungen zugezogenen Sachverständigen oder andern Beamten, zu deren Beruf das Geschäft nicht schon gehört (§. 8), kommen die §§. 2 u. 3 des Kosten-Regulativs vom 25 April 1836 (G.S. de 1836, S. 181) zur Anwendung.

§§. 83—95 fallen weg.

14. Ed. zur Beförderung der Landkultur vom 14. Sept. 1811. (G.S. S. 303.)

§. 4. Die Einschränkungen, welche theils das A. L.R., theils die Provinzial-Forstordnungen in Ansehung der Benutzung der Privatwaldungen vorschreiben, hören gänzlich auf. Die Eigenthümer können solche nach Gutbefinden benutzen und sie auch parzelliren und urbar machen, wenn[51a] ihnen nicht Verträge mit einem Dritten oder Berechtigungen Anderer entgegenstehen.

§. 5. Mit dieser Einschränkung können auch landwirthschaftlich benutzte Grundstücke in Forst verwandelt und solche jeder andern beliebigen Veränderung unterworfen werden, daher denn auch die in mehreren Provinzen bestehende Verordnung, daß bäuerliche Grundstücke nicht unbestellt bleiben dürfen, hiermit aufgehoben wird.

§. 6. Die Realgläubiger oder etwa vorhandene Lehns-, Fideikommiß- und Majoratsberechtigte[51b] dürfen einer veränderten Benutzung der Grundstücke niemals widersprechen, und müssen sich

---

falls angewendet werden, da dieser Paragraph nur die Remuneration der zur Regulirung der Abgaben, Kommunal- und Sozietätsverhältnisse berufenen öffentlichen Behörden und der von diesen für das Regulirungsgeschäft, z. B. für eine etwa nöthige Bonitirung und Abschätzung ꝛc. mitbenutzten oder mit diesen Geschäften beauftragten Sachverständigen, wie Oekonomiekommissarien, Kreisverordneten (cf. §. 21) behandelt. Es ist so wenig den Beamten und Vorstehern öffentlicher Institute, als den bei dem Dismembrationsgeschäfte betheiligten Privatberechtigten zuzumuthen, die Zureisen von ihrem Wohnorte aus nach dem Sitze entweder des Landrathsamtes oder derjenigen Obrigkeit, welche ortspolizeiliche Rechte ausübt, auf ihre Kosten oder unentgeltlich zu unternehmen, daher auch nicht zu rechtfertigen, wenn man die Entschädigung der Vertreter und Vorsteher öffentlicher Institute auf die Kassen der Letzteren anweisen wollte, indem dergleichen Zureisen vielmehr lediglich im Interesse und aus Veranlassung der Zertheilung des Grundstücks, resp. der Gründung einer neuen Ansiedelung, also im Interesse der Verkäufer und Erwerber der Parzellen, nöthig werden, diese Letzteren mithin als Extrahenten des Geschäfts, nebst den übrigen Kosten, auch die Entschädigung der Vertreter und Vorsteher von Korporationen und Instituten für eine erforderliche Zureise derselben tragen müssen.

Was den Betrag dieser Entschädigung betrifft, so läßt sich ein Motiv dafür ebenfalls nicht erkennen, daß dieser Betrag auf die wirklich nur verausgabte Summe beschränkt und demnach in jedem Falle eine besondere Liquidation und Bescheinigung über die gehabten Auslagen gefordert werde.

Wenn das Gesetz vom 3. Januar v. J. keine Bestimmungen über die Grundsätze enthält, nach denen eine solche Entschädigung zu liquidiren und festzusetzen ist, dergleichen Bestimmungen auch sonst für die Administrativbehörden im Allgemeinen fehlen; so hat man derartige spezielle Bestimmungen um deshalb nicht für erforderlich erachtet, weil in ähnlichen Fällen bisher schon auf die gerichtliche Sporteltaxe zurückgegangen worden ist; auch gegenwärtig unterliegt die analoge Anwendung der Verordnung über die Gebühren der Sachverständigen und Zeugen bei gerichtlichen Geschäften v. 29. März 1844 (G.S. S. 73) — zufolge §. 10 dieser Verordnung — auf die den Vorstehern und Vertretern von Korporationen und Instituten gebührende Entschädigung für die behufs der Regulirungsverhandlungen in Dismembrationssachen erforderlich gewesenen Zureisen keinem Bedenken.

Um bei dem oft geringfügigen Werthe der veräußerten Parzellen durch unverhältnißmäßige Kosten die Dismembration nicht zu erschweren, und die Verhandlungen möglichst zu beschleunigen, wird es sich übrigens in vielen Fällen empfehlen, die Aufnahme der Regulirungsverhandlungen, resp. die Vernehmung der Betheiligten (§. 9) über den vom Landrathe entworfenen oder geprüften Regulirungsplan den Obrigkeiten zu übertragen, oder auch den vom Landrathe angefertigten Regulirungsplan den Vertretern der §. 9 genannten Betheiligten zur Genehmigung und Vollziehung, unter Beidrückung des Kirchen-, resp. des von den privilegirten Korporationen geführten öffentlichen Siegels, mittelst Anschreiben zu übersenden. Bescheid des M. d. J. vom 28. Februar 1846 auf die Beschwerde eines Kirchen- und Schulkollegiums, wegen verweigerter Anweisung von Diäten und Reisekosten in einer Dismembrationssache (M.Bl. d. i. V. S. 39). Man sollte glauben, der Anspruch auf Kostenersatz zwischen den Betheiligten wäre eine reine Justizsache. Das ist nach dieser Autoritätsmeinung irrig.

51a) (2. A.) In Privatrechte greift das Edikt durchaus nicht ein, es sichert vielmehr die Berechtigten und Hypothekengläubiger im §. 6 gegen schädliche Verfügungen, die nur von denjenigen Beschränkungen frei gemacht worden sind, welche zum Besten des Gemeinwohls auferlegt worden waren. Aus diesem Edikte kann mithin kein Grund für die Befugniß eines Waldbesitzers hergenommen werden, zur Benachtheiligung seiner Hypothekengläubiger bei Holzschlägen das gewöhnliche Nutzungsrecht zu überschreiten und die Substanz zu verringern. (Vergl. Entsch. d. Obertr. Bd. XXIII, S. 153.)

51b) Man hat hierin eine Abänderung der Lehns- ꝛc. Gesetze in der Art sehen wollen, daß

auch jede Vereinzelung und außerordentliche Holzverkäufe gefallen lassen, wenn nach der Vorschrift des Edikts, wegen der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse und der erfolgenden Gemeinheitstheilungsordnung, diese Operationen nach dem Gutachten zweier Kreisverordneten nöthig sind und die Verwendung der Kaufgelder entweder in der Substanz der Güter oder zur Tilgung der darauf haftenden, den übrigen Hypothekarien vorstehenden oder die Mitberechtigten auch mit verpflichtenden Realschulden geschieht [51c]).

Bei Graben und Wasserleitungen.

§. 96. Wasserleitungen und andere Wasserbaue an öffentlichen Oertern und Flüssen müssen unter Aufsicht der Landespolizei geführt werden.

§. 97. Besonders darf Niemand an öffentlichen Flüssen, wenn gleich auf seinem Eigenthume, Schleusen, Wehre, Dämme und Brücken anlegen oder ändern, ohne daß zuvor die Nachbarn vernommen und die Einwilligung des Staates beigebracht worden.

§. 98. Die übrigen Einschränkungen der Rechte des Eigenthümers, in Rücksicht der öffentlichen Ströme [52]), Hafen und Meeresufer, sind in dem Titel von den Regalien des Staats bestimmt.

§. 99. Auch in Privatflüssen [52a]) darf zum Nachtheile der Nachbarn und Uferbewohner, durch Hemmung [53]) des Ablaufs derselben nichts unternommen oder verändert werden [53a]).

---

nicht mehr bloß dem nächsten Folger, sondern nun auch den sämmtlichen Agnaten das Recht beigelegt sei, die Sicherstellung durch Verwendung des Erlöses für außerordentliche Holzschläge in das Lehn zu verlangen. Allein das Kulturedikt bezweckt, die Grundbesitzer von den Beschränkungen in der Benutzung möglichst zu befreien, und hat diesen Zweck auch bei Lehnsbesitzern beachtet, diese also nicht neuen Kontrolen unterwerfen wollen. Am wenigsten hat das Ed. in der Person derjenigen Interessenten, welche nach den Landesgesetzen die Befugniß haben, den Lehnsbesitzer zu überwachen, d. i. der nächste Lehnsfolger, eine Abänderung getroffen. Aus diesem Ed. kann ein entfernterer Lehnsfolger ein Recht, welches nur dem nächsten zusteht, nicht herleiten. Vielmehr ist auch unter den im §. 6 erwähnten Lehnsberechtigten nur der jedesmalige nächste Lehnsfolger, sofern er nicht noch unter der väterlichen Gewalt des wirklichen Besitzers steht, sonst der nächste nach ihm, zu verstehen. Pr. des Obertr. vom 5. Septbr. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 428).

51c) S. unten die Ges. v. 13. April 1841 u. v. 3. März 1850 in dem Zus. zu §. 456, Tit. 10.

52) Zu diesen Einschränkungen des Eigenthums gehört namentlich die Gestattung des Leinpfades. II, 15, §. 57. Pr. des Obertr. v. 9. März 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 379).

52a) Privatflüsse sind solche, die auch nicht theilweise von Natur schiffbar sind. II, 15, §§. 38, 39. Pr. 2253, v. 22. November 1850. (4. A.) Ueber das Eigenthum an denselben: unten, Anm. 32 zu §. 180, Tit. 9. In einem Erk. vom 19. Dezember 1851 (Arch. für Rechtsf. Bd. IV, S. 211) sagt das Obertribunal: ein Privatfluß sei durch ein bestimmtes, abgegrenztes Bette bedingt. Das ist nirgend vorgeschrieben und durch die Natur nicht geboten. — (4. A.) Mit Rücksicht auf den Zweck des §. 99 muß — sagt das Obertr. — unter dem Ausdrucke „Privatfluß" jeder Privatwasserlauf verstanden werden, welcher sich zwischen bestimmten Ufern in einem Bette fortbewegt. Daher findet die Vorschrift des §. 99 auch auf Abzugsgräben Anwendung. Aber der Adjazent ist einer, den Ablauf des Wassers hemmenden Anlage nur dann zu widersprechen berechtigt, wenn seinem Grundstücke erweislich ein „Nachtheil" erwächst. Erk. vom 27. Januar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 57). M. s. auch unten, die Anm. 47 zu §. 62, Tit. 15, Th. II.

53) Die bloß temporäre Aufstauung eines Privatbaches auf eigenem Grunde, wodurch das Wasser den unterhalb gelegenen Grundbesitzern nicht gänzlich zurückgehalten, sondern nur unregelmäßiger zugeführt wird, ist für keine Hemmung des Ablaufs und für keine Entziehung des Wassers im Sinne der Vorschrift dieses §. 99 und des §. 246, Tit. 15, Th. II zu achten. Pr. des Obertr. 1092, vom 14. Jan. 1842. Der Rechtsfall ist mitgetheilt in Ulrich, Arch. Bd. VIII, S. 296. Vergl. auch die Gründe des Pl.-Beschl. vom 16. Jan. 1854, Entsch. Bd. XXVII, S. 29. Der §. 99 enthält übrigens eine Abweichung von den Grundsätzen des Gem. Rechts. (5. A.) Die Bestimmung desselben — sagt das Obertr. zutreffend — hat vornehmlich die aus der Hemmung des Ablaufs für die Nachbargrundstücke durch Rückstau, insbesondere durch die in Folge desselben entstehenden Ueberschwemmungen und sonstigen Nachtheile dieser Art, zum Gegenstande, und bezieht sich nicht auf die den Besitzern der Ufergrundstücke zustehenden Rechte auf Benutzung des Wassers zur Berieselung dieser Grundstücke. Darüber konnten vor Erlaß des G. vom 28. Februar 1843, in Ermangelung spezieller diesfälliger Vorschriften, nur die auf dies Verhältniß anwendbaren allgemeinen Grundsätze, nicht aber der einen anderen Gegenstand betreffende §. 99, die Entscheidungsnorm geben. Nach diesen

§. 100. Vielmehr ist der Regel nach ein jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle[54]), wodurch das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen[54a]) Ablauf hat, zu unterhalten verbunden[55]).

---

Grundsätzen aber steht jedem Besitzer eines Ufergrundstücks, sofern keine besonderen gesetzlichen Vorschriften oder keine besonderen Gerechtsame eines Dritten eine Ausnahme begründen, als Ausfluß des Eigenthums auch die Befugniß zu, das an seinem Grundstücke vorüberfließende Wasser zu seinem Vortheile, namentlich auch zur Berieselung seines Grundstücks zu benutzen, und zwar sind in dem Falle, wenn die Ufergrundstücke zu beiden Seiten verschiedene Eigenthümer haben, nach den Grundsätzen über Kollision der Rechte (Einleit. §. 97) die beiderseitigen Uferbesitzer zur Wassernutzung gleichmäßig berechtigt. Hieraus aber folgt, daß auch schon vor Erlaß des Gesetzes v. 28. Februar 1843, wenn der eine Uferbesitzer sich die Wassernutzung durch Stauungen und sonstige zu diesem Zweck gemachte Anlagen allein und mit Ausschluß des Besitzers des gegenüber liegenden Grundstückes anmaßte, hierin eine Handlung lag, welcher dieser Besitzer widersprechen konnte, daß daher der Fall des §. 81, Tit. 7 schon nach dem damaligen Stande der Gesetzgebung vorhanden war, und daß, insofern dieser Besitz des negativen Rechts während des dazu nach §. 625, Tit. 9 erforderlichen Zeitraums fortgesetzt wurde, das fragliche Recht mittelst der Verjährung erworben werden konnte. Erk. vom 23. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 225).

53a) Folg. Anm. 54, Satz 2, u. Anm. 47 zu §. 62, Tit. 15, Th. II.

(5. A.) Der §. 99 findet auch auf Seen, die einen Abfluß haben, Anwendung. Erk. d. Obertr. vom 27. Februar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 103).

54) Die Vorschrift des §. 99 ist nicht für ein Verbotsgesetz zu achten, wodurch nach §. 664, Tit. 9 die Verjährung ausgeschlossen wird. Pr. 1723, vom Jahre 1846.

Die Vorschrift des §. 99 wird durch die §§. 1, 13, 16 des Ges. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Februar 1843 modifizirt. S. Zus. zu §. 43, Th. II, Tit. 15 und Pr. 1458, vom 31. Mai 1844, in der Anm. dazu. (3. A.) Das Recht der Adjazenten zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers eines Privatflusses mittelst Stauungsanlagen, welches ihm das Ges. v. 28. Febr. 1843 giebt, kann dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß ein Anderer diese Stauungsanlagen in seinem Interesse, ohne Widerspruch der Stauenden, auf Grund der älteren Gesetzgebung und namentlich des §. 99 d. T., durch die gewöhnliche Verjährungszeit beseitigte. Erk. des Obertr. v. 15. September 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 89).

Unter diesen Gräben und Kanälen sind natürliche Privatflüsse (d. h. nicht künstlich angelegte Vertiefungen) nicht zu verstehen. Auf diese findet die Bestimmung des §. 100 keine Anwendung. Pr. 1415 (Pl.-Beschl.) v. 9. April 1844. (Entsch. Bd. X, S. 245.) War vorher streitig. (4. A.) Das vom Fiskus einem Privatflusse behufs Meliorationsanlagen und Flößbarmachung, unter Trokkenlegung des bisherigen Flußbettes gegebene neue Flußbett ist kein Kanal im Sinne des §. 100 d. T. Erk. d. Obertr. v. 8. Juni 1857 (Archiv Bd. XXV, S. 146). Vergl. Erk. vom 25. Septb. 1857 (Archiv Bd. XXVII, S. 66).

54a) (5. A.) Ob der Ablauf ein ordentlicher und gewöhnlicher sei, ist nach den thatsächlichen Umständen des vorliegenden Falls zu bemessen; der §. 100 beziehet sich nicht in allen Fällen auf einen Zustand, wie er 30 Jahre vor Anstellung der Klage stattgefunden hat. Erk. d. Obertr. v. 15. Oktbr. 1863 (Entsch. Bd. LIII, S. 29).

55) Nämlich nur diejenigen Gräben und Kanäle, wodurch Privatflüsse und Bäche geleitet werden, nicht aber das außerhalb der Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser aufgenommen werden soll. Die Gräben, welche den letzteren Zweck haben, sind Vorfluthgräben, und auf diese bezieht der §. 100 sich nicht, vielmehr ist davon erst in §§. 102 ff. Rede. Man kann daher nicht den §. 100 aus den §§. 106—108, die nur von Vorfluthgräben handeln, erklären, noch weniger eine Ausnahme von der Regel des §. 100 daraus beweisen. Pr. des Obertr. v. 30. Septbr. 1842 (Schles. Arch. Bd. V, S. 133) und v. 13. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 86). Vergl. Erk. v. 31. Oktbr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 272). (4. A.) Wieder im entgegengesetzten Sinne spricht das Obertribunal sich in einem Erk. vom 20. Dezember 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 140) aus, wo es sagt: Die Ausführung des Imploranten, daß der §. 100 nur solche Gräben und Kanäle zum Gegenstande habe, die das Wasser aus Privatflüssen abführen, resp. wodurch Privatflüsse oder Bäche geleitet werden, wird weder durch die Fassung des §. 100, noch durch die Verbindung desselben mit dem vorhergehenden §. 99 gerechtfertigt. — Da streitet das Obertr. mit sich selbst; denn in seinem Erk. vom 30. September 1842 (Schles. Archiv, Bd. V, S. 133) sagt dasselbe das gerade Gegentheil; es sagt jetzt aber nicht, warum es nun für falsch erklärt, was es damals als eine unzweifelhafte Rechtswahrheit hinstellte und deswegen ein Appellationsurtel kassirte. In dem spätern Erk. vom 27. Juni 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 275) sagt das Obertr. der Partei, die sich auf jene älteren Aussprüche beruft, als Grund: „die dort aufgestellte Ansicht ist durch spätere Entscheidungen gemißbilligt". — (5. A.) Uebrigens ist derjenige, welcher durch Unterhaltung eines solchen Grabens die Fortdauer des ordentlichen und gewöhnlichen Wasserabflusses zu bewirken hat, um so mehr verbunden, sich solcher Anlagen

§. 101. Sind es Scheidegräben, so muß in der Regel die Unterhaltung von den beiderseitigen Nachbarn bis zur Mitte des Grabens geschehen[55*]).

Einschränkungen des Eigenthums zum Besten des Nachbars, in Ansehung der Vorfluth.

§. 102. Gegen das außerhalb der ordentlichen Kanäle und Gräben ablaufende Wasser ist ein jeder Eigenthümer seine Grundstücke zu decken[55a]) wohl befugt[55b]).

§. 103. Kann jedoch der oberhalb liegende Besitzer dergleichen Wasser durch die

---

zu enthalten, wodurch der Wasserabfluß zum Nachtheil der Nachbarn und Uferbewohner geradezu gehemmt wird. Erk. des Obertr. vom 1. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 196).

(5. A.) Die Frage: ob ein Grundbesitzer zur Unterhaltung und Räumung eines auf seinem Grundstücke befindlichen Grabens verpflichtet sei, ist zwar zunächst von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Gegen die Entscheidung derselben ist aber den Betheiligten der Rechtsweg gestattet. — Dagegen steht die Bestimmung über die Art der Räumung und Unterhaltung des streitigen Grabens, insbesondere über die Tiefe und Breite, in welcher die Räumung zu bewirken ist, lediglich den Verwaltungsbehörden, mit Ausschluß des Rechtsweges, zu. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 10. Februar 1866 (J.M.Bl. S. 168) und vom 9. März 1867 (J.M.Bl. S. 259).

(4. A.) Die Adjazenten der Privatflüsse sind nicht verpflichtet, im Interesse der Mühlenbesitzer die Ufer zu unterhalten oder in Stand zu setzen. Erk. des Obertr. v. 31. Mai 1858 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXX, S. 56). Vergl. Ges. vom 28. Febr. 1843, §. 7 und die Anm. dazu (Th. II, Tit. 15, Zus. 8 zu §. 43).

Es folgt aus der Verpflichtung des Eigenthümers zur Unterhaltung der über sein Grundstück gehenden Gräben und Kanäle kein Recht des oberhalb liegenden Nachbars auf eine, vielleicht früher einmal vorhanden gewesene, bestimmte Wasserleitung, welches vielmehr ein besonderes, zwischen den Interessenten in Bezug auf die betreffenden künstlichen Wasserabzüge bestehendes Rechtsverhältniß voraussetzt; der Zweck der Vorschrift des §. 100 ist nur auf die Erhaltung der derzeitig bestehenden künstlichen Wasserabzüge gerichtet. Vergl. Erk. des Obertr. vom 21. Februar 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 70). (5. A.) In dem Erk. vom 27. Juni 1865 erhält das Obertr. den Satz, daß durch den §. 100 den Eigenthümern von Grundstücken, über welche künstliche Wasserabzüge gehen, die Pflicht auferlegt ist, dieselben in dem Stande zu erhalten, daß sie zur Abführung des Wassers geeignet bleiben, gegen eine neue Anfechtung aufrecht. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 275.)

(3. A.) Der §. 100 schreibt nur die privatrechtliche Verpflichtung der Grundeigenthümer zur Unterhaltung der über ihre Grundstücke gehenden Wasserlaufgräben und Kanäle vor; findet aber auf den Fall, wenn in Folge wegepolizeilicher Anordnungen der Verwaltungsbehörden Veränderungen in den Wasserlaufgräben stattfinden, keine Anwendung; gegen dergleichen Anordnungen ist der Rechtsweg versagt. Wenn jedoch von dem betheiligten Grundbesitzer behauptet wird, daß eine solche Anordnung einen Eingriff in sein Privatrecht enthalte, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften Entschädigung gewährt werden muß, so ist hierüber, sowie über die Art der Entschädigung, im Rechtsverfahren von den Gerichten zu entscheiden. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 7. Juni 1856 (J.M.Bl. S. 243).

55*) (4. A.) Die Vorschrift setzt voraus, daß der Scheidegraben auf der Grenzlinie ist und so zur Hälfte der Breite auf beiden anstoßenden Grundstücken liegt, sie kommt daher nicht zur Anwendung auf einen Graben, welchen einer der Nachbaren ganz auf seinem eigenen Grunde und Boden, ohne Zuziehung des Nachbars, angelegt hat, wenngleich durch denselben die Grenze bezeichnet wird. Erk. des Obertr. vom 4. Februar 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 84).

55a) Darin weicht das L.R. von dem R. R., nach welchem der unterhalb liegende Grundbesitzer nichts thun durfte, um das natürlich ablaufende Regenwasser zu hemmen oder abzulenken, ab.

55b) Wenn er dies thut, so hat der oberhalb liegende Besitzer, obgleich jener das überlaufende Wasser bisher noch niemals gewehrt hat, gegen die Handlung desselben keine Besitzklage, weil dieselbe eine res merae facultatis ist, aus deren bisheriger Unterlassung der Andere keinen Besitz herleiten kann; dazu muß der Besitz eines Untersagungsrechts erworben werden. Erk. des Obertr. v. 25. Okt. 1849. (J.M.Bl. 1854, S. 102.) Vergl. Erk. vom 31. Oktbr. 1856 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXII, S. 272).

(4. A.) Umgekehrt hat kein Eigenthümer eines Grundstücks, wenn er keine, die Ableitung des Wassers auf das nachbarliche Grundstück hervorbringende oder befördernde Veranstaltung getroffen hat, die Verpflichtung, zu verhindern, daß das Regen- und Traufwasser, welches sich auf seinem Grundstücke ansammelt, nicht den Boden durchdringe und in das Nachbargrundstück einziehe. Um dieses zu fordern, würde die Begründung einer Grundgerechtigkeit erforderlich sein. Die Vorschriften der §§. 102, 103 beziehen sich überhaupt nicht auf Hausgrundstücke, sondern nur auf ländliche. Erk. des Obertr. v. 7. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 333). — Aber ebenso darf auch kein Eigenthümer auf seinem Grund und Boden Vorrichtungen treffen, um das Sammelwasser dem nachbarlichen Grundstücke zuzuleiten. Ist eine solche Ableitung nothwendig, so muß sie in den gesetzlichen Formen nachgesucht und nach Inhalt der Gesetze begründet werden, nämlich nach den §§. 3—9, Tit. 22. Erk. des Obertr. v. 3. Januar 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XL, S. 119). Vergl. §. 128 d. T.

auf seinem Grund und Boden zu machenden Veranstaltungen nicht abführen: so ist der unterhalb liegende Nachbar[55c]) selbiges anzunehmen, und also dem obern die Vorfluth zu gestatten verbunden[56]).

§. 104. Die unterhalb liegenden Besitzer sind aber dazu nicht verpflichtet, sobald es einem unter ihnen durch natürliche Hindernisse unmöglich wird, das solchergestalt anzunehmende Wasser weiter abzuleiten.

§. 105. Doch kann auch in diesem Falle der Staat die unterhalb liegenden Nachbarn zu Gestattung der Vorfluth anhalten, wenn die Vortheile des oberhalb gelegenen Besitzers den Schaden der untern beträchtlich überwiegen, und Ersterer den Letzteren diesen ganzen Schaden vollständig zu vergüten bereit und vermögend ist[56a]).

§. 106. Ist zur Verschaffung der Vorfluth die Ziehung eines neuen Grabens nothwendig, so müssen diejenigen, welche Nutzen davon haben, nach Verhältniß desselben zu den Kosten gemeinschaftlich beitragen.

§. 107. Hat der, auf dessen Grund und Boden der Graben gezogen wird, davon keinen Vortheil, so ist er zur Anlegung so wenig, als zur Unterhaltung desselben, etwas beizutragen verbunden[57]).

§. 108. Vielmehr muß ihm der dadurch erlittene Schade, mit Inbegriff der durch Ziehung des neuen Grabens verloren gehenden Erdfläche, nach der Bestimmung durch Schiedsrichter[58]) ersetzt werden[59]).

---

55c) (5. A.) Unter Nachbarn im engeren und eigentlichen Sinne sind nur die Besitzer (resp. Bewohner) aneinanderstoßender Grundstücke zu verstehen, und unter den Bestimmungen der §§. 102 — 189 lassen die §§. 118 — 122, 133 — 136, 139, 140, 149 — 184 eine andere Anwendung als die auf das Verhältniß der Eigenthümer aneinandergrenzender Grundstücke unbedingt nicht zu, es läßt sich auch nicht annehmen, daß während dem so ist, in den übrigen der gedachten §§. Einschränkungen des Eigenthums zu Gunsten Anderer als der angrenzenden Eigenthümer haben angeordnet werden sollen, und insbesondere nicht, daß in dem §. 142 der Ausdruck „Nachbar" in einer weiteren Bedeutung zu verstehen. Erk. dess. vom 14. September 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXI. S. 29).

56) Doch nur auf Kosten des oberhalb Liegenden. S. unten Anm. 59 zu §. 108. (5. A.) Der unterhalb liegende Besitzer wird allein deshalb, weil der Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes auf seinem Grunde und Boden mit der Zähmung des Wassers durch Ziehen eines Grabens bereits den Anfang gemacht hat, von seiner Verpflichtung zur Aufnahme des Wassers nicht befreit. Erk. d. Obertr. vom 21. November 1863 (Archiv für Rechtsf. Bd. LII, S. 112).

(5. A.) Die §§. 103 ff. lassen eine Anwendung auf bestehende Grundgerechtigkeiten nicht zu. Erk. des Obertr. vom 31 Oktbr. 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 192).

In Vorfluthsachen gelten noch die Provinzialverordnungen, soweit sie durch die älteren allgemeinen Vorfluthverordnungen, an deren Stelle das A. L.R. getreten ist, nicht ausdrücklich aufgehoben worden sind. Namentlich gilt das Schl. Ed. vom 20. Dezember 1746 noch jetzt als Provinzialgesetz, denn es ist weder durch das allgemeine Vorfluthsedikt v. 6. Juli 1773, noch auch durch die Einführung des A. L.R. aufgehoben. Pl.-Beschl. (Pr. 2173) des Obertr. vom 7. Januar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 53). Die in dem Schl. Vorfluthedikte enthaltenen Vorschriften über die Verpflichtung zur Räumung von Gräben und Bächen sind auch durch das Ed. v. 15. November 1811 nicht aufgehoben. Pr. 2193, v. 14. März 1850. (Entsch. Bd. XX, S. 448.)

56a) Hiernach muß der unterhalb liegende Grundbesitzer dem oberhalb liegenden eine nothwendige Servitut einräumen. Vergl. Tit. 22, §§. 3 ff. und das Vorfluthedikt vom 15. November 1811, §§. 13 ff. (Zus. 15).

(4. A.) Die Vorfluthverordnungen beziehen sich jedoch nicht auf Gebäude (bebaute Grundstücke), sondern nur auf ländliche Grundstücke. Erk. d. Obertr. v. 10. Febr. 1859 (Entsch. Bd. XL, S. 34).

57) Der Besitzer des praedium dominans wird bei der servitus aquae recipiendae von der Obliegenheit zur Grabenräumung selbst durch 30jährige Unterlassung nicht befreit, wenn ihm die Räumung ursprünglich obgelegen hat. Pr. des Obertr. vom 20. Sept. 1783 (Stengel, Bd. XI, S. 293).

58) Vorfl.-Ed. v. 15. Nov. 1811, §§. 22, 23 (Zus. 15).

59) Kein unterhalb liegender Grundbesitzer ist schuldig, auf eigene Kosten dem oberhalb Liegenden Vorfluth zu verschaffen. Denn wenn auch im §. 107 nur von neuen Gräben, die behufs Verschaffung der Vorfluth gezogen werden, die Rede ist, so beruht die hier getroffene Bestimmung doch auf dem allgemeinen Grundsatze, daß Niemand auf Kosten eines Anderen oder mit dessen Schaden die Einräumung eines Vortheils verlangen kann. Deswegen ist der unterhalb Liegende auch nicht schuldig, die

§. 109. Auch die neuen Brücken, welche über dergleichen Graben angelegt und unterhalten werden müssen, fallen denjenigen zur Last, zu deren Besten der Graben gezogen worden.

§. 110. Doch muß der Eigenthümer, wenn er auch zur Mitunterhaltung des Grabens oder der Brücken nicht selbst verpflichtet ist, die daran sich ereignenden Beschädigungen, sobald er sie wahrnimmt, den Interessenten anzeigen.

§. 111. Wenn nach geschehener Anzeige die Interessenten die erforderliche Reparatur nicht zeitig genug besorgen können oder wollen, so ist der Eigenthümer dieselbe zur Abwendung des für ihn zu besorgenden Schadens, auf ihre Kosten zu veranstalten wohl befugt.

§. 112. Dagegen soll aber auch der Eigenthümer, welcher dergleichen Gräben oder Brücken, durch sich selbst oder durch die Seinigen, vorsätzlich oder aus grober Unvorsichtigkeit beschädigt, nicht nur zum vollständigen Schadensersatz angehalten, sondern auch doppelt so strenge, als ein Fremder bestraft werden.

§. 113. Ist zur Verschaffung der Vorfluth nicht die Ziehung eines neuen, sondern nur die Verbreitung oder Vertiefung eines schon vorhandenen Grabens erforderlich, so finden wegen der Kosten dieser Anlage die §§. 106—109 gegebenen Vorschriften Anwendung.

§. 114. Die Unterhaltung des verbreiteten Grabens aber liegt demjenigen ob, welcher den alten Graben zu unterhalten hatte.

§. 115. Doch muß bei Bestimmung der nach §. 108 dem Eigenthümer zu leistenden Entschädigung, auch auf die mehreren ihm in der Folge zur Last fallenden Unterhaltungskosten billige Rücksicht genommen werden.

§. 116. Was von der Verbreitung eines Grabens verordnet ist, gilt auch von der Verlängerung der darüber gelegten Brücken.

§. 117. Zur Ableitung der Teiche oder stehenden Seen, ist Niemand die Ziehung neuer Gräben über sein Eigenthum wider seinen Willen zu gestatten verpflichtet[60]).

15. Gesetz vom 15. November 1811, wegen des Wasserstaues und Verschaffung der Vorfluth. (G.S. S. 352.)[61])

§. 1. Bei den Mühlen oder andern durch Wehre oder Schleusen veranlaßten Störungen, wo der Wasserstand noch nicht durch einen unter polizeilicher Aufsicht gesetzten Merkpfahl bestimmt ist, muß jeder Besitzer derselben sich die Setzung eines Merkpfahles auf Antrag und Kosten[61a]) derer, die dabei interessirt sind, gefallen lassen[62]).

§. 2. Diese Setzung kann nur durch sachverständige Kommissarien der Provinzial-Polizeibehörden unter Zuziehung des Gerichts[63]), welchem die Mühle unterworfen ist, vollzogen werden.

---

schon vorhandenen Gräben auf eigene Kosten zu räumen. Vergl. §§. 113 ff. Pr. des Obertr. vom 30. September 1842 (Schles. Archiv Bd. V, S. 133 ff.).

60) Dieser §. ist nicht aufgehoben durch §. 14 des Vorfl.-Ed. vom 15. Nov. 1811, sondern es ist nur eine Ausnahme von der Regel gemacht worden. Die Ausnahme s. in §§. 11 und 14 des Vorfl.-Ed. (Zus. 15).

61) Dieses Ges. gehört zu denjenigen Ergänzungen des A. L.R., wodurch privatrechtliche Bestimmungen abgeändert worden sind, und welches daher in den wieder- und neuerworbenen Provinzen, in welchen das A. L.R. gilt, mit denselben zugleich für eingeführt zu erachten ist. Das Gleiche meint der J.M. in dem R. vom 21. Febr. 1818 (Jahrb. Bd. XI, S. 6).

61a) (3. A.) Durch eine an das Staatsministerium ergangene K.O. vom 24. März 1839 ist den in Vorfluthsangelegenheiten bei Verwaltungsbehörden vorkommenden Gesuchen und Verhandlungen allgemein die Stempelfreiheit bewilligt worden, auch sollen für die Mitwirkung der Gerichte bei der Setzung eines Merkpfahls außer den baaren Auslagen keine Kosten erhoben werden. R. vom 20. Sept. 1856 (J.M.Bl. S. 314). Vergl. unten die Anm. 63 a. E.

62) S. Pr. 906, vom 31. Juli 1840, in der Anm. zu II, 15, §. 243.

63) Die Praxis ist, daß der Landrath das Gericht mit dem Falle bekannt macht, einen Termin vorschlägt und bestimmen läßt, und daß vom Gerichte ein Mitglied als Kommissarius zugeordnet wird.

§. 3. An dem Merkpfahle muß sowohl der im Sommer als der im Winter zulässige höchste Wasserstand, ganz deutlich kennbar bezeichnet, auch die Höhe davon mit dem Fachbaum der Mahl- und Freischleuse und mit einem nahe gelegenen unverrückbaren Gegenstande durch Nivellement verglichen, und zu Protokoll verschrieben werden. Im umgekehrten Falle, wenn ein Müller die Verpflichtung hat, zur Erhaltung der Schiffbarkeit eines Gewässers, das Oberwasser seiner Mühle auf einer bestimmten Höhe zu erhalten, soll in Absicht der Setzung der Merkpfähle für den niedrigsten zulässigen Wasserstand auf eine ähnliche Weise verfahren werden.

§. 4. Ist die Höhe des Wasserstandes durch rechtskräftige Urtheile, oder nach dem Einverständnisse aller Interessenten auf eine andere Art deutlich bestimmt, so hat es dabei sein Bewenden und müssen die Kommissarien den Merkpfahl darnach setzen.

§. 5. Sind aber die Interessenten darüber uneinig, ob die Höhe des Wasserstandes durch gültige Verträge, Verleihungen oder rechtsverjährten Besitz bestimmt sei: so muß die Sache zur gerichtlichen Erörterung verwiesen, das Verfahren jedoch nach Anleitung der Allgemeinen Gerichtsordnung Th. I, Tit. 42, §. 39 ꝛc.[64]) vorzüglich beschleunigt werden. Findet es sich hiebei, daß keine klaren Bestimmungen des Wasserstandes vorgelegt werden können: so setzen die Kommissarien denselben dergestalt fest, daß dabei das gegenseitige Interesse der Bodenkultur und des Müllers oder sonstigen Stauberechtigten[65]) möglichst vereinigt werde, und gegen eine Festsetzung auf diesem Grunde finden keine Beschwerden bei den Gerichten[66]), sondern Rekurs an die obern Polizeibehörden statt[66a]).

§. 6. Der Provinzial-Polizeibehörde bleibt jedoch unbenommen, während der Dauer der erwähnten gerichtlichen Erörterung interimistisch einen Wasserstand festsetzen zu lassen, welchen der Müller oder sonstige Stauberechtigte so lange halten muß, bis ein Anderes durch die definitive Entscheidung festgesetzt ist[67]).

---

Die Vorladungen erläßt der Landrath, auch bewirkt derselbe demnächst die Ausfertigung der Verhandlung. Die Mitwirkung des Richters hat keineswegs den Zweck der bloßen Beglaubigung, sondern der Ausübung des eigentlichen Richteramtes. Der Richter hat nach allen Beziehungen den Rechtspunkt wahrzunehmen, insbesondere zu prüfen: ob nach §. 5 die Sache zum Rechtswege zu verweisen, oder von der Polizei zu ordnen sei, und im ersteren Falle, ob nicht ein Interimistikum, nach §. 6, festzusetzen sei. Ferner besteht seine Thätigkeit darin, in dem Falle, wo ein endgültiges oder interimistisches Einverständniß stattfindet, das Uebereinkommen gehörig abzufassen, in dem Falle aber, wo keine Vereinigung zu erzielen, die Streitpunkte zu instruiren, damit die Polizeibehörde in den Stand komme, einen Bescheid abzufassen; in beiden Fällen aber den Legitimationspunkt der Betheiligten, und wessen Zuziehung nothwendig sei, zu prüfen. In allen diesen Punkten ist die Stimme des Richterkommissars die allein entscheidende. Dieses Verfahren ist durch ein Cirk. des Min. des Innern an die Regierungen, vom 17. Oktober 1845, zur Verminderung der Gerichtskosten vorgeschrieben. (J.M.Bl. 1856, S. 314.)

64) Das dreitägige Fatale für Rechtsmittel in Bausachen ist auf die hier erwähnten Prozesse nicht anzuwenden. Pr. 1377, v. 9. Dezember 1843. (Sammlung I, S. 323.)

65) Die Vorschrift bezieht sich auf Streitigkeiten zwischen den Interessenten der Bodenkultur einerseits, und den Stauungsberechtigten andererseits. Auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigten unter einander über das Recht zur Benutzung des Wassers findet die Vorschrift keine Anwendung. War streitig und ist entschieden durch den Pl.-Beschl. (Pr. 2088) v. 8. Jan. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 73). — Aber auch die Streitigkeiten unter Jenen über die Höhe des Wasserstandes gehört vor die Gerichte, dergestalt, daß entweder der Beschwerdeführer sich mit Beiseitelassung des Rechts, die Setzung eines Merkpfahls durch die Polizei verlangen zu können, sogleich mit einer ordentlichen Klage an das Gericht wendet, oder, nach vorgängiger Setzung des Merkpfahls, der Streit an das Gericht gebracht wird. Die Polizei soll über die Höhe des Wasserstandes nicht entgültig entscheiden, wenn die Betheiligten nicht zum Einverständnisse zu bringen sind. Entsch. des Gerichtshofes zur Entsch. der Kompetenzkonfl. v. 14. Sept. 1848 (J.M.Bl. S. 439).

66) Der Rechtsweg ist auch dann, wenn durch die ohne Genehmigung der Polizeibehörde unternommene Erhöhung des Gerinnes an einer Mühle eine Zurückstauung zum Nachtheile einer oberhalb liegenden Mühle bewirkt wird, und der unterhalb liegende Müller dem Anspruche des oberhalb Liegenden auf Erniedrigung des Gerinnes den Einwand des Vergleichs und der Verjährung entgegensetzt, — unzulässig, bis die Provinzial-Polizeibehörde die Sache zur gerichtlichen Erörterung verweiset. Pr. 2056, vom 10. Oktober 1848. Zu vergl. Anm. 65.

66a) (4. A.) Diese Vorschriften (§§. 1—6) und die Ausschließung des Rechtsweges gegen die Festsetzungen der Kommissarien der Polizeibehörde (§. 5) findet sowohl in Betreff bereits vorhandener als in Betreff neu angelegter Mühlen Anwendung. Erk. des Obertr. v. 22. Mai 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 25).

67) Diese Vorschrift soll nach einer nicht vorschriftsmäßig publizirten K.O. vom 25. August 1832

§. 7. Von welchem Tage ab und bis zu welchem Tage hin, bloß der niedrigere Sommerwasserstand gehalten werden darf, bestimmen zunächst Verträge und rechtliche Erkenntnisse, wenn diese vorhanden sind, nächst diesen die Provinzialgesetze. Ist keine solche Bestimmung vorhanden, so liegt den Kommissarien ob, von wann ab und bis wohin nur der Sommerwasserstand gehalten werden dürfe, nach den örtlichen Verhältnissen festzusetzen. Auf jeden Fall muß in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokolle ausdrücklich vermerkt sein, von wann ab und bis wohin der Sommerwasserstand gehalten werden soll.

§. 8. Kein Besitzer von Mühlen oder andern Stauungsanlagen darf den Wasserstand über die durch den Merkpfahl festgesetzte Höhe aufstauen[67a]). Sobald das Wasser über diese Höhe wächst, muß er durch Oeffnung der Schleusen, Gerinne und Grundstöcke, Abnehmung der beweglichen Aufsätze auf den Fachbäumen oder Ueberfällen, überhaupt Wegräumung aller bloß zeitlichen Hindernisse den Abfluß desselben unentgeltlich sogleich und unausgesetzt so lange befördern, bis das Wasser wieder auf die, durch den Merkpfahl bestimmte Höhe herabgefallen ist.

§. 9. Versäumt er dies, so ist nicht allein die örtliche Polizeibehörde verpflichtet, auf Antrag der Interessenten die vorerwähnte Oeffnung, Abnehmung und Wegräumung auf Gefahr und Kosten des Mühlenbesitzers ohne Anstand vornehmen zu lassen, sondern er[67aa]) hat auch in jedem Falle, außer dem Ersatze alles durch die widerrechtliche Stauung verursachten Schadens, zwanzig bis fünfzig Thaler Polizeistrafe verwirkt[67b]).

---

überhaupt für die Bestimmungen wegen der Vorfluth, also z. B. auch bei Streitigkeiten über die Räumungskosten (§. 10), Anwendung finden. R. vom 28. Juni 1833 (Jahrb. Bd. XLII, S. 83 und J.M.Bl. 1840, S. 129).

(5. A.) Die Provinzial-Polizeibehörde ist berechtigt, den Wasserstand einer Mühle in streitigen Fällen interimistisch festzusetzen. Wenn aber die Polizeibehörde einem Müller, welcher behauptet, daß der Wasserstau bei seiner Mühle durch rechtsverjährten Besitz bestimmt sei, außer dem Falle eines Rechtsstreites, kurzweg einen niedrigeren Wasserstand vorschreibt, so liegt der Fall einer Entschädigung des Müllers, auf Grund des §. 4 des G. vom 11. Mai 1842, vor und es ist sowohl über die Anerkennung dieses Rechtes seitens des Fiskus, als auch über die Entschädigungsfrage von den Gerichten zu entscheiden. Erk. des Konp.-Gerichtsh. vom 10. Oktober 1863 (J.M.Bl. 1864, S. 24).

67a) (3. A.) Wenn die Höhe des Wasserstaues einer Mühle durch polizeiliche Anordnungen der Regierung bestimmt ist, so kann der betheiligte Mühlenbesitzer, welcher sich dadurch in seinem Rechte verletzt glaubt, zwar die Anerkennung des Rechts zu einem anderen Wasserstaue (zum Zwecke der Entschädigung), nicht aber die Gewährung dieses Rechts im Wege des Prozesses verlangen. Erk. des Gerichtsh. für Kompetenzkonfl. vom 8. März 1856 (J.M.Bl. S. 119), und vom 1. Okt. 1859 (J.M.Bl. 1860, S. 258).

67aa) (3. A.) Wer unter dem Besitzer der Mühle hier, in polizeistrafrechtlicher Hinsicht, zu verstehen, ob der vollständige oder unvollständige Besitzer (der Geschäftsherr), oder der Inhaber, also namentlich der Mühlenwerkführer, wenn er selbstständig die Mühlenarbeiten leitet, ist verschieden beurtheilt und keineswegs zweifellos. Ein Polizeirichter hatte unter dem Besitzer den Civilbesitzer verstanden, und in einem Falle, wo der selbstständige Geschäftsführer das Wasser um viele Fuß über den Merkpfahl ohne Auftrag des Prinzipals gestaut hatte, den angeklagten Werkführer für straflos erklärt. Diese Auffassung war dem Appellationsgerichte zu Ratibor nicht einleuchtend; der Ausspruch des Polizeirichters wurde von demselben, unter Festsetzung der im §. 9 dem Mühlenbesitzer angedrohten Strafe gegen den Werkführer, aufgehoben. Ein weiterer Schritt geschah in dieser Sache nicht. In einer Münster'schen Sache aber, wo umgekehrt der polizeilich angeklagte Mühlenbesitzer, der einen Müllerknecht zur Beaufsichtigung der Mühle angestellt hatte, aus diesem Grunde sowohl von dem Polizeirichter als auf den eingelegten Rekurs auch von dem Appellationsgerichte für straflos erkannt worden war, hat das Obertr. auf die mit Genehmigung des J.M. (G. vom 3. Mai 1852, Art. 129) eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, unter Vernichtung dieses Erkenntnisses, den Satz ausgeführt: „Die in dem Vorfluthsedikte v. 15. Nov. 1811, §§. 8 u. 9 angedrohte Strafe trifft den Mühlenbesitzer auch dann, wenn er den geschäftlichen Betrieb der Mühle durch Dienstleute bewirken läßt." Erk. vom 19. April 1855 (J.M.Bl. S. 243). (5. A.) Das Strafverbot trifft nicht nur den Eigenthumsbesitzer, sondern auch den Pachtbesitzer der Mühle. Erk. des Obertr. vom 17. Okt. 1866 (J.M.Bl. S. 331). Aber doch wohl nicht Beide zugleich, wie nach der Fassung angenommen werden könnte; denn der körperliche „Besitzer" ist ja eben nur der Pächter.

67b) (3. A.) Die in den §§. 8 und 9 enthaltene Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn der Wasserstand auf Grund der Allgemeinen Gewerbeordnung im Verwaltungswege regulirt worden ist. Pr. des Obertr., S. f. Str.S. vom 15. Juni 1855 (J.M.Bl. S. 355).

§. 10. Wem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzugs obliegt[68a]), der kann zu dessen Auskrautung oder Räumung polizeilich angehalten werden, sobald aus der Vernachlässigung derselben, oder aus Mangel an der erforderlichen Tiefe, Nachtheil für die Besitzer anderer Grundstücke oder nutzbarer Anlagen, oder auch für die Gesundheit der Anwohner entstehet. Die Bestimmung, wann und wie die Auskrautung oder Räumung bewirkt werden soll, gehört bloß zur Kognition der Polizeibehörden, und jeder Unterhaltungspflichtige muß sich derselben unbedingt unterwerfen[68aa]).

§. 11. Die Mühlenbesitzer und alle, welche sonst den Abfluß eines Gewässers anzuhalten berechtigt sind, sollen verpflichtet sein, den freien Lauf desselben, nach Bestimmung der Provinzial-Polizeibehörde, ganz oder zum Theil, wieder herzustellen, sobald daraus ein offenbar überwiegender Vortheil für die Bodenkultur oder Schifffahrt entsteht, und diejenigen, welche für ihre Kultur oder Schifffahrtsanlagen des Wasserabflusses bedürfen, ihnen eine vollständige Entschädigung herzugeben bereit und vermögend sind.

§. 12. Diese Verpflichtung kann selbst bis auf gänzliche Wegräumung von Wassermühlen ausgedehnt werden, sobald nach polizeilichem Ermessen der Zweck nicht anders zu erreichen ist; der Müll-

---

68) Streitigkeiten darüber gehören vor die ordentlichen Gerichte. So sagt auch der J.M. in dem R. v. 28. März 1840 (J.M.Bl. S. 128). Doch soll die Polizei interimistisch entscheiden und darnach die Kosten beitreiben dürfen. S. Anm. 68a. (3. A.) So hat auch der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte den §. 10 ausgelegt, doch erklärt derselbe über das Wann und Wie den Rechtsweg für absolut ausgeschlossen. Erk. vom 16. April 1853 (J.M.Bl. S. 220) und v. 10. März 1855 (J.M.Bl. S. 218 und M.-Bl. für d. i. V. S. 170). (4. A.) Die Vorfrage: ob ein Graben in rechtsverbindlicher Weise bestehe, d. h. ob ein Interessent berechtigt sei, das Fortbestehen zu verlangen und wem in diesem Falle die Unterhaltungspflicht obliege, ist kein Gegenstand der polizeilichen Anordnung nach §. 10 dieses Edikts; wird die Frage früher oder später streitig, so ist kein Grund vorhanden, in Beziehung auf dieselbe den Rechtsweg auszuschließen. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 180). S. auch Anm. 55.

In Schlesien müssen Gräben, Bäche und Flüsse, sofern es die Polizeibehörde für erforderlich achtet, von den Grundbesitzern, über deren Gründe sie laufen, geräumt werden, nach dem Schl. Vorfl.-Ed. v. 20. Dez. 1746 (Korn's Ed. Samml. Bd. III, S. 392). Pr. des Obertr. 2193, vom 14. März 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 448).

68a) (3. A.) Gegen polizeiliche Anordnungen, welche die Räumung oder Erweiterung eines Abzugsgrabens betreffen, findet eine Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht statt, vielmehr kann in den geeigneten Fällen nur ein Entschädigungsanspruch im Rechtswege geltend gemacht werden. — Eine Regreßklage gegen den Polizeibeamten, welcher die polizeiliche Anordnung getroffen hat, ist nur alsdann zulässig, wenn die von ihm erlassene Verfügung demnächst von seiner vorgesetzten Behörde gemißbilligt worden ist. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 25. Oktober 1856. (J.M.Bl. 1857, S. 110.)

(5. A.) Wenn die Polizeibehörde die Besserung eines öffentlichen Weges durch Ziehung oder Räumung eines Grabens für nothwendig erachtet, und die Ausführung dieser Maßregel einem ihrer untergebenen Beamten überträgt; so kann der Letztere deshalb von demjenigen Grundbesitzer, welcher angeblich dadurch benachtheiligt worden ist, zur Erstattung des entstandenen Schadens nicht im Rechtswege belangt werden, wenn auch dieser Grundbesitzer behauptet, daß durch die Ziehung des Grabens über seine Ländereien der beabsichtigte Zweck nicht erreicht werden könne, und daß jener Beamte nur in seinem Privatinteresse die in Rede stehende Maßregel ausgewirkt habe: hierüber hat die Polizeibehörde endgültig zu befinden. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 10. Februar 1866 (J.M.Bl. S. 133).

(4. A.) Wenn auf Antrag einer Privatperson die Polizeibehörde eine interimistische Verfügung an den Besitzer eines Grundstücks auf Räumung eines über dasselbe führenden Grabens erlassen hat, so ist die im Rechtswege gestattete Negatorienklage gegen den Extrahenten der polizeilichen Verfügung zu richten. Der Rechtsweg ist auch in Betreff des aus der Räumung entstandenen Schadens zulässig. Erk. des Obertr. v. 25. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 66).

(4. A.) Gegen polizeiliche Anordnungen in Strom- und Uferangelegenheiten ist eine Possessorienklage unzulässig. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 8. Nov. 1862 (J.M.Bl. 1863, S. 106).

(4. A.) Die Vorschrift des §. 10 findet auch auf künstliche Wasserleitungen Anwendung. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 10. März 1860 (J.M.Bl. 1861, S. 260).

(4. A.) Der Streit über ein Recht zur Aufwerfung von Gräben und einer Wasserleitung auf fremdem Grunde und Boden kann aus dem Grunde dem Rechtswege nicht entzogen werden, weil der mit der Negatorienklage belangte Prätendent der Grundgerechtigkeit, — wenngleich er dieselbe mittelst Verjährung erworben haben will, — einwendet, daß er behufs der Räumung und Schlammung eines ihm gehörigen Grabens die verlangte Servitut ausgeübt und nöthig habe. Erk. des Obertr. v. 5. Juli 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 188).

ler aber vollständig entschädigt, auch der Gegend Ersatz für ihr Interesse bei Erhaltung der Mühle geleistet werden kann.

§. 13. Auch da, wo keine künstlichen Hindernisse des Abflusses vorhanden sind, kann jeder Grundbesitzer verlangen, daß ihm Abwässerungsgraben durch fremden Boden zu ziehen gestattet werde, sobald die vorerwähnten Bedingungen stattfinden.

§. 14. Selbst zur Ablassung von Teichen und stehenden Seen kann unter gedachten Bedingungen (§. 11) die Gestattung der Vorfluth erfordert werden, und wird in so weit eine Ausnahme von dem entgegenstehenden Gesetz, A.L.R. Th. I, Tit. 8, §. 117, nachgegeben.

§. 15. Besitzer von Grundstücken, welche sich des auf ihren Ländereien stehenden[68b]) Wassers entledigen wollen und deshalb nicht gütlich mit den zur Stauung Berechtigten oder andern Grundbesitzern einigen können, müssen[68bb]) von ihrem Vorhaben der Provinzial-Polizeibehörde Anzeige machen[68c]), nachweisen, welchen Vortheil sie von dem Ablassen des Wassers erwarten, und darthun, daß sie bereits Mittel haben, die wahrscheinliche Entschädigung ohne Verzug zu bezahlen[69]).

§. 16. Auf diesen Antrag wird sogleich eine Lokalunterſuchung durch sachkundige Kommissarien verfügt, welche ausmitteln:

a) wodurch der Zweck des Grundbesitzers am leichtesten erreicht werden könne?

b) ob durch die beabsichtigte Entwässerung nicht andere Grundbesitzer leiden, oder ein Nachtheil davon für die Schifffahrt oder öffentlichen Anlagen zu besorgen sei?

§. 17. Die letztere Untersuchung muß auch für den Fall stattfinden, wenn beide Theile über die Ablassung gütlich einverstanden sind.

§. 18. Auf den Grund dieser Untersuchung bestimmt die Provinzial-Polizeibehörde, ob die Ablassung des Wassers überhaupt stattfinden könne und unter welchen Modalitäten sie ausgeführt werden müsse.

§. 19. Wollen die Interessenten sich dieser Bestimmung nicht unterwerfen, so findet dagegen keine gerichtliche Klage, sondern nur Berufung auf die höhere Polizeibehörde statt[69a]).

---

68b) (4. A.) Unter stehendem Wasser werden solche Wasseransammlungen verstanden, welche sich nicht aus wild abfließendem Regenwasser bilden, vielmehr ihre eigenen Quellen oder regelmäßigen Zuflüsse haben. Erk. des Obertr. vom 9. September 1857 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 39).

68bb) (5. A.) Diese Bestimmung hat nur eine fakultative, keine zwingende Bedeutung. Unten, Anm. 70a.

68c) (4. A.) Wenn der Vorfluthbedürftige mit Vorbeigehung der zuständigen Behörde sich selbst die Vorfluth verschafft, so ist in Betreff der Negatorienklage des dadurch Belasteten der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Erk. des Obertr. v. 22. Mai 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 30). Denn Einrichtungen, welche mit Umgehung der Vorschriften §§. 15—19 behufs Verschaffung der Vorfluth auf einem Grundstücke ohne Genehmigung des Eigenthümers getroffen worden sind, enthalten eine Verletzung der Rechte des Letzteren, die derselbe nicht zu dulden braucht. Die erfolglose Anrufung des Landraths ist ebenso unerheblich, wie der Umstand, daß der Beklagte in der Person des Eigenthümers des betroffenen Grundstückes geirrt habe, Gründe, aus welchen der Appellationsrichter den Kläger abgewiesen hatte. Erk. dess. vom 12. Februar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 348).

69) Die Vorschrift setzt beständig unter Wasser stehende Flächen (Seen, Teiche, Sümpfe) voraus, und bezieht sich nicht auf angesammeltes Regenwasser. Die Gestattung der Vorfluth für Regenwasser ist wie die Einräumung einer nothwendigen Servitut zu behandeln. §§. 102—105 d. T. Auch Ableitungskanäle zu Drainirungsanlagen auf nassen Aeckern fallen unter eben diese Grundsätze, können also nicht auf Grund des Vorfl.-Ed. gefordert werden. — (4. A.) In Uebereinstimmung hiermit sagt das Obertr.: Der §. 15 setzt voraus, daß ein Grundbesitzer sich des auf seinen Ländereien stehenden Wassers durch Ablassen desselben entledigen will und zu diesem Zwecke die Herstellung einer besonderen Entwässerungsanlage beabsichtigt, durch welche ein neuer Wasserlauf über benachbarte Grundstücke da, wo bisher kein solcher vorhanden war, bewirkt, oder doch der bereits vorhandene wesentlich verändert wird. Wenn aber durch einen bereits vorhandenen alten Graben mittelst eines neu angelegten Grabens das stehende Wasser nur in größerer Menge abgeleitet werden soll, ohne daß der bisherige Wasserlauf dadurch wesentlich verändert wird; so ist dies unverboten und der §. 15 findet auf diesen Fall nicht Anwendung. Erk. des Obertr. v. 11. Februar 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 2).

69a) Bei Streitigkeiten über Entwässerungsanlagen und die daraus hervorgehenden Entschädigungsansprüche ist der Rechtsweg zulässig. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Kompetenzkonfl. v. 22. Mai 1852 (J.M.Bl. S. 252).

(4. A.) Die Entscheidung über die Gewährung der Vorfluth und über die Art der Ausführung

§. 20. Jedoch kann über den Umfang der Rechte, welche jede Partei zur Ausgleichung bringt, durch diesen polizeilichen Entwässerungsplan niemals etwas bestimmt werden, sondern es muß, wenn der Wasserstand streitig ist, derselbe nach §§. 1—5 festgesetzt, jede andere streitige Befugniß aber zur richterlichen Entscheidung verwiesen werden.

§. 21. Wird die Ausführung des Entwässerungsplanes genehmigt, so wird durch schiedsrichterliches Ermessen sowohl der Betrag der Entschädigung ausgemittelt, als auch die Entwässerung selbst nach dem genehmigten Plane zur Vollziehung gebracht[69b]).

§. 22. Zu dem Ende wählen die Stauungsberechtigten, oder die Inhaber der Grundstücke, die Vorfluth gewähren sollen, einen Schiedsrichter, der oder die Grundbesitzer, welche auf die Entwässerung antragen, auch einen, und die Provinzial-Polizeibehörde einen Obmann.

§. 23. Diese drei Personen werden von der Provinzial-Polizeibehörde autorisirt, auf den Grund der nach absoluter Stimmenmehrheit von ihnen gefaßten Beschlüsse, sowohl die Entschädigung zu bestimmen, als auch die Vollziehung der Entwässerung selbst anzuordnen. Zugleich haben sie die künftige Unterhaltung der neu angelegten Abzugsgraben näher zu bestimmen, wobei der Grundsatz anzuwenden ist, daß der oder diejenigen, welche in einem bestimmten Verhältniß Vortheil von der neuen Anlage haben, auch in eben dem Verhältniß zur Unterhaltung derselben verpflichtet sind.

§. 24. Von ihrer Entscheidung findet keine Appellation statt.

§. 25. Insofern ihnen aber klar nachgewiesen werden kann, daß sie ihre Befugniß überschritten haben, ist die Provinzial-Polizeibehörde befugt und verpflichtet, ihr Verfahren zu kassiren, den Parteien ihre Ansprüche auf Schadenersatz an sie vorzubehalten und die Wahl von neuen Schiedsrichtern zu veranlassen.

§. 26. Eine solche Ueberschreitung der Befugnisse findet jedoch nur statt, wenn die Schiedsrichter entweder von dem durch die Regierung genehmigten Entwässerungsplan abweichen, oder für solche Rechte, welche noch unter den Parteien streitig sind, Entschädigungen aussetzen.

§. 27. Will der Stauungsberechtigte sich nicht dazu verstehen, einen Schiedsrichter zu wählen, oder verzögert er die Wahl über 4 Wochen, nachdem ihm die Aufforderung dazu insinuirt worden ist, so ernennt der Landrath oder sonstige Polizeidirigent des Kreises den Schiedsrichter statt seiner.

§. 28. Zu Schiedsrichtern können nur unbescholtene dispositionsfähige sachkundige Männer gewählt werden.

§. 29. Auch nur solche, die als Zeugen für und wider die Parteien und übrigen Schiedsrichter mit voller Kraft vor Gericht könnten zugelassen werden.

§. 30. Wer zum Schiedsrichter gewählt ist, darf die Wahl nicht ablehnen; es sei denn, daß er solche Entschuldigungsgründe für sich anführen könnte, welche ihn von der Uebernahme einer mit Administration verbundenen Vormundschaft nach A.L.R. Th. II, Tit. 18, §§. 208, 209, 212, 313 befreien würden.

§. 31. Findet außer dem Interesse der Stauungsberechtigten oder der Inhaber der Grundstücke, die Vorfluth gewähren sollen, noch ein besonderes Interesse, z. B. wegen Fischerei, Viehtränke ꝛc., gegen die Entwässerung statt, so wählen diejenigen, welche ein besonderes Interesse haben, ebenfalls einen Schiedsrichter.

§. 32. Dieser verhandelt mit dem Schiedsrichter der Gegenpartei und dem Obmann besonders über das gedachte Interesse, und das Resultat ihrer Verhandlungen wird nochmals in den allgemeinen Rezeß über die ganze Verhandlung aufgenommen.

---

gebührt sowohl bei stehenden Seen und Teichen, als auch bei anderen der Ableitung bedürfenden Gewässern den Verwaltungsbehörden, ohne daß der Rechtsweg hierüber zulässig ist. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 11. Februar 1860 (J.M.Bl. 1861, S. 127).

69b) (4. A.) Die Bestimmungen der §§. 21 ff., welche die Ausführung der Entwässerungsanlage und die Entschädigungsfrage schiedsmännischer Entscheidung unterwerfen, haben sich praktisch nicht bewährt, weshalb die neuere Gesetzgebung in das Vorfluthgesetz für die Rheinprovinzen und Hohenzollern vom 14. Juni 1859 §§. 5, 6 (G.S. S. 325) die Bestimmung aufgenommen hat, daß die Ausführung der Anlage lediglich, und die Entschädigungsfrage mit Vorbehalt des Rechtsweges, von der Entscheidung der Bezirksregierung abhängig sein soll.

§. 33. Den Schiedsrichtern steht nicht nur die Vergütung ihrer baaren Auslagen, sondern auch ein Diätensatz zu, welchen die Provinzial-Polizeibehörde den Umständen nach festsetzt.

§. 34. Sämmtliche Kosten tragen diejenigen, auf deren Antrag die Entwässerung erfolgt.

16. G. v. 23. Jan. 1846, betr. das für Entwässerungsanlagen einzuführende Aufgebots- und Präklusionsverfahren. (G.S. S. 26.)

Wir ꝛc. ꝛc. Um den Schutz, welchen das G. v. 23. Februar 1843[70]) über die Benutzung der Privatflüsse in den §§. 19—22 den Bewässerungsanlagen durch Gestattung eines Aufgebots- und Präklusionsverfahren gewährt, auch den Entwässerungsanlagen zu Theil werden zu lassen, verordnen Wir zur Ergänzung des Gesetzes wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. Nov. 1811 für diejenigen Landestheile, in welchen dieses letztere G. Anwendung findet, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, was folgt:

§. 1. Der Unternehmer einer Entwässerungsanlage ist befugt[70a]), die Vermittelung der Polizeibehörde in Anspruch zu nehmen, wenn er sich darüber Sicherheit verschaffen will, ob und welche privatrechtliche Widerspruchsrechte oder Entschädigungsansprüche stattfinden:

1) in Beziehung auf die von ihm beabsichtigten oder schon getroffenen Verfügungen:
   a) über das abzuleitende Wasser,
   b) über die zu entwässernden ihm zugehörigen Grundstücke,
   c) über denjenigen Theil, sowohl eigener als fremder Grundstücke, welcher zu den Wasserleitungen dienen soll;
2) in Beziehung auf die in Folge der neuen Anlage zu erwartende oder schon eingetretene Senkung des Wasserstandes,

§. 2. Wer von dieser Befugniß (§. 1) Gebrauch machen will, muß eine öffentliche Bekanntmachung über die Entwässerungsanlage unter Einreichung eines vollständigen Situationsplans und der etwa erforderlichen Nivellements, in welchen stets der höchste und der niedrigste Wasserstand angegeben ist, bei dem Landrath, in dessen Kreise das zu entwässernde Grundstück belegen ist, in Antrag bringen.

Ist das Grundstück in mehreren Kreisen gelegen, so bestimmt die vorgesetzte Behörde den Landrath, welcher das Verfahren leiten soll.

§. 3. Die Bekanntmachung erfolgt:

1) durch die Amtsblätter der Regierungsbezirke, durch welche die Entwässerungsanlage sich erstreckt und das abgeleitete Wasser seinen Lauf nimmt, zu drei verschiedenen Malen;
2) durch das Kreisblatt des Kreises, sofern ein solches Blatt vorhanden ist, ebenfalls zu dreien Malen;
3) in der Gemeine, in deren Bezirk das zu entwässernde Grundstück liegt, so wie in den zunächst angrenzenden Gemeinen, durch Anschlag an der Gemeinestätte oder in der örtlich sonst hergebrachten Publikationsweise.

Sie enthält, mit Hinweisung auf den im Geschäftslokal des Landraths zur Einsicht ausgelegten Plan, die Aufforderung:

etwanige Widerspruchsrechte oder Entschädigungsansprüche binnen 3 Monaten, vom Tage des Erscheinens des ersten Amtsblattes an gerechnet, bei dem Landrath anzumelden.

Die Aufforderung geschieht mit der Verwarnung, daß diejenigen, welche sich binnen der bestimmten Frist nicht gemeldet haben, in Betreff der Ableitung des Wassers und der davon zu erwartenden oder schon eingetretenen Senkung des Wasserstandes, sowohl ihres Widerspruchsrechts als des Anspruchs auf Entschädigung verlustig gehen,

und

---

70) S. dasselbe in dem Zus. zu II, 15, §. 43.

70a) (5. A.) Der Unternehmer einer Entwässerungsanlage ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Vermittelung der Polizeibehörde zur Vereinbarung mit den benachbarten Grundbesitzern und zur Durchführung der Anlage nachzusuchen. Ist die Anlage ohne einen solchen Antrag eigenmächtig von ihm ausgeführt, und den benachbarten Grundbesitzern dadurch Schaden zugefügt, so ist über die Verbindlichkeit zum Ersatze desselben im Rechtswege zu entscheiden. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 11. Juni 1864 (J.M.Bl. S. 246). Vergl. R. des Min. für die landwirthschaftl. Angel. v. 6. August 1853 (M.Bl. f. d. innere Verw. S. 168).

in Betreff des zu entwässernden oder[70b]) zu den Wasserleitungen zu benutzenden Terrains ihr Widerspruchsrecht gegen die Anlage verlieren und nur einen Anspruch auf Entschädigung behalten.

§. 4. Die Besitzer derjenigen Grundstücke, denen das Wasser zugeleitet wird, werden in Beziehung auf die Ansprüche wegen solcher Nachtheile, welche durch die neue Zuleitung des Wassers für die Grundstücke entstehen, von der Präklusion nicht betroffen.

§. 5. Nach Ablauf der Anmeldungsfrist (§. 3) hat der Landrath die Verhandlungen der Regierung einzureichen. Diese faßt, wenn sie die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet findet, einen Bescheid ab, in welchem sie denjenigen, die sich gemeldet haben, ihre Rechte namentlich vorbehält, alle Andere aber mit ihren bei Erlaß des Bescheides bestehenden Rechten präkludirt.

§. 6. Von dem Präklusionsbescheid wird eine Ausfertigung dem Provokanten zugestellt, eine zweite aber in der Registratur der Regierung, welche den Bescheid abgefaßt hat, zur Einsicht für Jedermann ausgelegt, und daß Letzteres geschehen, durch das Amtsblatt dieser Regierung einmal angezeigt.

Wenn die das Verfahren einleitende Bekanntmachung nach §. 3, Nr. 1 durch die Amtsblätter auch noch anderen Regierungen publizirt worden war, so ist die Anzeige von der Abfassung und Auslegung des Präklusionsbescheides auch in diese Amtsblätter einzurücken.

§. 7. Restitutionsgesuche gegen den Präklusionsbescheid müssen bei der Regierung, die solchen abgefaßt hat, und zwar innerhalb derjenigen 6 Wochen angebracht werden, welche auf den Tag folgen, an dem das Amtsblatt dieser Regierung, welches die Anzeige (§. 6) enthält, ausgegeben wurde.

§. 8. Der Provokant hat sämmtliche Kosten des Verfahrens zu tragen. Als solche sind indessen nur die entstandenen baaren Auslagen, nicht aber auch Gebühren und Stempel in Ansatz zu bringen.

16a. G. betr. die Bildung von Genossenschaften zu Entwässerungsanlagen ꝛc. vom 11. Mai 1853. (G.S. S. 182.)

Art. 2. Der dritte Abschn. des Ges. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Februar 1843 (Zus. zu §. 43, Th. II, Tit. 15), welcher die Bildung von Genossenschaften zu Bewässerungsanlagen betrifft, wird hiermit auch auf Genossenschaften zu Entwässerungsanlagen ausgedehnt, doch sollen Genossenschaften für Drainanlagen für jetzt nur bei freiwilliger Zustimmung aller Betheiligten gebildet werden.

Art. 3. Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über Anlegung von Entwässerungsgräben durch fremde Grundstücke finden auch Anwendung auf Ableitungen des Wassers unter der Erde in bedeckten Kanälen oder in Röhren (Drains).

## §. 118. Die Raine[71]) oder sogenannten Pflugrechte[72]) zwischen benachbarten

Von Rainen und Pflugrechten.

70b) (4. A.) Das im authentischen Texte hier stehende Wort „aber" ist ein Druckfehler, es muß „oder" heißen. G.S. v. 1860, S. 520.

71) Rein, Rain, Scheidling, auch Schnede genannt, ist der zwischen zwei angrenzenden Feldstücken unbebaut liegende Raum, das confinium der Römer. Der Zweck ist, die Grenze zwischen beiden Stücken festzustellen und äußerlich kennbar zu machen. Deshalb darf er nicht unter den Pflug genommen werden, wenn er auch ausschließlich dem einen von beiden Grundstücken angehört. Wohl aber steht die außerdem mögliche Benutzung, z. B. durch Begrasung, Holzkultur, dem Eigenthümer frei. In ebenen Gegenden pflegt der Rain gewöhnlich zu beiden Grundstücken zu gehören, und in diesem Falle ist die Mitte desselben die ideelle Grenzlinie. Davon hat der §. 118, mit welchem der §. 366, Tit. 17 zu verbinden, eine Regel gemacht, welche doch nur soviel heißen kann, als: die Gemeinschaftlichkeit wird angenommen, wenn nicht ein Sondereigenthum nachzuweisen ist. Eine Vermuthung dafür, unter der dort bezeichneten Voraussetzung, unten §. 188. Solche Ausnahmen sind in unebenen Gegenden so häufig, daß sie dort fast die Regel bilden, indem der bisweilen sehr breite, gerade den Abhang bildende, meistens mit Holz bewachsene Mittelrain als sog. Fuß zu dem oberhalb liegenden Grundstücke zu gehören pflegt. Es kommt aber auch in flachen Gegenden vor, daß die Feldraine nur von dem einen Anlieger ausschließlich benutzt werden, entweder so, daß Jeder den zur Rechten oder zur Linken liegenden nutzt, oder so, daß beide angrenzenden Nachbarn ein Jahr ums andere wechseln. In diesem Falle nennt man die Raine „Wechselraine", im Gegensatze zu den „gemeinschaftlichen Rainen", die ein jeder Anlieger zur Hälfte, bis zu der Mittellinie, benutzt. Klinguer's Dorf- und Bauernrecht, Th. I, S. 197. Hierin ist das Ortsrecht entscheidend. (5. A.) Dieses kann sich auch durch Observanz bilden, wie Suarez in seinem Berichte über die Schlußrevision des A. L.R. ausdrücklich sagt: „Sie (die §§. 118 ff.) bestimmen nur die Regel, und dienen bei Bearbeitung der Provinzialrechte bloß zum Leitfaden, da allerdings

Grundstücken werden in der Regel[72a]) als gemeinschaftliches[73]) Eigenthum angesehen.

---

an manchen einzelnen Orten nach der verschiedenen Lokalität und Observanz veränderte Bestimmungen eintreten werden. (Jahrb. Bd. XLI, S. 11.) Die Zulässigkeit und Erheblichkeit einer Observanz nimmt hier auch das Obertr. an. Erk. vom 11. Januar 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 67).

Ist der Scheidling gemeinschaftlich, so kann, in Folge des Ausschließungsrechtes §. 1 d. T., jeder Miteigenthümer, auch ohne Zuziehung des anderen Miteigenthümers, jeden Dritten vom Gebrauche des Raines und des darüber führenden Weges ausschließen. Pr. des Obertr. 541, v. 5. Oktober 1838. Ebenso kann Jeder den Anderen an der willkürlichen Benutzung, z. B. durch Befahren mit Wagen und Schleifen, oder durch Abgrasen, hindern.

(4. A.) Daß die Regel des §. 118 auch dann Anwendung findet, wenn der Rain als Weg benutzt wird, versteht sich. Wenn beide Grundstücke, zwischen welchen der Rain liegt, demselben Eigenthümer gehören, so ist dieser bis zum Beweise des Gegentheils auch für den Alleineigenthümer des Rains zu erachten. Erk. des Obertr. v. 3. Sept. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 12). Daraus folgt, daß er den Rain durch Zusammenackerung beider Stücke kassiren kann, es wäre denn, daß Jemand eine Grundgerechtigkeit, etwa ein Wege- oder Grasungsrecht darauf hätte.

72) Pflugrechte pflegen die Scheidlinge an den Enden der anstoßenden Feldstücke genannt zu werden, von dem Wenden mit dem Pfluge auf demselben, weshalb man sie auch breiter liegen läßt, als die sog. Mittelraine. Von den Pflugrechten gelten dieselben Grundsätze wie von Mittelrainen. Sind dergleichen Pflugrechte nicht vorhanden, so hat Keiner der Anstoßenden das Recht, auf des Nachbars Grunde mit dem Pfluge zu wenden; es bleibt ihm nur übrig, den Rest, der mit dem Pfluge nicht erreicht werden kann, mit dem Spaten umzugraben, wenn er ihn nicht wüste liegen lassen will, wie bei natürlichen Hindernissen sich von selbst gebietet. Nach manchen Ortsgewohnheiten ist das Ein- oder Umwenden auf des Nachbars Acker erlaubt. M. s. z. B. Klingner's Sammlung zum Dorf- und Bauernrechte, Th. I, S. 496, Nr. 30.

72a) S. oben die Anm. 71, Abs. 1.

73) Die Vorschrift nimmt nur dasjenige auf, was thatsächlich besteht. Es ist ausdrücklich vorausgesetzt, daß zwei benachbarte Feldstücke durch kein Mittel getrennt sind, außer durch den willkürlich liegen gelassenen Streifen Land. Wenn aber eine andere natürliche Scheide vorhanden ist, etwa ein Bach, ein Weg, so ist die Frage: ob dieselbe Regel Anwendung findet. In Beziehung auf Privatflüsse und Bäche, welche zwischen zwei Grundstücken fließen, hat das Obertr. die Vermuthung für die Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums gelten lassen, nach einem Beschl. des III. S. v. 15. Dez. 1848 in Sachen Fiskus w. Voth $^{548}/_{1203}$ III, 48; obwohl es nicht lange vorher dieselbe in einer anderen Sache verworfen hatte. (4. A.) Grenzgräben, wenn dazu von beiden Seiten der Grund genommen wird, so daß die Grenzlinie im Graben liegt, sind selbstverständlich ein gemeinschaftliches Eigenthum und deshalb kann sich keiner der Nachbarn ohne den Willen des Anderen den Graben zu Nutze machen. In dieser Beziehung begegnet uns eine merkwürdige Entscheidung des Obertr. in dem Erk. v. 14. Juli 1857 (Archiv, Bd. XXV, S. 354). Ein Nachbar hatte den acht Fuß breiten Grenzgraben nach seiner Seite hin um 18 Fuß verbreitert und 4 Fuß vertieft, und sich dadurch einen Kanal zur Abfuhr von Torf auf Trödelkähnen geschaffen. Der andere Nachbar wollte diese Veränderung und Benutzung des Grenzgrabens nicht dulden, weil durch die einseitige Benutzungsart desselben, vermöge der eingeführten größeren Wassermasse, sein Ufer unterwaschen, dadurch zum Einstürzen gebracht und sein Grundstück beschädigt würde. In beiden Instanzen wurde ihm Recht gegeben. Diese Entscheidung hat das Obertr. kassirt, weil der Bekl., indem er in seinem Interesse das ihm gehörige an den Graben stoßende Grundstück in der Breite von 18 Fuß nicht mehr als Wiese zu benutzen beschloß, sondern in einen Kanal zum Transporte des Torfs, umwandelte, als Eigenthümer des dazu verwendeten Areals gehandelt habe, wozu er nach §. 28 d. T. befugt gewesen sei. Aber davon war gar nicht Rede; dem Anderen konnte es gleichgültig sein, ob der Nachbar auf seinem Grunde und Boden an der Grenze einen Blumengarten oder einen Kanal anlegte, wenn er nur nicht das Grenzterrain zu seinem Nutzen mit dazu nahm. Dies war geschehen. Der zu dem Kanal hinzugenommene eigene Grund und Boden reichte zur Breite desselben nicht aus und der Nachbar nahm zur Bodenersparung und in seinem ausschließlichen Interesse den ihm nicht ausschließlich gehörigen 8 Fuß breiten Grenzgraben zur Hälfte, vertiefte ihn auch um 4 Fuß, d. h. grub den Boden auf des Nachbars Seite eigenmächtig aus, um das dem Nachbar zustehende Eigenthum oder Miteigenthum zu seinem Zwecke brauchbar zu machen. Dazu war er gar nicht berechtigt.

Was Privatwege betrifft — denn öffentliche Wege können keinen Privatrechtsstreit verursachen, — so läßt sich eine Rechtsvermuthung nicht behaupten. Dazu fehlt auch das Bedürfniß. Wer das ausschließliche Eigenthum für sich in Anspruch nimmt, muß es nachweisen; vermag das Keiner, so ergiebt sich der Erfolg von selbst. Bei Privatwegen, welche die Grundstücke durchschneiden, gelten andere Grundsätze. Kann derjenige, welcher den Weg gebraucht, ein Eigenthum nicht nachweisen, so bleibt dasselbe dem Eigenthümer des Grundstücks und das Recht Jenes ist als Servitut anzusehen. Vergl.

§. 119. Sie dürfen also[74]) von keinem der benachbarten Besitzer, ohne Einwilligung der Miteigenthümer, verändert oder geschmälert werden.

Von Winkeln.

§. 120. Auch die Winkel oder Zwischenräume zwischen den Häusern[75]) werden in der Regel für gemeinschaftlich geachtet[75a]).

§. 121. Hat jedoch bisher nur einer der Nachbarn die Traufe dahin fallen lassen, und nur allein Gossen, Privete, oder offene[76]) Fenster darin gehabt[77]), so wird vermuthet, daß der Zwischenraum ihm eigenthümlich gehöre.

§. 122. In einem zwischen zwei Häusern gelegenen Winkel darf auch der, welchem selbiger eigenthümlich gehört, die Röhre von einem Windofen ohne des Nachbars Einwilligung nicht führen.

Von Erkern, Altanen u. s. w.

§. 123. Die Anlegung neuer Erker, Altane, Wetterdächer, Dachtraufen, und anderer über die Grenze ragender Bauwerke, ist der Nachbar zu dulden nicht verpflichtet.

Von Bäumen an den Häusern.

§. 124. Wer an seinem Hause Bäume oder Weinreben anpflanzen will, muß dieselben dergestalt hinter ein Geländer ziehn, daß weder sie selbst, noch das Geländer, die Wände der benachbarten Gebäude berühren.

Von Schweinställen, Kloaken, u. s. w.

§. 125. Schweinställe, Kloake[78]), Dünger- und Lohgruben, und andere[79])

---

ein Pr. des Obertr. v. 17. Januar 1844 (Ulrich, Archiv, Bd. X, S. 57), wo das Eigenthum des Grundbesitzers aus §. 111 gefolgert wird, was ich nicht für zulässig halte.

74) Eine Folgerung aus §. 118, welche nur zulässig ist, wenn die Voraussetzung zutrifft. Aber auch dann, wenn der Grenzrain nur dem Einen Grundstücke angehört, darf er doch nicht so verändert werden, daß die Linie auf des Nachbars Seite unterbrochen oder verlegt wird, weil Grenzscheidungen unverrückt bleiben müssen.

75) Der Ausdruck „Häuser" ist hier gleichbedeutend mit „Gebäude". Es ist hier von den, dem Publikum unzugänglichen Räumen zwischen nebeneinander stehenden Gebäulichkeiten und deren Eigenthume die Rede, und Gegenstand solches Privateigenthums sind nicht bloß die Räume zwischen Häusern, sondern auch die zwischen anderen Bauwerken. Die Breite ist ohne Einfluß auf den Rechtspunkt.

75a) (3. A.) Diese Gemeinschaft kann nicht auf einseitigen Antrag aufgehoben werden; der §. 75, Tit. 17 findet darauf nicht Anwendung. Pr. des Obertr. v. 14. Nov. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 142). (5. A.) Der §. 10, Tit. 17, wonach kein Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache ꝛc. gültige Verfügungen treffen kann, ist nicht ohne Unterschied auf jede Benutzung gemeinschaftlichen Eigenthums zu beziehen, und dies kann namentlich in solchen Fällen nicht stattfinden, in welchen die Benutzung gerade dem Zwecke entspricht, zu welchem das gemeinschaftliche Eigenthum dient, wie es da zutrifft, wo es sich darum handelt, den Zwischenraum zwischen zwei Gebäuden zur Abführung des Wassers zu benutzen, welches aus den Gebäuden zu entfernen ist. Erk. des Obertr. vom 29. Nov. u. 1. Dez. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 134).

76) D. h. unvergitterte und unverstäbte; sonst würden die Fenster die gerade entgegengesetzte Vermuthung begründen. §. 138 d. T.

77) Alle diese Zustände werden einzeln als Beweise des Alleineigenthums angesehen: sie brauchen nicht alle zusammenzutreffen. Von entscheidendem Gewichte aber ist das Erforderniß des „Allein-Habens" dieser Anlagen; hat auch der andere Nachbar an seinem Gebäude dergleichen Anlagen, so heben sich die Beweise einander auf. (5. A. Das ist auch vom Obertr. anerkannt und angewendet in dem Erk. vom 29. Nov. u. 1. Dez. 1864, Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 133.) Die hier genannten Anlagen sollen als unzweideutige Zeichen für das Alleineigenthum gelten. Daß keine anderen derartigen Anlagen einen solchen Beweis sollen liefern können, ist damit nicht gesagt. Eine zum Aufwinden von Lasten angelegte Luke oder Oeffnung mit einer darin befestigten Welle, möchte kaum geringeres Gewicht haben, als ein offenes Fenster, zumal sie das Betreten des Erdbodens im Raume voraussetzt. Ueberhaupt dürfen derartige Anlagen nicht als Einschränkungen des Eigenthums aufgefaßt werden, welche man streng interpretiren müsse, vielmehr fallen sie alle unter den Begriff vom Beweise für oder wider das Eigenthum.

(4. A.) Die Anwendbarkeit der §§. 120, 121 ist auf Winkel und Zwischenräume von nur drei Fuß oder weniger nicht beschränkt. Erk. des Obertr. vom 16. Januar 1855 (Archiv für Rechtsf. Bd. XVI, S. 171).

78) Darunter werden sowohl Gruben zur Ansammlung von Unreinigkeiten, als auch verdeckte Kanäle zur Ableitung der Unreinigkeiten aus den Gebäuden (die eigentlichen röm. cloacae. L. 1, §. 4 D. de cloacis) verstanden. Diese sind keineswegs schon in den §§. 99 u. 100 mit gemeint, wie in den Jahrb. Bd. XXXVI, S. 247 dafür gehalten wird; denn diese Bestimmungen beziehen sich auf ländliche Grundstücke.

79) Z. B. Mist- und feuchte Kalkhaufen, bewegliche Wasserbehälter. Pr. des Obertr. v. 29. April

den Gebäuden[80]) schädliche Anlagen[81]) müssen wenigstens drei[82]) Fuß rheinländisch von den benachbarten Gebäuden, Mauern[83]) und Scheunen entfernt bleiben[84]).

§. 126. Auch müssen dergleichen Gruben und Behältnisse von Grund aus aufgemauert werden[85]).

---

1843 (Entsch. Bd. IX, S. 192). (4. A.) Das Obertr. nimmt den Ausdruck „andere" für „ähnliche", und schließt deshalb bei der Anlage einer Eisenbahn das Entferntbleiben des Bahnkörpers — der Schienen und Schwellen — bis auf drei Fuß von dem benachbarten Gebäude, und somit die Anwendung des §. 125 auf diese schädliche Anlage aus, wenn auch das anstoßende Gebäude durch das fortdauernde Erschüttern des Grundes ruinirt wird. Erk. v. 27. Jan. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 172). Wenn auch die Auffassung des Obertr. nicht dem Gedanken des Gesetzgebers entspräche, so würde damit bei Eisenbahnanlagen nichts gewonnen sein. Ueber die Anlage selbst, also auch über die Nothwendigkeit der Zurückziehung eines angeblich zu nahe gelegten Schienenstranges hat nur die Verwaltungsbehörde zu entscheiden; vor das Rechtsforum gehört nur die Entschädigungsfrage, welche auf §§. 14 u. 25 des Eisenbahngesetzes v. 3. Nov. 1838 zu gründen ist.

80) Nämlich den Gebäuden überhaupt, nicht etwa einer gewissen Art, z. B. Häusern im Gegensatze zu Scheuern, Ställen, Mauern u. dergl. Es läßt sich mithin daraus nicht ableiten, daß Ställe nicht solche Gebäude seien, von welchen schädliche Anlagen zurücktreten müssen, insbesondere, daß einem Schweinestalle eine solche Anlage ganz nahe treten dürfe.

81) Diese Bestimmung bildet insofern den Gegensatz des §. 128, als darin von solchen Anlagen die Rede, welche stehende Flüssigkeiten ansammeln und wegen der Beschaffenheit der Flüssigkeiten zu den an sich schädlichen Anlagen gezählt werden. Deshalb ist ihre Entfernung auf 5 Fuß bestimmt und Ausmauerung von Grund auf angeordnet. Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 118.

(4. A.) Unter den schädlichen Anlagen sind nur Gruben und transportable, wenn schon bodenfeste Behältnisse, und zwar ohne Rücksicht auf deren Schädlichkeit im konkreten Falle, keineswegs aber eigentliche Gebäude, auch wenn sie nur als Stallungen dienen, zu verstehen. — Der §. 125 findet daher keine Anwendung, wo die schädliche und die benachtheiligte Anlage eine gemeinschaftliche Mauer haben; vielmehr sind dabei die speziellen Bestimmungen über den Gebrauch einer solchen, und die allgemeinen Grundsätze über die Rechte und Pflichten am gemeinschaftlichen Eigenthume maßgebend. Erk. des Obertr. vom 15. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 133).

82) Bei der Messung dieser Entfernung wird die Stärke der Einfassungsmauer des Behältnisses (§. 126) mit gemessen. Pr. des Obertr. 2106, vom 9. Febr. 1849. (Entsch. Bd. XVII, S. 114.)

83) Auf Scheidemauern zwischen Gebäuden bezieht sich der 5. Abschnitt des 17. T. „von Grenzscheidungen" nicht. Aber die Vermuthung des Eigenthums aus den §§. 159—161 findet auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden Anwendung. Pr. 1298, v. 29. April 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 200).

84) Das „entfernt bleiben" deutet an, daß nur von im Werden begriffenen Anlagen die Rede ist und daß dabei schon vorhandene Gebäude vorausgesetzt werden. Schon vorhandene Anlagen brauchen vor den später errichteten Gebäuden nicht zurückzutreten. Pr. des Obertr. v. 8. August 1848. (Rechtsf. Bd. IV, S. 246.) (3. A.) Diesen Rechtssatz hat das Obertr. durch sein späteres Pr. 2604, vom 30. Jan. 1855, lautend: „Die Anwendung der §§. 125 u. 126 setzt voraus, daß die Gebäude, Mauern und Scheunen des Nachbars schon vor der Anlegung der Gruben und anderer, den Gebäuden schädlichen Anstalten vorhanden gewesen," aufrecht erhalten. (Entsch. Bd. XXX, S. 27.) (4. A.) Vergl. auch das in demselben Sinne ergangene Vernichtungsurtel v. 25. Juni 1857 (Archiv Bd. XXV, S. 295). Darnach finden die §§. 125, 126 auch nicht auf Vertiefungen Anwendung, welche vom Kläger selbst nur in seinem Interesse vorgenommen sind. In dem dort entschiedenen Streitfalle hatte nämlich der Kläger selbst eine neben seinem Hause auf des Nachbars Hofe liegende Düngerstätte mit Zustimmung des Nachbars zu einer Düngergrube vertieft und hinterdrein verlangte er, daß der Nachbar die Grube ausmauern lasse. §. 126. — (5. A.) Vergl. unten §. 185 d. T. u. die Anm. 26a, Absatz 2 dazu.

85) Die Ausmauerung muß auch bei Anlagen in größerer Entfernung geschehen, wenn die Schädlichkeit nachgewiesen wird. Die Polizeigewalt ist der Meinung, daß sie schon vorhandene Anlagen abändern lassen könne. M. s. die Erl. des M. des I. v. 8. März 1842 u. v. 13. April 1842 (M.Bl. der i. V., S. 68, 69). Die Justiz hält die §§. 125, 126 für keine die Verjährung ausschließenden Verbotsgesetze. Pr. des Obertr. vom 8. August 1848 (Rechtsf. IV, 246), und vom 22. Nov. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 58). (3. A.) Dazu stimmt nicht das Pr. 2559, vom 31. Okt. 1854: „Die Vorschrift des §. 126 beschränkt sich nicht auf den Schutz der Gebäude des Nachbars gegen den schädlichen Einfluß der im §. 125 bezeichneten Anlagen, bezieht sich vielmehr auch auf das öffentliche Interesse." (Entsch. Bd. XXIX, S. 56.) (4. A.) Diese Meinung wird auch in dem Erk. des Obertr. v. 14. Okt. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 48) aufrecht und folglich der Erwerb eines diese Vorschrift abändernden Rechts durch Verjährung für unstatthaft gehalten. Folgeweise muß also auch die vertragsmäßige Erwerbung unzulässig sein.

§. 127. Von Bäumen des Nachbars müssen dergleichen Anlagen wenigstens drei Werkschuhe[86]) zurücktreten.

Von Rinnen und Kanälen.

§. 128. Wer auf seinem Grund und Boden, jedoch an der Seite des Nachbars hin, Rinnen[86a]) und Kanäle an[87]) der Erde zur Abführung des Wassers[88]) anlegen will[88a]), muß gegen die Wand des Nachbars wenigstens noch einen Raum von einem Werkschuhe[89]) frei lassen.

Von Brunnen.

§. 129. Anlagen, durch welche der schon vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden würde, sind unzulässig[89a]).

§. 130. Dagegen kann die Grabung eines Brunnens auf eigenem Grund und Boden, wenn gleich dadurch dem Nachbar sein Wasser entzogen wird, dem Eigenthümer nicht gewehrt werden, sobald der Nachbar desfalls kein besonderes Untersagungsrecht erlangt hat[90]).

§. 131. Doch darf innerhalb dreier Werkschuhe von des Nachbars Grenze kein neuer Brunnen angelegt werden.

§. 132. Ueberhaupt darf unter des Nachbars Grunde Niemand graben.

Vom Gebrauche einer gemeinschaftlichen Mauer.

§. 133. Back-, Brenn- oder Schmelz-Oefen und Feuerheerde, können an der gemeinschaftlichen, oder dem Nachbar gehörenden Scheidewand, ohne desselben Bewilligung nicht angelegt werden.

§. 134. Dagegen ist ein Jeder an der gemeinschaftlichen Mauer, auch ohne besondere Rückfrage mit dem Nachbar, Schornsteine anzulegen[90a]), wohl befugt.

---

Die zum Besten der Nachbarn gegebenen gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums berechtigen und verpflichten dinglich. Daher sind unter den benachbarten Gebäuden im §. 125 nicht die Personen der Besitzer derselben zu verstehen, welche dieselben schon zur Zeit der Herrichtung der schädlichen Anlage besessen haben, mithin kann das Recht auf die gesetzliche Einschränkung des Eigenthums des Anderen nicht schon von dem Erwerbe des berechtigten Grundstücks, vielmehr nur von einem besonders erfolgten und von jenen Personen abgeleiteten Erwerbe abhängig sein; und andererseits kann nicht der Besitzer des gesetzlich verpflichteten Grundstücks für befreit erachtet werden, weil er sein Grundstück mit der dem Nachbar schädlichen Anlage erworben hat. Erk. des Obertr. v. 17. Juli 1860 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 202). Vom privatrechtlichen Boden aus ist die Ausführung anzuzweifeln. Aber vom Standpunkte des „öffentlichen Interesses" ist gar nicht zu bezweifeln, daß eine gemeinschädliche Anlage zu allen Zeiten auf Verlangen des dadurch Betroffenen weggeschafft werden muß.

86) Werkschuh ist ein gleichbedeutender Ausdruck für „Fuß", „Werkfuß" und bezeichnet dasselbe Maß, was der §. 125 vorschreibt. Der sog. rheinländische Werkfuß ist seit dem 28. Oktobr. 1773 in Preußen, den Marken und Pommern eingeführt und mit dem heutigen Preuß. Fuß identisch. Anweisung zur Anfert. der Probemaße vom 16. Mai 1816, §. 2. (G.S. S. 149.)

86a) (4. A.) Gegen baupolizeiliche Anordnungen, betreffend die Anlage von Straßenrinnen, ist der Rechtsweg unzulässig. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 13. Oktbr. 1860 (J.M.Bl. 1861, S. 268). Vergl. unten Anm. 28a zu §. 187 d. T.

87) Daß heißt nicht oberhalb der Oberfläche, wie es ein Appell.-Gericht ausgelegt hatte, sondern es kann auch in der Erde, unter der Oberfläche, verdeckt sein. Vergl. Entsch. XVII. 119.

88) Oder andere Flüssigkeiten, z. B. Schlempe aus Brennereien, Oel aus Oelfabriken.

88a) (4. A.) Die Worte „anlegen will" sind nicht so zu verstehen, daß der Wille auf die Anlegung einer Rinne gerichtet gewesen und demgemäß auch ein die Wasserableitung bezweckendes Bauwerk oder eine sonstige Anlage vorausgesetzt sei; vielmehr muß, wenn der Nachbar eine Einrichtung auf seinem Grunde und Boden, durch welche eine Rinne entsteht, die das Wasser ableitet, trifft, der Eigenthümer des anstoßenden Grundstücks dagegen Schutz finden, gesetzt auch, daß es in der Absicht des Nachbars gar nicht gelegen hat, daß eine Rinne entstehen oder daß solche Wasser ableiten sollte. Erk. des Obertrib. v. 12. März 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 351).

89) Diese Entfernung wird von der inneren Wand der Rinne gemessen. Anmerkung 82.

89a) (4. A.) Der §. 129 findet auf Anlagen, welche lediglich eine Verminderung des Wassers in dem Brunnen des Nachbars bewirken, keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 14. Dez. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 96.)

90) Aus der L. 21 D de aqua (XXXIX, 3), u. L. 1, §. 12 eodem, doch fügt die zweite Stelle bei: „si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit." Das ist der Mißbrauch des §. 28 d. T. S. jedoch den Pl.-Beschl. des Obertr. vom 7. Juni 1852 und zu §. 189, Anm. 31.

90a) (3. A.) Aber nicht ohne polizeiliche Genehmigung und nicht ohne Beobachtung der über An-

§. 135. Eine gemeinschaftliche[91]) Mauer kann jeder Nachbar an seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke zu seinem Nutzen brauchen, in sofern dadurch dem Gebäude selbst kein Nachtheil geschieht[91a]).

§. 136. Doch müssen Wandschränke und andere dergleichen Anlagen in einer solchen Mauer dergestalt eingerichtet werden, daß sie nicht auf diejenigen treffen, welche der Nachbar auf der entgegenstehenden Seite bereits angelegt hat.

Vom Licht und von der Aussicht[92]).

§. 137. Um Licht[93]) in seine Gebäude zu bringen, kann ein Jeder Oeffnungen

---

legung von Schornsteinen gegebenen Vorschriften, deren fast jeder Regierungsbezirk seine besonderen hat. Sie verbieten alle die Anwendung von Holz und von Luftsteinen zu Schornsteinbauten, und bestimmen zum Theil auch die Weite der Röhren, wie z. B. für Berlin die K.O. v. 4. Oktbr. 1821 (G.S. 1822, S. 42), Instr. vom 14. Jan. 1822 (ebend. S. 43) und die M.V. v. 17. Mai 1830 (G.S. S. 84); R. v. 15. Juni 1826, betr. die Konstruktion der russischen Schornsteinröhren (v. K. Anm. Bd. X, S. 417).

91) Auch über eine dem Nachbar allein gehörige Mauer, auf welche der Andere eine servitus oneris ferendi hat, darf der Eigenthümer nicht einseitig, zum Nachtheile des darauf ruhenden fremden Gebäudes, verfügen. Pr. 1298 c vom 29. April 1843 (Entsch. IX, 200).

91a) (4. A.) Der Nachbar ist berechtigt, die gemeinschaftliche Mauer an seiner Seite auf der Hälfte ihrer Dicke auch zu erhöhen, in soweit dadurch dem Gebäude des Nachbars kein Schaden zugefügt wird. Pr. des Obertr. 2694 vom 17. Septbr. 1857 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXVI, S. 191 und Entsch. Bd. XXXVIII, S. 49). (5. A.) Auch ist eine geringfügige, die Haltbarkeit der Mauer nicht gefährdende Schmälerung ihrer Dicke nicht ausgeschlossen. Erk. des Obertr. vom 9. u. 11. Februar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 136). Allein die vorausgesetzte Bedingung, daß dadurch dem Gebäude selbst kein Nachtheil entstehe, erfüllt der bauende Nachbar in dem Falle nicht, wenn er die Dauerhaftigkeit der, einen integrirenden Theil beider Nachbar-Gebäude bildenden, gemeinschaftlichen Mauer verringert. Eine derartige ihm nachtheilige Verfügung über das gemeinschaftliche Eigenthum braucht der andere Nachbar in der Erwartung, daß der Nachtheil durch die weitere Ausführung des Bauplanes seines Nachbars wieder werde behoben werden, um so weniger zu dulden, als der §. 135 eine Ausnahme von der Regel (Tit. 17, §. 10) vorschreibt und daher ausdehnender Auslegung nicht unterliegt. Erk. dess. vom 3. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 170). — Hat der Nachbar die gemeinschaftliche Mauer von seiner Seite bis über die Hälfte der Dicke hinaus erhöht, so ist die Erhöhung, soweit sie auf der anderen Hälfte ruht, nach dem Rechtsgrundsatz: „solo cedit, quod solo inaedificatur", durch Accession, und zwar speziell durch Inädifikation, Eigenthum des anderen Nachbars geworden. Erk. d. Obertr. v. 10. Januar 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 62). Die §§. 133 bis 136 sind von solchen gemeinschaftlichen Mauern zu verstehen, welche zwischen bereits vorhandenen Gebäuden sich befinden. Unten, Anm. 98a zu §. 139 d. T.

92) Unter diesem Rubrum ist in zwei Beziehungen von Licht und Aussicht Rede. Die eine betrifft die Berechtigung des Eigenthümers, sich durch Oeffnungen in der Wand seines Gebäudes Licht, Aussicht und Luft zu verschaffen. Davon handeln die beiden §§. 137 u. 138. Die andere ist die entgegengesetzte: sie betrifft die Befugniß des Nachbars, durch Vorbaue dem Anderen die schon vorhandenen Oeffnungen oder die in zu errichtenden Gebäuden noch anzulegenden Oeffnungen zu verkümmern. Davon handeln die folgenden §§. 139—147. Die jeder dieser verschiedenen Beziehungen angehörigen Vorschriften sind nicht mit einander zu vermengen.

Die Vorschriften enthalten übrigens kein geschichtliches Recht, sie sind zufällig ausgedacht, wie die Revision der Monita und die Bemerkungen von Suarez ergeben. Ges.-Rev. Mot. zu §§. 107 ff. des Entw. d. T., S. 69, auch mitgetheilt in der Jur. Wochenschr. 1839, S. 110.

93) Der Zweck der Oeffnungen und Fenster soll also Lichtbringung sein. Unter Festhaltung dieses Zweckes kann die Vorschrift auf zweierlei Weise, im gerade entgegengesetzten Sinne, ausgelegt werden, und sie ist wirklich so ausgelegt worden. Man kann sie so auffassen, daß nur den Lichtöffnungen bestimmte Schranken gesetzt (§. 138), andere Oeffnungen aber unbedingt und unbeschränkt freigestellt seien. Dies widerspricht jedoch dem §. 148 geradezu. Eine andere Auffassung hingegen kommt zu dem Ergebnisse, daß nur Lichtöffnungen und zwar auch nur unter den vorgeschriebenen Beschränkungen, andere Oeffnungen aber gar nicht angelegt werden dürften. Diese Auslegung hat den Sinn der Worte und das argumentum a contrario für sich, sie entspricht aber nicht dem inneren Zusammenhange der Rechtsgrundsätze vom Eigenthume und dessen freiem Gebrauche, und befriedigt deshalb nicht. Von dem angegebenen Zwecke ist abzusehen; der freie Gebrauch des Eigenthums hat dadurch nicht auf das Lichtbringen beschränkt werden sollen; auch Luft kann eingebracht werden, und weder das Eine, noch das Andere kann der Nachbar deshalb verbieten, weil durch die Oeffnungen menschliche Blicke auf sein Grundstück fallen können. Er kann seinerseits denselben, nach §. 139 ff., durch Bretterwände Schranken setzen. Vergl. die Motive zum Pr. 2200 (Anm. 94).

(5. A.) Unter „Licht" kann nur ein solches Licht verstanden werden, welches dem Eigenthümer,

und Fenster[93a]) in seine eigene Wand oder Mauer machen, wenn dieselben gleich eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren.

§. 138. Sollen jedoch die Oeffnungen[93b]) in einer unmittelbar[94]) an des Nachbars Hof oder Garten[94a]) stoßenden Wand oder Mauer gemacht werden, so müssen dieselben, wo es die Umstände gestatten[95]), sechs Fuß von dem Boden des Zimmers

---

der dessen bedarf, genügend ist, sagt das Obertr. in seinem Erk. vom 16. Juli 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 216). Der Rechtsgedanke würde ganz richtig sein, wenn es statt „dem Eigenthümer" hieße: jedem Bewohner. Denn ein Licht, welches einem dort sein Gewerbe treibenden Grobschmied genügt, ist einem Kleinuhrmacher, Schneider oder Schreiber bei Weitem nicht genügend. „Der Eigenthümer" braucht vielleicht gar kein Licht in dem betreffenden Raum, weil er selbst ihn nicht benutzt, aber er kann ihn nicht an Jeden vermiethen, wenn derselbe nicht für Jeden, wegen Lichtmangels, brauchbar ist, und dadurch wird der Werth seines Eigenthums vermindert.

93a) (5. A.) Fenster sind im §. 137 nicht als Gegensatz zu den Oeffnungen, sondern als die am meisten in den gedachten Beziehungen vorkommenden Oeffnungen hinzugefügt. Daher bedurfte es nicht deren ausdrücklicher Erwähnung im §. 138, eben weil sie unter die allgemeine Kategorie der Oeffnungen gehören, und findet folglich der §. 138 auch auf Fenster allerdings Anwendung. Erk. des Obertr. vom 30. Mai 1865 (Archiv für Rechtsf. Bd. LVIII, S. 337). Vergl. die Pr. 975, 2200, 2471 (Anm. 94).

93b) (5. A.) Oder Fenster. S. die vor. Anm. 93a und die folg. 94, Abs. 3.

94) Das ist so nahe an der Grenze, daß aus den Oeffnungen der Luftraum über dem Grundstücke des Nachbars durch Aufmachen des Fensters oder durch Auswerfen und Ausgießen berührt werden kann. (4. A.) „Hart an der Grenze", sagt das Obertr. in der Entsch. vom 11. Dez. 1856 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXIII, S. 142).

Dieser Einschränkung ist in solchem Falle nicht allein die Anlage von Oeffnungen und Fenstern, welche die Einbringung von Licht in ein Gebäude bezwecken, sondern auch die Anlage von Oeffnungen zu anderen Zwecken, z. B. zur Beförderung des Luftzuges unterworfen. Pr. des Obertr. 2200, vom 26. März 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 104).

Dagegen findet die Vorschrift keine Anwendungen auf Oeffnungen und Fenster, welche über der Luftsäule eines unmittelbar anstoßenden Gebäudes des Nachbars angelegt werden, desgleichen auf Oeffnungen und Fenster in neu zu errichtenden Gebäuden, welche nicht unmittelbar auf der Grenze stehen. Pr. des Obertr. 975, vom 23. Jan. 1841. Diesen Satz präzisirt das jüngere Pr. 2471, v. 14. Juli 1853 dahin: „Die dem Eigenthümer bei Anlegung neuer Fenster nach dem Hofe oder Garten des Nachbars hinaus im §. 138 auferlegte Beschränkung wegen Erhöhung und Vergitterung der Fenster erfordert, daß die Wand, in welcher die Fenster angelegt werden, unmittelbar an das Grundstück des Nachbars anstößt, findet also nicht Anwendung, wenn zwischen der Wand und der nachbarlichen Grenze ein, wenn auch noch so geringer Zwischenraum vorhanden ist. Darauf, ob die bei Errichtung neuer Gebäude vorgeschriebene Baulinie innegehalten ist, kommt es hierbei nicht an." (Entsch. Bd. XXVII, S. 42.) (5. A.) Wieder angewendet gegen ein dissentirendes Appell.-Gericht, welchem der Abstand von 3¼ resp. 2¼ Zoll nicht groß genug gewesen war, durch das Erk. vom 21. März 1865, unter Vernichtung des Appell.-Urtels, „da die Wand, in der die Fenster sich befinden, nicht unmittelbar an den Garten des Klägers stößt, sondern ein Zwischenraum vorhanden ist." (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 221.) — Stößt aber auch nur der untere Theil der Wand unmittelbar an die Grenze, so muß der §. 138 zur Anwendung kommen, wenn auch die Wand mehr in der Höhe, da wo das Fenster sich befindet, etwas zurückgezogen ist. Erk. dess. vom 30. Mai 1865 (ebd. S. 339).

94a) (4. A.) Unter „Hof oder Garten" ist jeder zu dem Hause des Nachbars gehörige offene Raum zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 17. Dez. 1856 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXIII, S. 162).

Ein Grundstück, welches durch Anlegung eines Eisenbahn-Schienenwegs über dasselbe die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten hat, ist als „Hof oder Garten" im Sinne des §. 138 nicht anzusehen, auch genügt dazu die bloße Umfriedigung des Platzes nicht. Erk. dess. v. 3. Febr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. B. XXIV, S. 32).

Der §. 138 findet überhaupt dann keine Anwendung, wenn der Zwischenraum nicht dem Nachbar allein, sondern beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört. Erk. des Obertr. v. 25. Septbr. 1855 (Archiv für Rechtsf. Bd. XVIII, S. 159).

95) Das heißt, wenn der Raum, in welchem die Oeffnung angelegt werden soll, hoch genug dazu ist. Ist er über sechs Fuß hoch, so muß die Oeffnung so niedrig im Lichten, als es nach dem Zwecke möglich ist, gemacht werden, um sie so hoch wie möglich anzubringen. (4. A.) Demnach findet der §. 138 keine Anwendung, wenn die verlangte Erhöhung des Fensters nur eine unvollständige Beleuchtung herbeiführen würde. Erk. d. Obertr. v. 11. Dez. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 142). (5. A.) Denn unter diesen „Umständen" sind auch die Fälle begriffen, in welchen durch

oder Behältnisses[95a]) erhöht[95b]); in allen Fällen[95c]) aber mit eisernen nur zwei Zoll von einander stehenden Stäben, oder mit einem Drahtgitter verwahrt sein[95d]).

---

die Beschränkung dem Eigenthümer das ihm bedürftige genügende Licht entzogen werden würde. Erk. des Obertr. vom 16. Juli 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 216).

95a) (5. A.) M. s. unten, Anm. 5b zu §. 142.

95b) (2. A.) Wenn nicht das Recht der freien Aussicht zusteht. §. 62, Tit. 22.

95c) (2. A.) Also auch in dem Falle, wo der Fensteranleger das Recht der freien Aussicht hat; die Vergitterung ist keine Beschränkung desselben. (5. A.) Durch den §. 138 sind dem Eigenthümer der Mauer nicht sowohl eine einzige, als vielmehr zwei besondere, von einander unabhängige, Einschränkungen auferlegt, von welchen die eine nur unter gewissen Umständen, die andere aber überall und in allen Fällen eintreten soll. Erk. des Obertrib. vom 1. Mai 1866 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXIV, S. 110).

95d) (4. A.) Hier ist nur von ganz neuen, bisher nicht vorhanden gewesenen Oeffnungen und Fenstern die Rede, zu welchen man diejenigen nicht rechnen kann, die in einem neuen Gebäude, welches an der Stelle eines alten Gebäudes, in welchem die Fenster schon vorhanden waren, errichtet worden ist, wieder angelegt sind. — Der Umstand, daß die Fenster in dem neuen Gebäude niedriger gelegen und größer sind, als die früher vorhandenen, rechtfertigt die Anwendung des §. 138 nur dann, wenn durch die niedrigere Lage und den größeren Umfang der neuen Fenster dem Nachbar ein Nachtheil zugefügt worden ist, oder doch erwachsen kann. Erk. des Obertr. v. 27. Juni 1857 (Arch., Bd. XXV, S. 301). Ob der Nachbar sich die Anlage der Oeffnungen in dem an die Stelle des früheren Gebäudes errichteten neuen Gebäude gefallen lassen muß, hängt davon ab, ob sie mehr oder weniger erheblich, und ob durch die neue Anlage das Recht des Nachbars mehr als früher beschränkt und belästigt wird. Erk. des Obertr. vom 6. Juni 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 299).

(5. A.) Zur Anwendung des §. 138 ist allerdings das Aneinandergrenzen der Grundstücke, ohne daß eine öffentliche Gasse dazwischen liegt, nothwendig (s. o. Anm. 55c zu §. 103), aber dies nicht allein, sondern es muß noch hinzutreten, daß die Wand oder Mauer, in welcher Oeffnungen gemacht werden sollen, unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stößt. Erk. dess. vom 14. September 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 29).

(5. A.) Ist an die Stelle eines an der Nachbargrenze befindlichen alten mit Fenstern schon versehen gewesenen Gebäudes ein neues Gebäude mit einer größeren Zahl von Fenstern errichtet worden, so sind die Bestimmungen über den Umfang und die Lage solcher neuen Fenster, welche zum Ersatz für die älteren Fenster dienen sollen, den vorher bestandenen faktischen Verhältnissen anzupassen, und diejenigen von den mehreren Fenstern speziell zu bezeichnen, welche als die den alten Zustand fortsetzenden erachtet werden sollen. Eine Auswahl steht den Parteien nicht zu. — In dem Falle, wo an der Stelle, an welcher das neue Gebäude aufgeführt ist, schon ein älteres Gebäude gestanden hat, in welchem bereits Fenster vorhanden waren, findet die Vorschrift des §. 138 nur dann Anwendung, wenn der Nachbar durch die neue Fensteranlage in eine nachtheiligere Lage versetzt worden ist. Unzweifelhaft tritt dieser Fall ein, wenn die Anzahl der neueren Fenster gegenüber der früheren Anlage vermehrt worden, nicht aber ohne Weiteres auch dann, wenn die neuen Fenster nur und allein eine weniger erhebliche Veränderung erlitten haben. Erk. dess. vom 14. Februar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 314 u. 316).

Hat der Berechtigte ausdrücklich und unbedingt in die Anlage der Fenster eingewilligt, ohne hiernächst der entsprechenden Anlage zu widersprechen, so hat der unterlassene Widerspruch den Verlust des Rechts, die Einrichtung der Fenster nach der Vorschrift des §. 138 zu fordern, zur Folge. Erk. des Obertr. v. 18. Oktbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 34). Außer diesem Falle findet der §. 43, Tit. 22 hier nicht Anwendung. S. Anm. 31, lit. b dazu.

(4. A.) Für den Eigenthümer eines Grundstückes geht das auf Grund des §. 138 erworbene Recht dadurch nicht unter, daß der Eigenthümer des berechtigten Grundstückes sein Eigenthum auf einen Anderen überträgt, sondern es kann auch von dem Besitznachfolger ausgeübt werden. Erk. des Obertr. v. 11. Februar 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 88). — Wenn aber zwei aneinanderstoßende städtische Grundstücke von Einem besessen werden, der Besitzer in dem einen Gebäude Fenster und Oeffnungen in einer an das Nebengrundstück unmittelbar anstoßenden Wand oder Mauer machen läßt und nachher dieses Nebengrundstück veräußert, so kann der Erwerber auf das fragliche Recht auf Grund des §. 138 keinen Anspruch machen, weil dasselbe für das veräußerte Grundstück zur Zeit der Veräußerung nicht entstanden war, folglich auch auf den Erwerber nicht mit übergehen konnte. Erk. dess. vom 13. März 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 90).

(4. A.) Durch ein zwischen den Besitzern zweier benachbarter Häuser getroffenes, von beiden Seiten erfülltes mündliches Abkommen, über die Anlegung von Fenstern in einer unmittelbar anstoßenden Wand, werden die beiderseitigen Nachfolger gebunden. Derjenige, welcher sein Haus, mit der diesfälligen, äußerlich erkennbaren Servitut belastet, erwarb, kann ein Mehreres, als die Erhaltung des Zustandes, welcher zur Zeit des Erwerbes bestand, nicht verlangen; den Mangel der Schrift-

§. 139[96]). Neu errichtete[97]) Gebäude[97a]) müssen von ältern schon vorhand-

form bei demjenigen Vertrage, durch welchen die Servitut konstituirt worden, geltend zu machen, ist er nicht legitimirt. Erk. des Obertr. v. 21. Dezember 1861 (Entsch. Bd. XLVII, S. 221).

(4. A.) Wer auf Grund des §. 138 rechtkräftig verurtheilt worden ist, mit den darin vorgeschriebenen Maßgaben die in der streitigen Wand befindlichen Fenster zuzumauern, und nachdem dies geschehen, sich herausnimmt, ohne alle Rücksicht auf das Judikat in derselben Wand gerade wiederum solche Fensteröffnungen, deren Anlage ihm untersagt ist, an einer anderen Stelle anzubringen, beeinträchtigt (verletzt) den Besitz des Rechts des Nachbars, die Anlage von Fenstern in jener Wand in anderer Art, als das Judikat gestattet, zu untersagen. Der Nachbar muß daher im Besitze seines Untersagungsrechts in possessorio geschützt werden. Erk. des Obertr. v. 22. April 1861 (Archiv für Rechtsf. Bd. XLI, S. 189).

(5. A.) Bloß dadurch, daß Oeffnungen in einer der Vorschrift des §. 138 widersprechenden Weise wirklich angelegt sind, kann dem klagenden Nachbar nicht der Beweis aufgebürdet werden, daß der Beklagte zu dieser vorschriftswidrigen Anlage nicht berechtigt gewesen sei; vielmehr genügt die Thatsache, daß die vorhandenen Oeffnungen vorschriftswidrig angelegt sind, zur Begründung der Klage auf Herstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Einrichtung derselben. — Behauptet der Beklagte, daß er von der im §. 138 vorgeschriebenen Beschränkung aus einem besonderen Grunde befreit, daß namentlich das Fenster schon seit rechtsverjährter Zeit vorhanden oder mit Einwilligung des Nachbars angelegt worden sei, so liegt ihm der Beweis dieser seiner Behauptung, nicht aber dem Kläger der Beweis des verneinenden Satzes ob. Erk. dess. v. 18. Dezember 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 213). Der Appellationsrichter hatte das Gegentheil behauptet, d. h. dem Kläger den Beweis des verneinenden Satzes aufgebürdet, weil der §. 138 nur davon rede, wenn Oeffnungen in der Wand oder Mauer gemacht werden sollen, daher es zur Substantiirung der Klage gehöre, anzugeben, wann und durch wen das bereits vorhandene Fenster angelegt worden sei.

96) Die §§. 139 und 140 handeln vom Rechte des Zwischenraums nachbarlicher Gebäude (jus interstitii), und die §§. 142 u. 143 von dem Rechte auf Licht und Aussicht (prospectus coeli). Beide sind zwei von einander völlig verschiedene Rechte. Pl.-Beschl. (Pr. 1777) Nr. 1, vom 11. Mai 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 27). Natürlich haben sich die Verf. des L.R. das so gar nicht gedacht. Siehe Anm. 92 a. E.

97) Neu errichtete Gebäude im Sinne der §§. 139 u. 140 sind nur solche, welche auf einem Platze aufgeführt werden, worauf bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat. Vers. Pl.-Beschl. Nr. II. (4. A.) Die Einschränkungen der §§. 139, 140, welche sich auf das Recht des Zwischenraums nachbarlicher Gebäude (jus interstitii) beziehen, finden also keine Anwendung auf den Fall, wenn ein bereits vorhandenes Gebäude erhöht werden soll. Erk. des Obertr. vom 26. Februar 1852 (Archiv für Rechtsf. Bd. V, S. 55).

Auch ist darunter der Fall begriffen, wenn an der Stelle eines bereits früher auf dem Platze gestandenen Gebäudes ein anderes dergestalt errichtet werden soll, daß nicht die bisher bebaut gewesenen Grenzen eingehalten werden, vielmehr mit Ueberschreitung derselben das Gebäude einen dem Nachbar näheren Platz angewiesen erhält, als es zeither eingenommen hat. Pr. 2062, vom 22. August 1848 (Präj.-Samml. Bd. I, S. 27). (5. A.) Wird das neue Gebäude an Stelle eines abgebrochenen alten Gebäudes errichtet, so hat der Nachbar, welcher eine Rechtsverletzung behauptet, zu beweisen, daß der Neubau die Grenzen des früheren Gebäudes überschreite und die Vorschrift des §. 139 nicht beachtet sei. Erk. des Obertr. vom 9. Juni 1868 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXXI, S. 207). (4. A.) Ebenso ist ein Bau, welcher den von dem abgebrannten Gebäude eingenommenen Raum der Länge nach überschreitet, im Sinne des Gesetzes ein Neubau. Erk. des Obertr. v. 16. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 283).

Hat auf dem Platze bereits früher ein Gebäude gestanden, ist dasselbe abgebrochen worden, und hat der Platz eine neue Bestimmung erhalten, es soll darauf aber wiederum ein Gebäude aufgeführt werden, so ist in jedem einzelnen Falle nach den Umständen — je nachdem aus der dem Platze gegebenen neuen Bestimmung ein Aufgeben des Rechts zum Wiederaufbaue in den Grenzen des früheren Gebäudes gefolgert werden kann — zu beurtheilen: ob dasselbe zu den neu zu errichtenden Gebäuden zu zählen ist, oder nicht. Pl.-Beschl. (Pr. 1777) Nr. II, vom 11. Mai 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 28).

Der Besitzer des älteren Gebäudes hat das Recht, zu verlangen, daß des Nachbars auf einem bisher unbebaut gewesenen Platze neu errichtetes Gebäude jedenfalls, nach §. 140, 1½ Fuß von der Grenze zurückbleibe. Steht das diesseitige ältere Gebäude auch mehr als 1½ Fuß von der Grenze entfernt, so ist es doch nicht genügend, wenn der Neubauende ohne Ueberschreitung seiner eigenen Grenze nur 3 Fuß (§. 139) von dem alten Gebäude zurückbleibt, vielmehr ist der Zwischenraum zwischen diesem und der Grenze, soweit er die Entfernung von 1½ Fuß überschreitet, für einen unbebauten Platz zu achten, auf welchen die Bestimmung des §. 140 anwendbar ist. Pr. 780a, vom 21. Dezbr. 1839.

97a) (2. A.) Gebäude. „Auf Zäune, Planken und Scheidewände sind die gesetzlichen Vorschriften (§§. 139—142) über den Abstand neu errichteter Gebäude von Gebäuden des Nachbars nicht auszudehnen." Pr. des Obertr. 2378, vom 13. Mai 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 53). — (4. A.)

nen Gebäuden [97aa]) des angrenzenden Nachbars, wenn nicht besondre Polizeigesetze ein Andres vorschreiben [97b]), wenigstens drei [98]) Werkschuhe zurücktreten [98a]).

---

Ist eine Mistgrube, wenn sie ausgemauert und mit einer 1 bis 1½ Fuß hohen Mauer eingefaßt ist, ein Gebäude? Nein. Denn, sagt das Obertr., nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche wird unter Gebäuden verstanden: ein durch Umfassungsmauern oder Wände umschlossener und gewöhnlich bedachter Raum über der Erde, der ein Behältniß darstellt zum Aufenthalte von Menschen oder Vieh, oder zur Aufbewahrung beweglicher Gegenstände, als welche dann gewöhnlich Häuser oder Scheunen und dergleichen Bauwerke erscheinen. Erk. des Obertr. v. 12. März 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 241). Danach wäre z. B. ein noch so großer Pavillon, der keine Umfassungswände hat, kein Gebäude; eine einfache Fachwand aber soll wieder ein Gebäude sein, nach dem Erk. des Obertr. vom 13. Septbr. 1859 (s. d. folg. Anm. 97aa). Gebäude heißt nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ein Werk, welches durch Zusammensetzung einzelner Stücke errichtet, auf- (d. h. in die Höhe) geführt ist. Es ist also auch z. B. ein Thurm, der keinen Raum umschließt, vielmehr durchaus massiv ist, also keine Umfassungswände hat und kein Behältniß darstellt, ein Gebäude, ebenso wie man ein Schiff ein Gebäude nennt. Die Definition des Obertr. ist mithin nicht erschöpfend.

(4. A.) Eine analoge Anwendung der §§. 139—146 ist auf Fälle, wo es sich um Lichtentziehung mittelst anderer Gegenstände als Gebäude, z. B. Holzstapel, handelt, nicht für zulässig zu erachten. Erk. des Obertr. vom 28. Februar 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 71).

97aa) (4. A.) Eine, unmittelbar an die mit Fenstern versehene Mauer des Nachbarhauses errichtete, jene Mauer gänzlich verdeckende ausgemauerte Fachwand aber ist als ein „Gebäude" im Sinne der §§. 139 u. 144 d. T. anzusehen. Erk. des Obertr. vom 13. Septbr. 1859 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXV, S. 51).

97b) (3. A.) Die Vorschrift des §. 139 kann mithin von den Bezirksregierungen, auf Grund des Gesetzes über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850, abgeändert oder auch aufgehoben werden. Sie ist bei Gebäuden in den Städten an Straßen oder an einem öffentlichen Platze ganz unpraktisch. Eine Straße würde sich schlecht ausnehmen und der Handhabung der öffentlichen Sicherheit sehr hinderlich sein, wenn zwischen allen Häusern ein Durchgang sich befände. Die Regierung zu Oppeln hat den §. 139 durch eine Polizeiverordnung vom 9. Dez. 1854 für ihren Verwaltungsbezirk, mit Vorbehalt der sonstigen Privatrechte der Nachbarn und anderer Personen, aufgehoben. (Oppeln. Amtsbl. 1854, S. 327.) — (4. A.) Daß die §§. 139, 140 andere polizeiliche Vorschriften in Ansehung der von ihnen betroffenen Gegenstände zulassen, hat auch das Obertr. in judicando ausdrücklich ausgesprochen. Erk. vom 14. Oktbr. 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 96).

98) Diese, sowie die 1½ Fuß des §. 140, werden von der Mitte der wahren Grenze (Grenzlinie, Eigenthumsgrenze, Erk. v. 6. Januar 1857, Archiv für Rechtsfälle, Bd. XXIII, S. 194) bis zur Fachwand in ihrer ganzen Höhenausdehnung gemessen: auf das vorspringende oder zurückgezogene Fundament kommt es nicht an, weil die Fenster in einer gewissen Entfernung von des Nachbars Grundstücke zurückbleiben sollen. Es ist daher nicht zureichend, wenn nur die Grundmauer des neuen Gebäudes in der bezeichneten Entfernung angelegt worden, vielmehr muß letztere in der ganzen Höhenausdehnung des Gebäudes innegehalten werden. Das im §. 123 nur enthaltene Verbot über die Grenze ragender Bauwerke steht dem nicht entgegen. Pr. 780b, v. 21. Dez. 1839, und (nicht eingetragenes) Pr. v. 10. Nov. 1848 in Sachen Wenk w. Reis [188/999] III, 48. — (2. A.) Dieser Grundsatz und dessen Rechtfertigungsgründe haben durch den Pl.-Beschl. (Pr. 1777) vom 11. Mai 1846 (o. in der Anm. 97, Satz 3) keine Veränderung erlitten. Pr. 2366, vom 25. März 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 47). (4. A.) Von dem in dem Pr. 780b niedergelegten Rechtsgrundsatze ist das Obertr. wieder abgegangen. Es hat durch das Pr. 2690, vom 14. Mai 1857 als Rechtsgrundsatz festgestellt, daß der vorgeschriebene Abstand nicht auf die Dachausladungen (Vorsprünge der Dachtraufe) des neuen Gebäudes zu beziehen sei, und daß diese nur nicht über die Grenzlinie hinaus ragen dürfen. (Entsch. Bd. XXXVI, S. 32.) Das ist als das Richtige anzuerkennen. Die Beweisführung ist überzeugend. Ich hatte schon zu dem Pr. 780b in den früheren Ausgaben, als Schlußfolgerung, freilich als eine zur Intention desselben nicht passende, die Bemerkung beigefügt: Auf s. g. Dachausladungen oder andere Vorsprünge des Bauwerks wird also nicht gesehen. Das war der Ausdruck meiner nicht näher motivirten eigenen Meinung. (5. A.) Das Obertr. hat das Pr. 2690 folgerichtig auch auf vorspringende Pfeiler ausgedehnt und erkannt, daß bei Bauten an der Grenze der Zwischenraum von 3 und resp. 1½ Werkschuh von dem neuen Gebäude, d. h. von der nach der Seite des Nachbars gerichteten und dasselbe repräsentirenden Mauer und nur von dieser, nicht aber von den an derselben an- oder vorgebauten und daher vorspringenden Pfeilern zu bemessen und für diese Pfeiler nur die Eigenthumsgrenze inne zu halten sei. Erk. vom 20. Februar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 353).

(4. A.) Die Entfernung von 3 Werkschuhen ist auch nur von den zu Tage stehenden Mauern der Gebäude zu messen, nicht aber von den unter der Erde befindlichen Fundamenten des Nachbarhauses. Erk. des Obertr. v. 14. Nov. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 88).

§. 140. Stößt aber das neue Gebäude auf einen unbebauten [99]) Platz des Nachbars [99a]), so ist ein Abstand von anderthalb [100]) Werkschuhen hinreichend [1]).

§. 141. Uebrigens aber kann jeder in der Regel auf seinem Grunde und Boden so nahe an die Grenze und so hoch bauen, als er es für gut findet.

§. 142. [2]) Sind jedoch die Fenster [3]) des Nachbars [3a]), vor welchen gebaut werden soll [4]), schon seit zehn Jahren [5]) oder länger vorhanden, und [5a]) die Behältnisse [5b]),

(4. A.) Auch wenn Jemand an der Grenze eines unbebauten Platzes ein Gebäude ohne Widerspruch des Nachbars errichtet hat, so muß dennoch der Nachbar, wenn derselbe seinerseits neu anbauen will, volle drei Werkschuhe von dem bereits vorhandenen Gebäude zurückbleiben. Erk. des Obertr. v. 25. Oktbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 249).

(4. A.) Der Rechtsgrundsatz des §. 43, Tit. 22 findet auch in dem Falle Anwendung, wenn bei Errichtung des neuen Gebäudes an der Grenze die in dem §. 140 vorgeschriebene Baugrenze überschritten ist. Erk. des Obertr. v. 16. u. 25. März 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 98). Ueberhaupt ist die Vorschrift des §. 43, Tit. 22 auch auf die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen anwendbar, insoweit nicht die rechtliche Natur dieser Einschränkungen überhaupt, oder gewisser Arten derselben, einen Unterschied oder eine Ausnahme begründet. §. 191 d. T. Erk. des Obertr. v. 12. Febr. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 270). — (5. A.) Der Grundeigenthümer, welcher es wissentlich geschehen läßt, daß sein Nachbar mit einem neu errichteten Gebäude über die gesetzliche Baulinie vorgerückt ist, verliert nicht allein das Recht, die Zurückziehung des Baues, sondern auch das Recht, Ersatz des durch dieses Vorrücken, als durch eine gesetzwidrige Handlung, verursachten Schadens zu verlangen. Der §. 186, Tit. 9 findet hier keine analoge Anwendung. Erk. des Obertr. vom 13. Nov. 1863 (Entsch. Bd. L, S. 88). — Sehr richtig. Der Fall steht unter dem Prinzip des §. 43, I. 22; der Bauende ist Eigenthümer des Grundes und Bodens bis zur Eigenthumsgrenze und nur mit der gesetzlichen Servitut zum Vortheile des Nachbars belastet, den Streifen zwischen der gesetzlichen Baulinie und der Eigenthumsgrenze unbebaut zu lassen. Diese Servitut ist durch stillschweigende Einwilligung des Nachbars erloschen, wenn er nicht gegen den Bauenden selbst bestimmten Widerspruch einlegt, sobald die beeinträchtigenden Bauanstalten getroffen werden und er solches wahrnimmt. Erk. dess. vom 10. August 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 1). — Vergl. die Anm. 100 zu §. 140 d. T.

98a) (4. A.) Die §§. 133—136 sind von solchen gemeinschaftlichen Mauern zu verstehen, welche zwischen bereits vorhandenen Gebäuden sich befinden. Daher ist ein Grenznachbar nicht berechtigt, die auf der Grenze stehende gemeinschaftliche Mauer zur Errichtung neuer Gebäude in der Art zu benutzen, daß er mit den neuen Gebäuden die im §. 139 vorgeschriebene Entfernung von dem Nachbargrundstücke überschreitet; er darf namentlich die gemeinschaftliche Mauer zur Aufrichtung von Gebäuden an der Grenze nicht verwenden. Erk. des Obertr. vom 25. Sept. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 23).

99) S. Anm. 97, Alinea 3 und 4. — Es gehört nicht zum Wesen eines unbebauten Platzes, daß derselbe noch nie bebaut gewesen. Pr. 448, v. 23. März 1838.

99a) (4. A.) Auch derjenige Nachbar, welcher nicht sein Eigenthum nachweiset, ist den Zurücktritt von seiner Grenze zu fordern berechtigt. Tit. 7, §. 176. Erk. des Obertr. vom 2. April 1857 (Arch. Bd. XXV, S. 42).

100) S. die Anm. 98. (5. A.) Die Vorschrift des §. 140 findet ebenso wie der §. 139 nur dann Anwendung, wenn nicht besondere Polizeigesetze ein Anderes vorschreiben. Erk. des Obertr. vom 21. Juni 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 27).

1) Hat der Bauende die hier vorgeschriebene Baulinie überschritten, so findet der Grundsatz des §. 43, Tit. 22 auch auf diesen Fall Anwendung. Pr. des Obertr. 1480, v. 23. Sept. 1844.

2) S. Anm. 96, und die folg. Anm. 3.

3) Fenster sind bekanntlich Oeffnungen, durch welche Licht in einen inneren Raum eines Gebäudes gebracht wird, folglich gehören auch die Bodenluken im Giebel eines Hauses, wenn sie den Boden zu erhellen bestimmt sind, zu den Fenstern. Vergl. Anm. 93a zu §. 137.

3a) (5. A.) M. f. oben die Anm. 55c zu §. 103.

4) Diese Vorschrift und der folgende §. 143 finden auch bei neuen Bauten auf bisher schon zum Baue benutzten Stellen und bei Erhöhungen alter Gebäude, nach dem, den bisherigen Meinungsstreit entscheidenden Pl.-Beschl. (Pr. 1777) Nr. III, vom 11. Mai 1846 Anwendung. (Entsch. Bd. XIII, S. 28.) (4. A.) Vergl. auch das Erk. dess. v. 25. Okt. 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 52).

5) Ob diese Zeitbestimmung eine Verjährung sei, ist bezweifelt worden. Ich halte sie für keine Verjährung im eigentlichen Sinne, sondern für eine Erklärungsfrist, mit deren Ablaufe der Nachbar für einwilligend in die Anlegung der neuen Fenster erachtet wird. Wenn nämlich Jemand in seinem Hause in der Wand nach dem Nachbar in einer Höhe, welche des Nachbars niedrigeres Haus übersteigt, ein neues Fenster öffnen läßt, so kann es der Nachbar nicht hindern. Der Nachbar selbst aber wird dadurch auch nicht gehindert, sein Haus höher zu bauen und dadurch das neue Fenster zu ver-

wo sie sich befinden, haben[6]) nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau soweit zurücktreten, daß der Nachbar[6a]) noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks[6b]) den Himmel erblicken könne[7]).

---

bauen. Wartet er damit 10 Jahre stillschweigend, so darf er das nicht mehr. Deshalb muß er, im Sinne des §. 43, Tit. 22 widersprechen. Dies waren auch die Gedanken der Verf. des L.R. Suarez sagt a. a. O. (Anm. 92): „Nach den Bestimmungen (des Entw.) sollte dem Nachbar gestattet sein, gegen die Eröffnung neuer Fenster, die auf seine Grundstücke die Aussicht gewähren, innerhalb dreier Jahre nach deren Anlage zu protestiren und sich dadurch das Recht des Vorbaues zu erhalten." Die Frist ist dann auf 10 Jahre festgesetzt. Durch eine gerichtlich zu insinuirende und in das Hypothekenbuch des Anderen einzutragende Protestation wird also der Nachbar sich das Recht erhalten (was jedoch streitig ist), vor dem neuen Fenster des Anderen auch noch nach Verlauf von 10 Jahren so zu bauen, wie er es innerhalb dieser Frist zu thun berechtigt gewesen wäre. Vergl. Tit. 9, §. 603 und Tit. 14, §§. 466, 467. Da es hiernach nur auf eine widersprechende Willenserklärung ankommt, so folgt, daß statt der Worte auch eine bleibende Anlage mit gleicher Wirkung angewendet werden kann, d. h.: dem Nachbar muß freistehen, vor dem neu eröffneten Fenster des Anderen eine Bretterwand aufzurichten. Nach einer Meinung soll dies nicht zulässig sein, dabei ist jedoch die rechtliche Bedeutung dieser Handlung als einer Protestation zur Erhaltung des eigenen Rechts nicht erwogen. Aus der Aeußerung Suarez' und dem Zusammenhange der Bestimmung erhellet zugleich, daß der Widerspruch keinesweges gleich beim Beginne der gegenseitigen Anlage oder noch während derselben erhoben werden muß, vielmehr dazu während der ganzen Frist noch Zeit ist. Vergl. auch das Pr. des Obertr. vom 6. Sept. 1839 im Schles. Arch. Bd. IV, S. 179. (4. A.) Eine Besitzstörungsklage kann der Fensterbesitzer wegen Verbauung derselben lediglich auf die zeitherige Existenz der Fenster nicht gründen. Denn es müßte bewiesen werden, daß der Besitz durch seine zehnjährige ruhige Dauer ein wirklicher Rechtsbesitz geworden; und auf eine solche Erörterung des Rechts ist im Possessorienprozesse nicht einzugehen. Erk. des Obertr. vom 30. Nov. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 55). — Der II. Senat des Obertr. hält die Frist für eine Verjährungsfrist, jedoch einen Widerspruch (Protestation) des Nachbars während derselben für wirksam und die Eintragung der Protestation in das Hypothekenbuch des berechtigten Grundstücks (§. 89 der Einleitung) für zulässig. Erk. vom 2. Juli 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 235 u. Entsch. Bd. LI, S. 70). Der herangezogene §. 89 giebt keinen Beweis für dieses Theorem. S. Anm. 94[a], Abs. 2 zu §. 89 der Einleitung z. A. L.R. (5. A.) In einem Erk. vom 28. April 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 131) ist dasselbe gegen neuere Anfechtung aufrecht erhalten. Die neuen Gründe sind gewichtslos gegen die erklärte Absicht des Gesetzgebers und den Mangel der Erfordernisse einer Verjährung.

5[a]) (4. A.) Hiernach ist das in den Schlußworten des §. 142 bestimmte Recht von zwei Bedingungen abhängig: erstens müssen die Behältnisse nur von der Nachbarseite Licht haben, und zweitens müssen die darin befindlichen Fenster seit mindestens zehn Jahren vorhanden sein. Erk. des Obertr. vom 28. Febr. 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 67).

5[b]) (4. A.) Auf Treppen- und Flurfenster bezieht sich dies nicht, sagt das Obertr. in dem Erk. vom 24. Mai 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 245). (5. A.) Eine positive Erklärung dieses Ausdruckes giebt das Obertr. dahin: „Der im §. 142 gebrauchte Ausdruck „Behältniß" bezeichnet nicht bloß solche Räume, welche für den andauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, sondern ist ein allgemeiner, welcher alle eingeschlossenen Räume, die zur Aufnahme von Sachen und Menschen bestimmt sind, umfaßt, in welchem Sinne derselbe auch im §. 138 gebraucht ist, und zwar gegensätzlich resp. erweiternd, nicht erklärend, zu dem daneben gebrauchten Ausdruck „Zimmer". In dem vorliegenden Falle war das fragliche „Behältniß" ein Apartement. Erk. v. 1. Dez. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 150).

6) Das „Haben" setzt das Vorhandensein der Fenster voraus, nicht bloß die Möglichkeit, sich noch von einer anderen Seite her Licht zu verschaffen.

6[a]) (5. A.) M. s. oben die Anm. 55[c] zu §. 103 d. T.

6[b]) (5. A.) Darunter wird das Erdgeschoß verstanden. Erk. des Obertr. vom 5. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 360).

7) Bei dieser Bestimmung ist es eingetroffen, was ein Moment gegen dieselbe gesagt hatte, daß nämlich die Frage: unter welchen Umständen es möglich bleiben müsse, den Himmel zu sehen, viele Prozesse und Streitigkeiten veranlassen würde. Diese sollen erledigt werden durch den Pl.-Beschl. (Pr. 786) des Obertr. v. 9. Dez. 1839, wonach es genügt, daß der neue Bau 3 F. zurücktritt, und es dem Nachbar *auf irgend eine Weise und in irgend einer Stellung* möglich ist, aus dem ungeöffneten Fenster des zweiten Stockwerks, in vertikaler Richtung, den Himmel zu sehen. (Entsch. Bd. V, S. 166.) Schwerlich entspricht die Entscheidung der Absicht des Gesetzes. — Vergl. Anm. 9.

(4. A.) Die §§. 142 u. 143 hat das Obertr. auf den Fall, wenn zwar in einem oberen Stockwerke des Nachbargebäudes seit 10 Jahren oder länger Fenster vorhanden sind, aber solche sich in den

§. 143. Hat in diesem Falle[7a]) das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer andern Seite Licht[8]), so ist es genug[9]), wenn der neue Bau nur so weit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks[9a]) den Himmel sehen könne[9b]).

§. 144. Sind aber die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, noch nicht seit zehn Jahren vorhanden, so ist der Bauende bloß an die §. 139 bestimmte Entfernung gebunden[9c]).

---

unteren Stockwerken nicht vorfinden, in der Weise angewendet, daß der Bau den vorhandenen Fenstern gegenüber, resp. in deren Breite, soweit zurücktreten müsse, daß der Nachbar noch aus diesen ungeöffneten Fenstern in vertikaler Richtung den Himmel erblicken könne. Erk. vom 3. Oktober 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 69). (5. A.) Keineswegs ist es nach dem Pl.-Beschl. v. 9. Dezember 1839 genügend, wenn der Anblick des Himmels aus den ungeöffneten Fenstern zwar nicht in vertikaler Richtung, aber doch seitwärts zu ermöglichen ist, sobald nur der Himmel noch über dem Neubau, nicht bloß neben demselben, gesehen werden kann. Denn es beruht auf einem Mißverständniß der Begründung des gedachten Pl.-Beschl., wenn man sich in dieser Auffassung mit demselben nicht in Widerspruch gesetzt zu haben glaubt. In jener Begründung ist gerade dargelegt, daß es darauf, daß in vertikaler Richtung — die selbstverständlich nicht mit der vertikalen Linie zu verwechseln ist — der Anblick des Himmels zu ermöglichen ist, ankommt. Erk. dess. v. 31. Januar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 257).

(5. A.) Die Vorschrift des §. 142 ist nur auf Fenster in einer eigenthümlichen Mauer, nicht aber auf Fenster in einer gemeinschaftlichen Mauer zu beziehen. Bei einer gemeinschaftlichen Mauer verjährt das Recht des Miteigenthümers, die von dem Anderen darin eigenmächtig angelegten Fenster zu beseitigen und die Wiederherstellung des alten Zustandes der gemeinschaftlichen Mauer zu verlangen, erst in dreißig Jahren. Erk. des Obertr. vom 30. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 99).

7a) (4. A.) Die Fassung des §. 143 ist insofern ungenau, als die Worte: „hat in diesem Falle" darauf hinführen, daß der §. 143 das Vorhandensein beider vorgedachter Bedingungen (Anm. 5a), mindestens der letzteren, voraussetze. Die getroffene Bestimmung soll jedoch, nach dem Inhalte des §., dann zur Anwendung kommen, wenn zwar die nach dem Nachbargrundstücke führenden Fenster seit zehn Jahren vorhanden sind, die Behältnisse, denen sie Licht zuführen, aber noch von einer anderen Seite Licht erhalten. Das alleinige positive Erforderniß des §. 143 ist also das zehnjährige Bestehen der Fenster. Erk. des Obertr. vom 28. Febr. 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 68).

8) Das ist ein solches Licht, welches durch Oeffnungen oder Fenster in einer unmittelbar an das Freie stoßenden Wand eingelassen wird, nicht bloß ein solches, welches aus einem Vorgemache durch Glasthüren fällt. Schl. Arch. Bd. I, S. 365 ff.

9) Denn, sagt Suarez a. a. O. (Anm. 92), wenn der Nachbar sich noch auf andere Art helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträchtlicher Nachtheil desselben den Bauenden in dem freien Gebrauche seines Eigenthums nicht hindern.

(4. A.) Auch dieses soll nicht erforderlich sein, wenn aus dem ungeöffneten Fenster des unteren Stockwerks der Himmelsanblick möglich geblieben ist und dem betreffenden Behältnisse des zweiten Stockwerks, aus welchem man den Himmel nicht sehen kann, noch von einer andern Seite her Licht zugeführt wird. Erk. des Obertr. v. 3. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 44). Eine analoge Anwendung des §. 142 auf das zweite Stockwerk. Es ist aber auch der Umstand, daß in Folge des Neubaues aus einem der Fenster des oberen Stockwerks der Himmel nicht mehr zu erblicken ist, nach dem Inhalte des §. 142 für unerheblich erklärt worden in dem Erk. des Obertr. vom 9. Sept. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 162).

9a) (5. A.) Unter dem zweiten Stockwerk ist die über dem Erdgeschoß (§. 142) belegene sog. Beletage zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 5. Jan. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 360).

9b) (4. A.) Die §§. 142, 143 beziehen sich auf einen Neubau. Bei bereits vorhandenen, unmittelbar an einander stoßenden Gebäuden ist der Eigenthümer des größeren mit einem Giebelfenster versehenen Gebäudes nur dann berechtigt, dem Höherbauen des Nachbars, durch welches jenes, wenngleich schon länger als 10 und 30 Jahre vorhandene, Fenster vermauert wird, zu widersprechen, wenn er ein Untersagungsrecht hierzu besonders erworben hat. Erk. des Obertr. v. 26. Febr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 56).

(4. A.) Die in den §§. 139, 142, 143 enthaltenen singulären Maßbestimmungen beziehen sich nur auf Gebäude, resp. neu zu errichtende Gebäude, finden aber auf andere aufgestellte lichtverkümmernde Gegenstände, z. B. aufgestellte Haufen Ziegelsteine, keine Anwendung. Erk. des Obertr. v. 15. Okt. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 353).

9c) (4. A.) Es kommt in diesem Falle also nicht darauf an: ob die Behältnisse noch von einer anderen Seite her Licht haben, oder nicht; die Fenster, welche noch nicht zehn Jahre alt sind, werden

§. 145. Der Nachbar kann alsdann dem neuen Baue, wodurch ihm das Licht benommen wird, nur in so fern widersprechen, als er ein Untersagungsrecht dagegen besonders erworben hat. (Tit. 22)[10].

§. 146. Wo eine solche Grundgerechtigkeit obwaltet, da findet, im Mangel ausdrücklich verabredeter, die gesetzliche Bestimmung des §. 142 Anwendung.

§. 147. In allen §§. 139, 140, 142, 143, 146 bestimmten Fällen bleibt der unbebaute Zwischenraum nach wie vor seinem bisherigen Eigenthümer, und kann von demselben zu jedem in den Gesetzen nicht verbotenen Gebrauche angewendet werden.

Von Thüren.

§. 148. Neue Thüren[10a], welche unmittelbar[10b] auf des Nachbars Grund und Boden führen, dürfen wider dessen Willen[10c] niemals angelegt werden[10d].

Von Zäunen, Planken und Scheidewänden.

§. 149. In der Regel ist ein Jeder seine Grundstücke durch Zäune, Planken, Mauern, oder andere Scheidewände, von den Grundstücken seines Nachbars zu trennen berechtigt[11].

---

als nicht vorhanden behandelt, der bauende Nachbar braucht daher nur das Zwischenraumsrecht (§. 139) zu achten, dieses muß er aber auch thun, folglich hier ebenso wie wenn keine Fenster vorhanden wären, drei Fuß Zwischenraum lassen. Erk. des Obertr. v. 28. Febr. 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 68).

10) Durch eine Besitzstörungsklage ist der Bau nicht zu verhindern, weil in dem Dasein der Fenster noch kein Besitz eines besonderen Rechts liegt, mithin aus dem unternommenen Baue keine Besitzstörung erkannt werden kann, dazu vielmehr der Nachweis des Rechts selbst gehören würde, wodurch das Possessorium zum Petitorium werden müßte.

10a) (4. A.) Eine „neue Thür" im Sinne des §. 148 ist nicht vorhanden, wenn das Gebäude an der Stelle eines behufs Wiederaufbaues abgerissenen alten Gebäudes neu errichtet worden, und in der betreffenden Wand des alten Gebäudes bereits eine Thür, wenn auch nicht gerade an der nämlichen Stelle und in den nämlichen Dimensionen, vorhanden war. Es soll nach §. 148 auch keinen Unterschied machen, ob die Thür nach Innen oder nach Außen aufgeht. Erk. des Obertr. v. 10. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 95). — (5. A.) Die in einem neu errichteten Gebäude angelegte Thür ist im Sinne des §. 148 als eine neue zu betrachten, wenn auch in dem alten Gebäude, welches durch das neue Gebäude ersetzt ist, eine Durchfahrt bestanden hat. Hat die Durchfahrt sich an einer ganz anderen Stelle, als die neue Thür, befunden, so ist letztere schon aus diesem Grunde als eine neue im Sinne des §. 148 zu erachten. Erk. dess. vom 19. Sept. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 348).

10b) (4. A.) Vergl. oben §. 138 und Anm. 94 dazu.

10c) (4. A.) „Wider dessen Willen" erfordert eine positive Thätigkeit, einen erfolgten Widerspruch des Nachbars. Erk. des Obertr. vom 11. Dez. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 142). Der Widerspruch muß natürlich vor der Ausführung der Anlage eingelegt werden.

10d) Der §. 148 findet dann keine Anwendung, wenn der Zwischenraum beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört. Vergl. §. 138 und die Anm. 94a, Abs. 3 dazu.

(4. A.) Steht einem Gebäude das Thürrecht nach dem daran stoßenden Grundstücke des Nachbars zu, so geht dasselbe durch den Umbau des Gebäudes und daß aus einem Schuppen ein Wohnhaus gemacht worden ist, nicht verloren. Erk. des Obertr. vom 23. Januar 1862 (Archiv für Rechtsf. Bd. XLIV, S. 169).

11) Aber nicht verpflichtet. Daraus folgt, daß, wenn Jemand von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat, er dadurch nicht die Verbindlichkeit gegen den Nachbar erhält, für ewige Zeiten die Scheidung zu unterhalten. Nach manchen Provinzialgesetzen oder Ortsrechten gilt das Gegentheil, namentlich in den Dörfern, wo die Schuldigkeit zur Erhaltung der Umfriedungen der Gehöfte daraus folgt, daß das Vieh beim besten Willen nicht immer im Zaume zu halten ist. Wo dergleichen besondere Normen fehlen, kommen die Vorschriften des L.R. zur Anwendung, wonach die Einfriedigung in der Regel nur ein Recht sein soll. Die Vergleichung der einzelnen Bestimmungen aber, besonders der §§. 162, 167, 169 ergiebt, daß der praktisch geltende Grundsatz der nämliche, also die Verpflichtung zur Einfriedigung, ist, und daß nur Feldgrundstücke davon eine Ausnahme in der Art machen, daß die Befriedung willkürlich ist. S. die Anm. 18 und 20. (4. A.) Dafür scheint sich auch das Obertribunal entschieden zu haben. In einem Erk. v. 1. Juli 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 215) ist angenommen: Wer eine neue Grenzscheidung außerhalb der freien Feldflur in einer Gegend, wo bisher keine vorhanden gewesen ist, angelegt hat, ist verpflichtet, dieselbe auf seine Kosten zu erhalten. Vergl. Erk. v. 4. Nov. 1835, unten, Anm. 6, Abs. 2 zu §. 506, Tit. 9. — (5. A.) Wirklich hat das Obertr. sich in diesem Sinne direkt ausgesprochen und angenommen, daß bei einem Garten, welcher an die freie Feldflur grenzt, die Unterhaltung des vorhandenen Zaunes als eine res meræ facultatis anzusehen sei und eine Verpflichtung dazu sich auch nicht aus den §§. 149 ff. d. T. herleiten lasse. Erk. v. 17. Dez.

§. 150. Dergleichen Scheidungen müssen aber die Grenzen gegen den Nachbar niemals überschreiten, noch demselben in dem Gebrauche seines Eigenthums hinderlich werden [11a]).

§. 151. Zu Befriedigungen in der Feldflur ist ein Eigenthümer nur in so fern befugt, als nicht Koppelweiden, Hütungs- oder andere Grundgerechtigkeiten entgegen stehen.

§. 152. Wer eine neue Scheidung in einer Gegend, wo bisher noch keine vorhanden gewesen ist, anlegen will, muß nicht nur die Anlage, sondern auch die fernere Unterhaltung auf seine Kosten besorgen [12]).

§. 153. Ueberhaupt liegt die Unterhaltung solcher Scheidungen demjenigen ob, welchem erweislich das Eigenthum derselben gebühret [12a]).

§. 154. Kann nicht ausgemittelt werden, wer der Eigenthümer einer solchen Scheidung sei, so wird bei Planken derjenige, gegen dessen Grund die Stiele, Ständer oder Pfosten derselben stehen [13]), für den Eigenthümer geachtet, und ist die Planke zu unterhalten schuldig.

§. 155. Dagegen [14]) muß ihm aber der Nachbar, von dessen Seite die Bretter

---

1867 (Entsch. Bd. LIX, S. 43). Vergl. unten die Anm. 20 zu §. 169 d. T. — (4. A.) Die fragliche Verpflichtung, wo sie vorhanden, besteht jedoch lediglich zum Besten der anstoßenden Grundbesitzer (Nachbaren). Ist also der Eigenthümer des an eine öffentliche Straße grenzenden Grundstückes nicht aus einem besonderen Rechtsgrunde zur Haltung einer Verzäunung verpflichtet, so kann der Umstand, daß derselbe die bisher vorhanden gewesene Verzäunung fortgenommen hat, denjenigen, dessen Vieh bei dem Treiben über die Straße auf jenes Grundstück übergetreten ist, von der Verpflichtung zur Zahlung des Pfandgeldes selbst dann nicht befreien, wenn die Beschaffenheit und geringe Breite der Straße die Verhinderung des Uebertretens des Viehes in ungewöhnlichem Maße erschwert hat. Erk. des Obertr. vom 15. Dez. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 229).

(4. A.) Die §§. 152, 153 setzen voraus, daß der im freien Felde angelegte Zaun von dem Eigenthümer des Grundstücks zur Begrenzung desselben angelegt worden, und beziehen sich also nicht auf einen Zaun, welcher das Grundstück des Nachbars gar nicht berührt. Erk. des Obertr. v. 7. Mai 1850 u. 16. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 77).

(3. A.) Uebrigens ist gegen eine polizeiliche Verfügung, in Gemäßheit welcher der Magistrat einer Stadt, als Polizeibehörde, die Sperrung einer Passage im öffentlichen Interesse beseitigen läßt, der Rechtsweg selbst dann unzulässig, wenn der dadurch betroffene Grundeigenthümer sich auf einen früheren Vertrag beruft, wobei der Magistrat nicht als Polizeibehörde, sondern als Vertreter eines Kämmerei-Grundstücks fungirte. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 3. Mai 1856 (J.M.Bl. S. 207). (5. A.) Der Antrag auf Wiederherstellung einer die öffentliche Kommunikation störenden und auf Anordnung der Polizeibehörde beseitigten Anlage (Verzäunung) ist zur Erörterung im Rechtswege nicht geeignet. Erk. dess. Gerichtsh. v. 11. Juni 1864 (J.M.Bl. S. 388). Zum Zweck der Entschädigung kann auf Anerkennung des Rechts gegen die betr. Kommun geklagt werden. (Ebenda, S. 391).

11a) (5. A.) Unter dem Ausdruck „hinderlich werden" ist nicht ein bloßes Erschweren, sondern ein Unmöglichmachen des Eigenthumsgebrauches zu verstehen. Wenn also z. B. Jemand auf der Grenzlinie seines Grundstückes eine Scheidewand errichtet und der Nachbar dadurch gehindert wird, sein anstoßendes Grundstück bis dicht an die Grenzlinie neben der Scheidewand mit dem Pflnge zu bestellen; so kann der Nachbar die Zurückziehung der Scheidung nicht verlangen. Erk. des Obertr. v. 25. April 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 261). Dies leuchtet ein. Denn wenn der Pflug nicht bei dem Dasein der Wand bis dicht an die Grenzlinie gelangen kann, so kann er dies auch nicht bei dem Nichtvorhandensein derselben, ohne daß die Zugthiere in die Luftsäule des Nachbars übergreifen; und dieses braucht der Nachbar nicht zu dulden. Die Wand macht also nur faktisch unmöglich, was der Nachbar rechtlich nicht zu leiden braucht.

12) Wenn er es nicht vorzieht, sie wieder eingehen zu lassen, im Falle dies von seiner Willkür abhängt. S. die vor. Anm. 11.

12a) (4. A.) Vergl. unten die Anm. 19a zu §. 167.

13) Dies war eine Kontroverse, und in der That scheinen die Gründe für die entgegengesetzte Meinung sehr triftig. Vergl. Polack, Mathes. for., p. 230.

14) Diese Bestimmung war bei der des vor. §. 154 nothwendig und ist auch gemeinrechtlich, wo nicht das Entgegengesetzte des §. 154 Rechtens ist. Vergl. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 166. Dieses sog. Hammerschlags- oder Leiterrecht findet auch bei allen anderen Bauwerken statt, zu welchen man nicht gelangen kann, ohne des Nachbars Grund zu betreten. S. auch Schl. Arch. Bd. IV, S. 196. Vergl. unten, die Anm. 3, Abs. 3 zu §. 3, Tit. 22.

angeschlagen sind, den Zutritt auf seinen Grund und Boden bei nothwendigen an der Planke sich ereignenden Bauen und Reparaturen gestatten.

§. 156. Die Abdachung der Stiele muß nach der Seite desjenigen Grundes geschehen, dessen Eigenthümern die Planke gehört[15]).

§. 157. Sind die Bretter in die Mitte der Stiele eingefalzt, so ist die Planke für gemeinschaftlich zu achten, und muß von beiden Theilen gemeinschaftlich unterhalten werden.

§. 158. Was von Planken verordnet ist, gilt in der Regel auch von Stacketen.

§. 159. Bei gemauerten Scheidewänden gilt die Vermuthung, daß die Mauer demjenigen gehöre, auf dessen Seite Vertiefungen, oder sogenannte Blenden sich befinden[16]).

§. 160. Sind dergleichen Blenden auf beiden Seiten anzutreffen, so wird die Scheidemauer, im zweifelhaften Falle, für gemeinschaftlich angesehen[16a]).

§. 161. Sind gar keine Blenden an der Mauer befindlich, so ist dieselbe, im zweifelhaften Falle für gemeinschaftlich oder einseitig zu achten, je nachdem die darauf liegenden Platten auf beiden Seiten oder nur auf einer überlaufen[16b]).

§. 162. Bei Zäunen oder Wellerwänden[17]), ist in der Regel[17a]) jeder Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten den Zaun rechter Hand, vom Eintritt in den Haupteingang, zu bauen[18]) und zu unterhalten schuldig.

---

15) Weil Niemand den Tropfenfall eines Anderen aufzunehmen braucht.

16) Die aus dem Vorhandensein von Blenden in einer Scheidemauer abgeleitete Vermuthung des Eigenthums derselben findet auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden Anwendung. Pr. des Obertr. 1298 b, v. 29. April 1843 (Entsch. Bd. XI, S. 200). (5. A.) Nicht allen Vertiefungen in einer Scheidewand, sondern nur den sog. Blenden legt der §. 159 die Eigenschaft eines Merkmals für das Eigenthum bei. „Unter solchen Blenden aber können nur die bei der Errichtung einer Mauer ganz unausgefüllt gelassenen Stellen verstanden werden," sagt das Obertr. in dem Erk. vom 23. Febr. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 265). Das ist undeutlich. Eine ganz unausgefüllt gebliebene Stelle in der Mauer ist ein Loch durch und durch, eine Oeffnung, nicht eine Vertiefung. Blende heißt in der Baukunst eine künstliche Vertiefung in einer Mauer bis zu einem aliquoten Theil der Dicke, franz. Niche (Nische). (4. A.) Die Vorschrift des §. 159 findet jedoch nicht nothwendig auf eine Mauer mit Strebepfeilern Anwendung, und auch die im §. 154 für Planken in Beziehung auf deren Stiele, Ständer oder Pfosten gegebene Bestimmung kann nicht analogisch auf jede Mauer mit Strebepfeilern angewendet werden. Erk. des Obertr. v. 21. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 118).

16a) (5. A.) Zur Widerlegung der Vermuthung des §. 160 sind — abgesehen von sachlichen Verhältnissen anderer Art — solche Umstände nicht geeignet, welche sonst in der Beschaffenheit und Bauart der Scheidewand beruhen. Erk. des Obertr. vom 26. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 280 u. Entsch. Bd. LII, S. 30).

16b) (4. A.) Die in den §§. 159—161 angegebenen Merkmale schließen andere nicht aus. So gilt auch die rauhe Seite der Mauer für ein Merkmal des Eigenthums für denjenigen, auf dessen Seite sie sich befindet; d. h. man bauet so, daß auf der Seite des Eigenthümers die rauhe Seite gelassen wird. Erk. des Obertr. vom 26. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 45).

17) Bei welchen nämlich nicht, wie bei den vorhin genannten anderen Scheidungen, deren Beschaffenheit auf das Eigenthum schließen läßt. Deshalb soll bei Zäunen und Wellerwänden ein anderes Prinzip als das nicht zu ermittelnde Eigenthum entscheiden. Ist der Eigenthümer gewiß, so versteht sich dessen Verpflichtung von selbst.

17a) (5. A.) In der Regel. Die Vorschrift des §. 162 ist mithin nicht eine absolut bindende; ihre Anwendung bleibt vielmehr da ausgeschlossen, wo sich eine ihr entgegenstehende Ortsgewohnheit seit Einführung des Allg. Landrechts festgestellt hat. Erk. des Obertr. vom 6. Juni 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 45).

18) Damit wird das Recht der Einfriedigung (§. 149) zu einer Verpflichtung gemacht. Sie bezieht sich 1. auf städtische Grundstücke, und 2. auf Gärten überhaupt, also auch auf Gärten außerhalb einer Stadt und in Dörfern. Der Grundsatz über die Verpflichtung ist nicht ausdrücklich ausgesprochen; er ergiebt sich aber aus der Vergleichung der Bestimmung der §§. 162 u. 167 mit den §§. 149 und 151 dahin, daß die Einfriedigung nur der Grundstücke in der Feldflur fakultativ ist (s. Anm. 20 zu §. 169 d. T.), während städtische Grundstücke und Gärten eingefriedet werden müssen. Auch das Obertr. hat im Pr. 2081, v. 5. Dez. 1848, den Satz ausgesprochen: Der Besitzer städtischer Grund-

§. 163. Hat aber Jemand durch einen neuen Bau seinen Haupteingang gänzlich verändert, so behält er dennoch, in Rücksicht der zu unterhaltenden Zäune, eben die Verbindlichkeit, welche er vor der Veränderung gehabt hat.

§. 164. Hat bisher ein Gebäude die Haltung eines Zauns unnöthig gemacht, so muß der, welcher dies Gebäude wegnimmt, den dafür anzulegenden Zaun bauen und unterhalten; selbst wenn er sonst, nach der Regel des §. 162, dazu nicht verpflichtet sein würde [19]).

§. 165. Wenn ein zur linken Hand neu anbauender Nachbar seinen Hof oder Garten schließen will, so muß er den daselbst bereits vorhandenen Zaun [19a]) seines Nachbars zur Unterhaltung übernehmen.

§. 166. Die Kosten der ersten Anlage aber ist er dem Nachbar zu vergüten nicht schuldig.

§. 167. Der Quer- oder Rückzaun muß von beiden gegen einander stoßenden Nachbarn gemeinschaftlich angelegt und unterhalten werden [19b]).

§. 168. Ueberhaupt ist in allen Fällen, wo weder ein einseitiges Eigenthum ausgemittelt werden kann, noch die vorstehenden besondern Bestimmungen (§§. 154 — 165) eintreten, die Pflicht zur Unterhaltung der zwischen den Grundstücken zweier Nachbarn befindlichen Scheidungen beiden gemeinschaftlich [19c]).

§. 169. Scheidungen zwischen Höfen müssen in der Regel nicht unter sechs; zwischen Gärten aber, sowohl in Städten als auf dem Lande, nicht unter fünf Fuß hoch sein [20]).

---

stücke und Gärten hat nicht bloß den vorhandenen Zaun rechter Hand zu unterhalten, sondern auch in dem Falle, wenn bisher noch gar kein Zaun daselbst vorhanden gewesen ist, den Bau desselben zu bewerkstelligen. Von Befriedungen in freier Feldflur hat es in dem Pr. v. 4. Nov. 1835 (Ulrich, Arch., Bd. III, S. 64) das Gegentheil ausgesprochen. Auch in dem Pr. v. 24. Juni 1835. (Ebend. Bd. V, S. 58 ff.) S. d. Pr. 235 in der Anm. 20 zu §. 169 d. T. — (4. A.) Das Obertr. hat durch Pl.-Beschl. v. 4. Juni 1860 (Pr. 2713) das Pr. 2081 aufgehoben und als Rechtssatz angenommen: „Der §. 162 verpflichtet den Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten nicht zum Baue eines bisher daselbst gar nicht vorhanden gewesenen Zaunes. (J.M.Bl. S. 291 und Entsch. Bd. XLIII, S. 1.) M. s. auch die Begründung der Entscheidung des diesem Pl.-Beschl. zum Grunde liegenden Rechtsfalles, vom 17. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 182).

19) Zur Anwendung dieses Gesetzes genügt es, daß das weggenommene Gebäude dem Nachbar die Haltung eines Zaunes unnöthig gemacht hat, und es steht dieser Anwendung nicht entgegen, daß das weggenommene Gebäude nicht unmittelbar auf der Grenze gestanden hat, sondern in der §. 140 d. T. vorgeschriebenen Entfernung von der Grenze aufgeführt gewesen ist. Pr. des Obertr. 960, vom 18. Dez. 1840. (4. A.) In diesem Falle ist es nicht nothwendig, daß der Zaun auf die Linie, auf welcher das abgebrochene Gebäude gestanden hat, gesetzt werde, vielmehr kann derselbe auf die wahre Grenzlinie gestellt werden. §. 150; Erk. des Obertr. v. 12. Dez. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 66).

Ist aber das Gebäude nicht weggenommen, sondern zufällig zu Grunde gegangen, so werden hinsichtlich der Bau- und Unterhaltungslast die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen.

19a) (4. A.) Unter dem Worte „Zaun" sind auch Planken zu verstehen. Pr. 2728 des Obertr. v. 14. Okt. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 28).

19b) (4. A.) Vorausgesetzt, daß das Eigenthum des Querzauns nicht feststeht oder aus der Lage zu vermuthen ist (§. 153). Denn die Vorschrift des §. 167 ist keineswegs absolut ohne Rücksicht auf die Art dieser Scheidungen und auf das Eigenthum an denselben anzuwenden. Erk. des Obertr. vom 21. Februar 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 74).

19c) (4. A.) Bei den Vorschriften des A. L.R. kann eine Observanz über die Pflicht zur Unterhaltung der Scheidezäune Platz greifen. Erk. des Obertr. v. 17. Dez. 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 75).

20) Befriedungen in der freien Feldflur sind gestattet, aber deren Erhaltung ist, wenn der Nachbar nicht ein besonderes Recht darauf erworben hat, willkürlich. (5. A. Wieder angewendet in dem Erk. dess. vom 17. Mai 1866, Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 186.) Scheidungen anderer Grundstücke aber, ohne dabei einen Unterschied zwischen städtischen und ländlichen zu machen, müssen erhalten werden, und zwar wo nicht die Gesetze etwas Besonderes darüber verordnen, von dem Eigenthümer. Pr. 285, v. 21. April 1837 (Präj.-Samml. I, S. 29). (5. A.) Durch den zweiten Theil dieses Satzes hat nur der Ansicht entgegen getreten werden sollen, daß die Unterhaltungspflicht in Betreff der Befriedungen sich nur auf städtische und nicht auch auf ländliche, außerhalb der freien Feldflur belegene

§. 170. Wo es die Umstände zulassen, sollen[21]) künftig statt der hölzernen Zäune, bei Gärten und geschlossenen Ackerstücken, lebendige Hecken angelegt werden.

§. 171. Auch ist der Eigenthümer eines hölzernen Scheidezauns allezeit befugt, an dessen Stelle eine lebendige Hecke anzulegen.

§. 172. Er ist aber auch schuldig, die Anlage, nach der Anweisung der Sachverständigen, so zu machen und zu unterhalten, daß durch die Hecke das Eigenthum des Nachbars ebenso gut, als durch den Zaun, gesichert werde[22]).

§. 173. Lebendige Hecken, welche zwei geschlossene Grundstücke von einander unterscheiden, müssen stets so angelegt werden, daß dadurch dem Nachbar kein Schade geschehe[22a]).

§. 174. Will also Jemand gegen die Grenze seines Nachbars eine neue lebendige Hecke anlegen, so muß er, ohne Unterschied der Holzart, welche dazu gewählt wird, anderthalb Fuß von des Nachbars Grenze[23]) zurücktreten[23a]).

§. 175. Das Eigenthum an diesem anderthalb Fuß breiten Erdreiche bleibt inzwischen dem, welcher die Hecke zu seinem Gebrauche angelegt hat, vorbehalten[24]).

§. 176. Auch bleibt ihm in solchem Falle die Benutzung des Auswuchses der Hecke von beiden Seiten.

§. 177. Doch ist der Nachbar den Auswuchs der Hecke, oder deren Wurzeln, über der Grenzlinie zu dulden nicht verpflichtet. (Tit. 9, §. 185 sqq.)

§. 178. Ein mit Bewilligung beider Nachbarn statt eines bisherigen gemeinschaftlichen Zaunes angelegte Hecke wird ebenfalls, sowohl in Ansehung der Unterhaltung als der Abnutzung, gemeinschaftlich.

§. 179. Jeder Nachbar ist also den Auswuchs auf seiner Seite sich zuzueignen wohl berechtigt.

§. 180. Eine solche gemeinschaftliche Hecke muß auf derselben Linie, wo vorhin der Zaun gestanden hat, angelegt werden.

§. 181. Doch müssen beide Nachbarn dahin sehen, daß durch die Hecke die gesetzmäßige Breite des daran hingehenden Weges in der Folge nicht geschmälert werde.

---

Grundstücke beziehe. Keineswegs ist aber durch dieses Präjudiz etwas über das Verhältniß von Grundstücken der letztgedachten Art zu der freien Feldflur bestimmt, und ausgesprochen, daß der Eigenthümer eines an die freie Feldflur grenzenden Grundstückes eine gegen diese angebrachte Befriedung zu erhalten, und nicht eingehen zu lassen verpflichtet sei. Eine solche Verpflichtung läßt sich auch nicht aus den Vorschriften der §§. 149 ff. d. T. nachweisen. Erk. des Obertr. v. 17. Dez. 1867 (Entsch. Bd. LIX, S. 46). Vergl. o. die Anm. 18. Zu niedrig angelegte Scheidungen müssen, auf Verlangen des Berechtigten innerhalb der Verjährungszeit, auf das rechte Maß erhöht werden.

21) Giebt es irgend eine Person, welche wegen ihres Interesses oder im öffentlichen Interesse die Ausführung dieser Bestimmung erzwingen kann? Nicht möglich; auch der Polizei kann eine solche Ermächtigung nicht eingeräumt werden. Welche Bedeutung hat dann wohl diese Vorschrift? Keine, außer bei gemeinschaftlichen Scheidungen, wenn die Betheiligten über die bei der Erneuerung anzuwendenden Mittel uneinig sind und der Eine eine lebendige Hecke angelegt wissen will. Aber auch darin steht der §. 182 entgegen.

22) Gegen was? Gegen Vieh? Das ist unmöglich, keine Hecke kann das Durchdringen des Rindviehes abwenden. Gegen das Einsteigen von Menschen? Das kann eine Hecke noch viel weniger in dem Maße, wie ein fester 6füßiger Zaun.

22a) (4. A.) Der §. 43, Tit. 22 findet hier gleichfalls Anwendung. Oben, Anm. 98, Abs. 4 zu §. 139 d. T.

23) D. h. hier nicht von der ideellen Mittellinie des Scheidlings, sondern von dem Rande des Scheidlings, wenn dieser gemeinschaftlich ist, gemessen. Pr. des Obertr. v. 3. Nov. 1847. (Rechtsf. Bd. III, S. 98.) Vergl. die Entsch. v. 7. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. IV, S. 151.)

23a) (4. A.) Dieses Untersagungsrecht des Nachbars geht durch eine 30jährige Verjährung durch Nichtgebrauch verloren, wenngleich im Laufe dieser Zeit die Holzarten gewechselt haben. Vgl. §. 191 u. die Anm. 32 dazu. Erk. des Obertr. v. 12. Juli 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 59).

24) Daher kann, wenn statt der Hecke wieder ein Zaun angelegt wird, mit demselben wieder vorgegangen werden, auch steht zu vermuthen, daß bei der ersten Anlage der Hecke mit derselben der vorgeschriebene Raum zurückgewichen worden ist.

§. 182. Wider den Willen des einen Nachbars ist der andere, einen bisherigen gemeinschaftlichen Zaun in eine lebendige Hecke zu verwandeln, der Regel nach nicht befugt[25]).

§. 183. Will jedoch derselbe mit der Hecke von der bisherigen Linie um die §. 174 bestimmte Breite zurücktreten, und sowohl die Kosten der Anlegung, als der künftigen Unterhaltung allein übernehmen, so gebührt dem Nachbar dagegen kein Recht zum Widerspruche.

§. 184. Von einer solchen Hecke gilt alsdann alles, was §§. 175—177 verordnet ist.

Von Erhöhungen und Erniedrigungen des Bodens.

§. 185. Wer seinen Grund und Boden erhöhen will[25a]), muß mit dieser Erhöhung drei Fuß von dem Zaune, der Mauer oder Planke[26]) des Nachbars zurückbleiben[26a]).

§. 186. Daraus, daß der Nachbar die Erhöhung in einer größern Nähe ohne ausdrücklichen Widerspruch geschehen läßt, folgt nicht, daß er dem Ersatze des daraus in der Folge erwachsenden Schadens entsagt habe[27]).

§. 187. Erniedrigt Jemand seinen Grund und Boden, durch Anlegung eines Grabens oder sonst[28]); so muß ein Wall von drei Fuß breit gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleiben[28a]).

---

25) S. o. die Anm. 21 zu §. 170. Das Ganze ist ein mit dem Bedürfnisse in gar keinem Verhältnisse stehendes, nutzloses Detail.

25a) (5. A.) Das Recht des Eigenthümers, sein Grundstück beliebig zu erhöhen, unterliegt gesetzlich nur den Beschränkungen der §§. 26—28 u. 185 d. T., und zwar auch dann, wenn durch die Erhöhung ein wilder Wasserabfluß (§. 102) nach dem Grundstücke des Nachbars entsteht. Erk. des Obertr. vom 10. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 313 u. Entsch. Bd. LI, S. 59).

26) Befindet sich keine dergleichen von Menschenhänden gemachte Befriedung, deren Schutz die Einschränkung bezweckt, auf der Grenze, so findet die Beschränkung nicht statt. Pr. des Obertr. in J.M.Bl. 1851, S. 172.

26a) (5. A.) Die Gemeinden sind zwar zur Erstattung des durch eine auf den Grund polizeilich erkannter Nothwendigkeit im öffentlichen Interesse auf dem Gemeindeeigenthum bewirkte Anlage einer Privatperson verursachten Schadens nicht verpflichtet. Hat aber eine Stadtgemeinde eine ihr eigenthümlich gehörige Straße der Stadt im öffentlichen Interesse höher oder tiefer gelegt, und dabei die dem Eigenthümer — z. B. in dem §. 185 — gezogenen Schranken überschritten, so kann sie zum Ersatze des dadurch dem angrenzenden Eigenthümer zugefügten Schadens angehalten werden, außerdem nicht. Erk. des Obertr. vom 20. Dez. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 164). Das Gleiche gilt von dem Fiskus, wenn er Eigenthümer der Straße ist. Das Zurücktreten mit der Erhöhung auf drei Fuß ist nicht vom Bürgersteige, sondern von der Mauer ꝛc. zu rechnen. Erk. dess. v. 14. Juli 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 92). Vergl. oben §. 81 d. T. u. die Anm. dazu.

(5. A.) Das bloße Nichtinnehalten der Entfernung von 3 Fuß kann zu den unerlaubten Handlungen im Sinne des §. 25, Tit. 6 nicht gerechnet, überhaupt kann die Bestimmung des §. 185 d. T. als ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz im Sinne des §. 26, Tit. 6 nicht angesehen werden und auf die Ueberschreitung des §. 25, Tit. 6 nicht Anwendung finden; vielmehr ist namentlich das Aufschütten von Erdreich in größerer Nähe eine an sich rechtmäßige, keinen Eingriff in das Rechtsgebiet des Nachbars enthaltende Handlung. Erk. des Obertr. v. 6. April 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 64).

27) Aber die Wegschaffung kann er dann nicht mehr fordern, gemäß §. 43, Tit. 22. (4. A.) Anerkannt und angewendet von dem Obertr. in dem Erk. v. 3. Mai 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 78).

28) Eine Drumme, welche zur Abführung des Wassers in die Erde gelegt ist, ist keine Erniedrigung des Grund und Bodens, und daher der Entfernung von benachbarten Grundstücken auf 3 F. nicht unterworfen. Pr. des Obertr. vom 9. Febr. 1849. (Entsch. Bd. XVII, S. 115.)

28a) (4. A.) Die Berufung auf den §. 187 ist nicht geeignet, die Zulässigkeit des Rechtsweges zu begründen, wenn bei der Umpflasterung einer Straße von der Polizeibehörde für nothwendig befunden wird, den Straßendamm niedriger zu legen, und dadurch für einzelne Hausbesitzer Nachtheile entstehen. Diese können zwar Entschädigung, nicht aber Wiederherstellung des früheren Zustandes im Rechtswege verlangen. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 7. Nov. 1857 (J.M.Bl. 1858, S. 192).

(4. A.) Die Vorschrift des §. 187 ist auf ein von Menschenhänden angelegtes Werk, wodurch der Nachbar sein Grundstück befriedet hat, zu beziehen. Erk. des Obertr. v. 28. Okt. 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 91).

§. 188. Derjenige, auf dessen Grunde und Boden sich der Aufwurf eines Grabens befindet, hat die Vermuthung, daß er Eigenthümer des Grabens sei, für sich [29]), und muß also auch für die Unterhaltung desselben sorgen [30]).

§. 189. Wer ein Gebäude an der Grenze aufführt, darf, in sofern er nicht ein besonderes Recht dazu erworben hat, die Dachtraufe weder auf des Nachbars Grund und Boden, noch über denselben hinwegleiten [31]).

Aufhebung der vorstehenden Einschränkungen.

§. 190. Einschränkungen des Eigenthums, welche die Gesetze zum Besten des gemeinen Wesens vorschreiben, können nur mit Einwilligung des Staats aufgehoben werden.

§. 191. Einschränkungen, welche nur zum Besten gewisser Personen festgesetzt sind, können durch verbindliche Willenserklärungen [32]) dieser Personen aufhören [33]). (Tit. 22.)

---

## Neunter Titel.

### Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt, und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit [1]).

Hellfeld, Jurisprudentia forensis sec. Pandectarum ordinem, §. 578. Heimbach sen., Recht; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 2 und 160; Vindikation, ebd. Bd. XIII, S. 106.

§. 1. Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten (Modus acquirendi).

---

(5. A.) Der stehen gebliebene Wall muß von dem Eigenthümer auch unterhalten werden. Erk. dess. vom 5. Sept. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 137).

29) Weil er den Erdauswurf nicht auf des Nachbars Boden niederlegen durfte.

30) Eine Anwendung dieser Regel s. in der Entsch. des Obertr. v. 4. Juli 1848, Rechtsf. Bd. IV, S. 209.

31) Der Eigenthümer einer Fabrikationsanstalt ist vermöge seines Eigenthumsrechts nicht unbedingt befugt, die durch den Betrieb einer solchen Anstalt entwickelten Dämpfe auf benachbarte Grundstücke zu verbreiten und kann den Ersatz eines hierdurch veranlaßten Schadens nicht schon durch die Behauptung abwenden, daß er sich nur eines aus dem Eigenthume folgenden Rechts bedient habe. Eben so wenig schützt der Umstand, daß die Fabrikationsanstalt mit polizeilicher Erlaubniß angelegt und betrieben worden ist. — Der Inhaber einer Fabrikationsanstalt kann nach Umständen für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welchen der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht, ohne daß es zur Begründung der Vertretungsverbindlichkeit des Nachweises einer besonderen Verschuldung bei der Anlage und bei dem Betriebe der Fabrikanstalt bedarf. Pl.-Beschl. des Obertr. vom 7. Juni 1852 (J.M.Bl. S. 259). Die Sätze sind höchst bedenklich, gegen die Grundsätze §§. 25—28 verstoßend, und um so gefährlicher, als sie, die positiven Grundsätze negirend, Alles dem jedesmaligen Gutfinden anheimgeben.

32) Damit sind die übrigen Arten der Erlöschung der Privat-Grundgerechtigkeiten nicht ausgeschlossen, vielmehr ist nur der Gegensatz des §. 190 angedeutet. Die im Interesse gewisser Personen vorgeschriebenen gesetzlichen Einschränkungen machen einen, lediglich von ihrer Willkür abhängigen, Gegenstand ihres Vermögens aus, und stehen daher unter der alleinigen Verfügung derselben. Dies ist es, was im Gegensatze des §. 190 gesagt werden soll. Diese gesetzlichen Einschränkungen können daher auf gleiche Weise erlöschen wie jede andere Grundgerechtigkeit. (4. A.) Daher erloschen dieselben nach den §§. 43, 44, Tit. 22 durch stillschweigende Einwilligung bei solchen Anlagen und Einrichtungen in der verpflichteten Sache, welche die Ausübung des Rechts geradezu unmöglich machen. Dieser Grundsatz findet auch auf die Einschränkungen des Eigenthums bei einem neuen Baue vor den Fenstern des Nachbars nach §. 142 d. T. Anwendung. Erk. des Obertr. vom 9. Oktober 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 265.) — Vergl. oben, Anm. 23[a] zu §. 174 d. T. und Anm. 98, Alinea 4 zu §. 139.

33) (4. A.) Ein Vertrag, der dem Nachbar das Recht einräumt, von dem angrenzenden Grundstücke bis zu einer bestimmten Zeit Erde fortzunehmen und allenfalls auf sein Grundstück zu schaffen, giebt jenem Nachbar nicht das Recht, auf seinem Grundstücke Anlagen zu errichten, die den §§. 185 ff. widersprechen. Die Annahme des Gegentheils beruhet nicht auf Auslegung des Vertrages, sondern

§. 2. Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt[2]).

§. 3. Zur Erwerbung des Eigenthums[2a]) wird die Besitznehmung erfordert. (Tit. 7, §. 43 sqq.)

§. 4. Hiervon sind allein die Fälle[3]) ausgenommen, wo die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willensäußerung allein ausdrücklich verbinden.

§. 5. Wenn zur Erwerbung des Eigenthums, außer dem Titel, nur Besitznehmung erfordert wird, so ist eine unmittelbare Erwerbungsart vorhanden.

§. 6. Geht aber das Eigenthum erst durch die Erledigung des Besitzes von Seiten des vorigen, und durch die Ergreifung desselben von Seiten des neuen Eigenthümers über; so heißt die Erwerbungsart mittelbar[4]).

---

verstößt gegen Rechtsgrundsätze. Erk. des Obertr. v. 3. November 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 276).

1) Der Titel beschäftigt sich mit den allgemeinen Grundsätzen über die Anwendung der Darstellung der Erwerbungsarten (§§. 1—6) und mit einer Klasse derselben.

Die Anordnung des Rechtsstoffs gehört wesentlich der Wissenschaft an. Denn es giebt nicht einen einzigen, ausschließlich richtigen Standpunkt, von welchem aus der Stoff überblickt werden könnte und müßte; es giebt deren mehrere ganz gleichberechtigte, je nach den Rücksichten und Betrachtungen, welche nach dem Zwecke der Darstellung vorzugsweise hervortreten. Deshalb ist es eine Fesselung der Wissenschaft, wenn durch ein Gesetz hierin Vorschriften gemacht werden.

Im R. R., im älteren nämlich, fielen die Erwerbungsarten von selbst in zwei Klassen, nach der rechtlichen Natur der beiden Arten des (quiritarischen und bonitarischen) Eigenthums, nämlich in die civilen, d. i. civilrechtlichen, und in die natürlichen, d. i. volksrechtlichen oder, nach unsern Vorstellungen, gemeinrechtlichen. Denn das röm. Civilrecht im engeren Sinne verhielt sich zu dem prätorischen Rechte und dem s. g. jus gentium wie Stadtrecht zum Gemeinen Rechte. Nachdem das quiritarische Eigenthum in seiner spezifischen Bedeutung untergegangen war, fiel für die Behandlung des Rechtsstoffs diese Unterscheidung von selbst weg. Die Justinianischen Gesetzgeber sind so weise gewesen, keine in das Reich der Wissenschaft gehörige Eintheilung der gemeinrechtlichen Erwerbungsarten vorzuschreiben, und so haben sich die Rechtslehrer in dieser Hinsicht ohne positiven Anhalt befunden. Daher kommt es, daß die Anordnungsversuche der Neueren in der Darstellung der Erwerbungsarten fast bei jedem Schriftsteller anders sind. Sieht man auf die Personen, welche bei der Erwerbung thätig sind, so zeigen sich drei verschiedenartige Erwerbungen, nämlich: 1. solche, bei welchen die Erwerbung zusammengesetzt ist aus Handlungen des bisherigen Eigenthümers und des Erwerbenden (§. 6); 2. solche, welche durch einseitige Handlungen des Erwerbenden vollzogen werden (§. 5); 3. solche, welche ohne alle menschliche Thätigkeit, durch zufällige Begebenheiten, kraft einer Rechtsregel vor sich gehen (§. 4). (Ererbung, Accession.) Das L.R. bezeichnet die zweite Klasse als unmittelbare Erwerbungsarten, und bringt diese in Gegensatz zu der ersten Klasse, welche es mittelbar nennt. Die dritte Klasse, welche als Ausnahme bezeichnet wird, fällt theils unter die unmittelbaren, theils unter die mittelbaren Erwerbungen, das L.R. giebt dafür kein Kennzeichen an. Der spezifische Unterschied zwischen den unmittelbaren und mittelbaren besteht aber darin, daß der Erwerber bei einer unmittelbaren Erwerbung keinen Auktor hat, oder, was dasselbe ist, daß er keinem Vorgänger in res singulas succedirt. Dieser Titel beschäftigt sich im Uebrigen mit solchen unmittelbaren Erwerbungen.

2) Vergl. Tit. 2, §§. 131 und 132 und Anm. 107 und 108 daselbst. — Einer der Hauptvertreter dieser Theorie war zu seiner Zeit Höpfner, Kommentar der Institutionen §. 392. Die Lehre wurde schon damals als durchaus unwahr angegriffen und ist nun längst verschollen. Durch das L.R. ist sie für das pr. Recht perennirend geworden.

2a) (5. A.) Auch zur Konstituirung von Grundgerechtigkeiten wird diese Erwerbungsart für tauglich gehalten. S. unten, Anm. 11c Abs. 2 zu §. 13, Tit. 22.

3) S. o. die Anm. 108 zu §. 132, Tit. 2. Vergl. o. die Anm. 80 zu §. 107, Tit. 2 und unten, §. 342, Tit. 11.

4) Die Begriffsbestimmungen der beiden §§. 5 und 6 beziehen sich eben nur auf diejenigen Erwerbungen, welche durch Besitzergreifung vollzogen werden. Das unterscheidende Merkmal der mittelbaren Erwerbung, welches in der Erledigung des Besitzers von Seiten des Vorbesitzers liegt, ist durchaus richtig und durchgreifend, nur muß dieses Merkmal näher dahin bestimmt werden, daß die Besitzerledigung ein juristischer Bestandtheil der Besitzübertragung sein und sich zur Besitzergreifung verhalten muß wie das Anerbieten zur Annahme; denn die Erledigung des Besitzes einerseits und die

## Erster Abschnitt.

### Von der ursprünglichen Besitznehmung.

Heimbach, Occupation; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VII, S. 553 ff.

§. 7. Die Besitznehmung solcher Sachen, auf welche noch Niemand ein Recht hat, wird die ursprüngliche (originaria) genannt.

§. 8. Wie weit das Recht, herrenlose Dinge in Besitz zu nehmen, ein Vorbehalt des Staats sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 16.)

§. 9. Wer eine herrenlose, dem Staate nicht vorbehaltene Sache wirklich in seine Gewalt bringt, der wird von dem Augenblick an, da solches geschieht, Eigenthümer der Sache.

---

Ergreifung andererseits machen die Realform der Uebergabe aus. Hieraus ergiebt sich, daß z. B. in der Auffassung ausgeworfener Sachen, wie z. B. der Münzen bei Gelegenheit von Krönungsfeierlichkeiten, keine mittelbare Erwerbung ist; denn das Auswerfen für Jedermann ist eine Dereliktion und das Aufnehmen eine Okkupation, welche beide juristisch nicht zusammen hängen. — Dagegen ist durch das fragliche Merkmal für diejenigen Erwerbungen nichts entschieden, welche überhaupt keine Besitznehmung erfordern (§. 4). Ob eine solche Erwerbung eine unmittelbare oder eine mittelbare sei, hängt davon ab, ob der Erwerber ein Nachfolger eines vorigen Besitzers ist, oder nicht. S. die Anm. 1 a. E. Wer z. B. durch Alluvion erwirbt, allmählich erwirbt, vollzieht gar keine Besitzhandlung und wird auch nicht Successor desjenigen, dem der weggeführte Boden früher gehörte; er erwirbt daher unmittelbar. Dagegen ist der Legatar, der gleichfalls Eigenthum (nur nicht Besitz) ohne Besitzergreifung erwirbt, ein wirklicher Successor des vorigen Eigenthümers, folglich ist sein Erwerb ein mittelbarer.

Die Besitzerledigung, welche ein wesentlicher Bestandtheil der mittelbaren Erwerbung ist, kann von Seiten des bisherigen Besitzers auch mit Vorbehalt oder unter einer Bedingung geschehen, welches die rechtliche Wirkung hat, daß bei einem Vorbehalte das Eigenthum zwar auf den neuen Erwerber sogleich übergeht, aber in dem eventuellen Falle als bei dem bisherigen Eigenthümer verblieben erachtet wird. Ein solcher Vorbehalt ist in der erzwungenen Deposition einer Sache oder Summe, zu deren Leistung Jemand verurtheilt ist, enthalten, wenn er dieselbe, unter Einlegung des noch übrigen Rechtsmittels, zur Abwendung der Exekution niederlegt; er wirkt, in sofern das Rechtsmittel Erfolg hat, wie eine Resolutivbedingung. Aus diesem inneren Zusammenhange erklärt sich das durchaus begründete Pr. des Obertr. 1225, v. 26. November 1842: „Wenn der Schuldner gegen das ihn kondemnirende Urtel die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben und die erkannte Summe zur Abwendung der Exekution ad depositum gezahlt hat, demnächst aber mit der Nichtigkeitsbeschwerde sukkumbirt, so geht das Eigenthum des depositi ohne besondere Uebergabe sofort auf den Gläubiger über, und wird nicht dadurch vereitelt, wenn bald nachher über das Vermögen des Schuldners Konkurs eröffnet ist, ehe die Auszahlung des depositi verfügt oder erfolgt war." Die Uebergabe war nämlich schon bei der Zahlung ad depositum in der That, zu Händen des Richters, geschehen; der Richter hatte nur die Gewahrsam für den Gläubiger, und wenn es entschieden ist, daß der Fall des Vorbehalts nicht eintrifft, so haben nur der Richter als Depositarius und der Gläubiger, für welchen durch Geschäftsbesorgung deponirt worden ist, mit einander zu thun, und die Zeit der Auseinandersetzung zwischen ihnen (Zahlungsverfügung und Auszahlung) ist für den vorigen Eigenthümer ein ganz gleichgültiger Umstand.

Wenn der bisherige Eigenthümer nicht in der Lage ist, den Besitz der veräußerten Sache aufzugeben, weil ein Dritter in deren Besitze ist, so kann der Erwerber weder Eigenthümer noch Besitzer werden, ohne daß der Dritte den Besitz aufgiebt. Gegen diesen hat der Erwerber gar kein Klagerecht, kein dingliches, weil er noch kein dingliches Recht hat, und kein persönliches, weil er eben zu dem Dritten in Beziehung auf die Sache in keinem Rechtsverhältnisse steht. Auch aus dem Rechte des Veräußerers zu klagen ist er durch seinen Rechtstitel als solchen nicht legitimirt. Es giebt zwar hierüber eine andere Meinung (Ulrich, Archiv, Bd. III, S. 360), allein die Praxis hat sich für die hier vertretene richtige Meinung entschieden, indem das Pr. des Obertr. 852, v. 3. April 1840 ausspricht: „Der Käufer eines Grundstücks ist als solcher nicht berechtigt, die vor Abschluß des Kaufgeschäfts seitens des Verkäufers durch mündlichen Vertrag davon veräußerten unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiziren." (Entsch. Bd. VI, S. 279.) Ueber die wahren Rechtsgründe dieses Satzes s. m. Beurtheilung der Entsch. S. 441. Der Erwerber kann sich aber von seinem Auktor die demselben etwa zustehende Vindikations- oder Publicianische Klage mit voller rechtlicher Wirkung cediren lassen. (5. A.) Der Käufer eines Grundstücks kann als solcher auch eine vor Abschluß des Kaufsgeschäfts seitens des Verkäufers mündlich konstituirte Grundgerechtigkeit, welche sichtbar oder ihm bekannt war (Anm. 16, Abs. 2 zu §. 135, Tit. 5), und einen, solchergestalt einem Dritten bestellten und thatsächlich eingeräumten Nießbrauch nicht anfechten. Erk. des Obertr. vom 11. November 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 357). Weil Niemand mehr Rechte erwerben kann, als ihm angetragen werden.

§. 10. Absicht und bloßes Bestreben aber, sich eine herrenlose Sache zuzueignen, ist zur Erwerbung des Eigenthums derselben noch nicht hinreichend.

§. 11. Wer selbst noch kein Recht auf oder zu einer Sache erlangt hat, ist einem Andern die Besitzergreifung zu untersagen nicht befugt.

§. 12. Wer einen Andern in seinen zur Besitzergreifung gemachten Anstalten durch unerlaubte Handlungen stört, der kann selbst [5]) die Sache nicht in Besitz nehmen.

§. 13. Ein Gleiches gilt gegen den, welcher den Andern, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, in seiner Freiheit zu handeln ohne Recht einschränkt.

## Zweiter Abschnitt.

### Von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen.

Heimbach, Derelictio; in Weiske's Rechtslexikon Bd. III, S. 329, und Okkupation, ebd. Bd. VII, S. 556; ferner Luden, Fund, ebd. Bd. IV, S. 431. — Ueber den Begriff des Fundes besonders Scheuk, über Begriff und Wesen des Funddiebstahls; im Archiv des Kriminalrechts, neue Folge, Bd. I, S. 234 f. Gans, vom Finden; in dessen Revision der Preußischen Gesetzgebung, S. 18 ff.

Von verlassenen Sachen.

§. 14. So weit Jemand Eigenthum zu erwerben fähig ist [6]), so weit kann er bewegliche Sachen, welche von einem Andern verlassen worden, in Besitz nehmen.

§. 15. Das Recht, unbewegliche, verlassene Sachen in Besitz zu nehmen, ist ein Vorbehalt des Staats. (Th. II, Tit. 16.)

§. 16. Nur alsdann ist eine Sache für verlassen zu achten, wenn der bisherige Eigenthümer den Besitz in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, sich der Sache zu entschlagen, aufgegeben hat [6a]). (Tit. 7, §§. 118—122.)

§. 17. Wer durch äußere Umstände genöthigt [7]) wird, Sachen wider seinen Willen aus seiner Gewahrsam zu lassen, der hat dadurch sich seines Eigenthums noch nicht begeben.

1. K.O. v. 28. Juli 1833, betr. die widerrechtliche Zueignung der bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Munition. (G.S. S. 86.)

Auf Ihren Bericht vom 19. Juli c. verordne ich hiermit:

1) Niemand ist befugt, die bei den Uebungen der Artillerie verschossene Eisenmunition, welche er an den Schießplätzen oder deren Umgebung findet, sich anzueignen. Liefert er dieselbe aber an das Artilleriedepot oder die Militärbehörde ab, so erhält er für die noch brauchbare Eisenmunition eine Vergütigung von zwei Pfennigen für jedes Pfund.

5) Er selbst erwirbt also das Eigenthum nicht, aber der Verhinderte hat es gleichfalls nicht erworben, denn es fehlt ihm eben an der Erwerbung. Dieser kann mithin unmöglich als primus occupans angesehen und für berechtigt gehalten werden, die Sache zu vindiziren. Eine andere Frage ist es, ob er ein Forderungsrecht gegen den Hindernden und welches? erworben habe. Ist die hindernde Handlung eine an sich unerlaubte, so hat der Verhinderte allerdings eine Deliktsklage auf Herausgabe der Sache, wenn der Beklagte sie hinter sich hat, oder auf Schadloshaltung wegen der nicht mehr bei ihm befindlichen Sache. Ist die Handlung an sich nicht unerlaubt, so ist die analoge Vindikationsklage auf Grund des §. 25, Tit. 10, verb. mit §. 13 d. T. anwendbar.

6) D. h. jeder Rechtsfähige; die Bestimmung hat nichts Besonderes.

6a) (4 A.) Es muß also, um eine Sache für derelinquirt ansehen zu können, dieselbe von Jemand vorher in Besitz genommen worden sein, und dieser sich des Besitzes entschlagen haben. Erk. des Obertr. v. 11. Januar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 181).

7) Wie z. B. Reisende, welche aus Furcht vor Strafe oder Weitläuftigkeiten wegen Legitimationsmangels ꝛc., mit Zurücklassung ihrer Sachen, entweichen. Das R. v. 28. Mai 1830 und das durch dasselbe mitgetheilte Gutachten des Revisors, welcher dergleichen Sachen für derelinquirte erklärt, welche okkupirt werden können, kann nur als ein Vorschlag zu einer Fiktion angesehen werden; denn mit der Wirklichkeit, d. h. mit der Absicht des Eigenthümers und mit dem jetzt geltenden Rechte harmoniren sie nicht. Vergl. auch das Gesetz v. 23. Januar 1838, §. 60. (G.S. S. 90.) (3. A.) Aber durch die Länge der Zeit kann der Zustand der Dereliktion eintreten, wie z. B. bei einem Schatze. Der Staat befindet sich hinsichtlich der verschossenen Eisenmunition in gleichem Falle. S. Zus. 1 zu §. 17.

2) Wer dergleichen gefundene Eisenmunition sich widerrechtlich zueignet, ist der Unterschlagung fremden Eigenthums schuldig [8]).

3) Die Absicht des Zueignens ist, in Ermangelung des Gegenbeweises, schon gegen denjenigen anzunehmen, welcher die gefundene Eisenmunition länger als acht Tage an sich behalten hat, ohne der Militärbehörde dieselbe abzuliefern, oder wenigstens von der Auffindung Anzeige zu machen.

4) Wer wissentlich dergleichen gefundene Eisenmunition ankauft, hat ebenfalls die Strafe des §. 2 zu gewärtigen.

5) (Fällt weg, in Folge des St.G.B.)

6) Mit eben diesen Strafen (§. 5) soll auch derjenige belegt werden, welcher sich erweislich länger als acht Tage im Besitze von Eisenmunition, wie sie zu Geschützen der Preußischen Artillerie gebraucht wird, befindet, ohne über den redlichen Erwerb sich ausweisen zu können.

Außerdem soll der bei ihm gefundene Vorrath dieser Munition konfiszirt werden.

§. 18. Ein krankes Thier, welches der bisherige Besitzer von sich gestoßen und hilflos sich selbst überlassen hat [9]), wird das Eigenthum desjenigen, welcher für dessen Pflege und Wiederherstellung sorgt.

Von verlorenen Sachen. Pflichten des Finders.

§. 19. Wer eine verlorene Sache findet [10]), ist dieselbe dem Eigenthümer zurückzugeben schuldig [11]).

---

8) Die hier folgende Strafbestimmung fällt weg, weil dieselbe im Str.G.B. Art. 349, Nr. 5 anderweit getroffen worden ist.

9) Außerhalb der Grenzen seines Eigenthums nämlich, welche Niemand überschreiten darf ohne den Willen des Besitzers. Tit. 7, §. 119. Die Bestimmung ist, nach einer aus den Materialien des L.R. entnommenen Notiz des Revisors (Mot. zu Tit. 9, §§. 10—13 des Entw., S. 82), der Vorschrift des R. R. nachgebildet, daß derjenige, welcher einen kranken, von seinem Herrn hülflos verlassenen Sklaven aufnahm und wieder herstellen ließ, dadurch Eigenthümer desselben wurde.

10) Was von gefundenen Sachen, das gilt auch von angeschwemmten, oder Dieben abgenommenen Sachen. S. u. Anm. 18. Desgleichen von Sachen unbekannter Eigenthümer, welche aus den zur vorläufigen Aufbewahrung bestimmten Anstalten, z. B. Pachhöfen, Posten ꝛc. nicht abgeholt werden. Als Finder gilt hier der Fiskus. Vergl. R. v. 10. Juli 1812, welches nur darin irrt, daß die aufgebotenen Sachen als herrenloses Gut dem Fiskus zugesprochen werden sollen.

Das Finden ist keine Erwerbungsart, und wird im R. R. als eine Art Geschäftsführung für den unbekannten Eigenthümer, wenn der Finder die Sache mit der Absicht an sich nimmt, um sie demselben wieder zuzustellen, oder, wenn er die Absicht hat, sie für sich zu behalten, als Diebstahl behandelt, was vollständig genügte. War im ersten Falle der Eigenthümer nicht ausfindig zu machen, so erwarb der Finder die Sache durch Ablauf der Verjährungsfrist. (So auch nach Oest. G.B. §§. 388—394.) Diese Grundsätze waren für das praktische Bedürfniß völlig ausreichend. Suarez sagt dagegen in der Schlußrevision: „Die Vorschriften des R. R. über die Okkupation gefundener Sachen (Okkupation gefundener Sachen gab es nicht) sind äußerst kurz und unvollständig. Dieser Abschnitt enthält also fast lauter Ergänzungen der bisherigen gemeinen Rechte, die theils ex principiis abstrahirt, theils aus Schriftstellern und den monitis und Vorschlägen der Collegiorum und anderen Momenten genommen sind. Ich bemerke nur:

1. daß das öffentliche Aufgebot gefundener Sachen schon im R. R. vorkomme. L. 43, §. 8 D de furtis;
2. daß die Vertheilung eines irgend beträchtlichen Fundes zwischen dem Finder und den Armen schon von verschiedenen Rechtslehrern als billig und üblich bemerkt worden. Carpzow, P. II, c. 3, def. 15, nr. 1 sqq.;
3. daß eben so die Rechtslehrer, z. E. Hertius, dem Finder, welcher die Sache dem Verlierer zurückgiebt, ein Prämium zusprechen. (Jahrb. Bd. XLI, S. 11.)"

Diese historischen Notizen sind nicht ganz richtig.

Das R. R. kennt das öffentliche Aufgebot in der in der deutschen Gerichtspraxis vorkommenden Bedeutung nicht, vielmehr wird in der L. 43, §. 8 nur erwähnt, daß die ehrlichen Finder den Fund bekannt zu machen pflegten, um dadurch zu zeigen, daß sie nicht den animus furandi hätten. Das deutsche gerichtliche Aufgebot hingegen hat eine andere Quelle und auch eine andere rechtliche Wirkung. S. u. Anm. 18.

Die Ueblichkeit der Vertheilung des Fundes zwischen dem Finder und den Armen wird von keinem Rechtsgelehrten bezeugt. Carpzow sagt a. a. O.: „Si vero non existimet (der Finder), res habitas pro derelicto, dabit eas pauperibus, si ipse est dives, Bartol. in L. falsus 43 §. qui alienum, n. 4 ff. de furt; Johann Faber et Angel. in §. ult. J. de rer. divis.; Matth. Wesembec in parat. ff. de furt. n. 10." Es ist also nur ein Rath, wie ein anständiger Finder

§. 20. Ist dieser unbekannt, so muß der Finder den Fund der nächsten Obrigkeit[12]) anzeigen.

§. 21. Sind an dem Orte, wo der Fund geschehen ist, mehrere[13]) Gerichtsobrigkeiten, so hängt es von dem Finder ab, die Anzeige, bei welcher derselben er will, zu machen.

§. 22. Der Finder muß bestimmt angeben, wie und wo er zum Besitze der gefundenen Sache gelangt sei.

§. 23. Die gefundene Sache muß zur gerichtlichen Verwahrung angeboten, und von dem Richter in redliche Obsicht genommen werden. Pflichten des Richters.

§. 24. Ist der Finder eine unverdächtige und sichere Person, so kann der Richter, nach Bewandtniß der Umstände und Beschaffenheit des Werthes, die Verwahrung der Sache ihm selbst übertragen[14]).

§. 25. Er muß aber in allen Fällen die Beschaffenheit der Sache und ihre Merkmale in den Akten verzeichnen, und dem Finder die Art der ihm überlassenen Aufbewahrung vorschreiben.

§. 26. So lange der Finder die Sache solchergestalt in seiner Gewahrsam hat, ist er als ein redlicher, aber unvollständiger[15]) Besitzer anzusehen.

§. 27. Ist die gefundene Sache dem Verderben oder sonst einer beträchtlichen Verminderung des Werthes unterworfen, so muß dieselbe in einem kurzen Termine zum öffentlichen Verkaufe ausgeboten werden.

§. 28. Ein Gleiches findet statt, wenn zur Aufbewahrung der Sache beträchtliche, bis zur Hälfte des Werthes ansteigende Kosten erforderlich wären.

§. 29. Hat der Finder, vor dem Verkaufe, Futter für das gefundene Vieh, oder andere nothwendige Ausgaben auf die Sache verwendet, so müssen ihm dieselben, nach Abzug der etwa gehabten Nutzungen, von dem Kaufgelde[16]) sofort ersetzt werden.

§. 30. Das Kaufgeld selbst wird, bis zum weitern Austrage der Sache, in gerichtliche Verwahrung genommen.

---

sich einer fremden Sache entledigen möge. Von einer Vertheilung einer solchen Sache zwischen dem Finder und den Armen kommt nichts vor.

Auch der Finderlohn ist als rechtlich begründet nirgend anerkannt. S. unten Anm. 34 zu §. 62 d. T.

11) Wenn er sie nämlich an sich nimmt. Es ist aber Niemand gehalten, eine gefundene Sache aufzunehmen und dadurch eine Verbindlichkeit einzugehen.

12) Darunter wird die Polizeibehörde verstanden, nachdem die Privatobrigkeiten aufgehoben worden sind.

13) Die Vorschrift bezieht sich jetzt nur noch auf die von den ehemaligen Gerichtsherren verwaltete Polizei. Darnach können nur noch mehrere Polizeiverwaltungen an einem Orte vorkommen. Der Finder mag auch die Sache an das ordentliche Gericht erster Instanz abliefern.

14) Der Finder ist jedoch nicht schuldig, sich damit zu befassen; er ist befugt zu deponiren. Durch die hier gegebenen Miniaturvorschriften über gefundene Sachen, wurzelnd in der offiziösen Geschäftsführung der bevormundenden Staatsbehörden, werden Kosten und Umstände verursacht, die mit dem Werthe der gefundenen Gegenstände in großem Mißverhältnisse stehen. Bisweilen ganz werthlose Sachen, z. B. alte zerrissene Geldbörsen, verrostete Schlüssel und dergl., werden eingeliefert, „in redliche Obhut genommen", d. h. im Depositorium verwahrt, und unter vielschreiberische Rechnungsführung und Kontrole gebracht, endlich wird die angesammelte Menge verkauft und wenn nachher die Kostenrechnung bezahlt werden soll, findet sich, daß viele Stücke nicht so viel eingebracht haben, um für ihren Theil die Insertionskosten zu decken. Die vormundschaftliche Verwaltung absorbirt hier buchstäblich ihren Gegenstand, aus lauter vormundschaftlicher Vorsorge.

15) Das eigene Recht, wodurch der Finder zum unvollständigen Besitzer der Sache wird, ist das Recht auf das Finderlohn oder, wenn der Eigenthümer nicht ermittelt wird, auf einen Antheil von der Sache, §. 44 ff.

16) Dies reicht dazu bisweilen nicht aus. Ein Paar gefundene (einer unbekannten verdächtigen Person abgenommene) Gänse waren so lange in Pflege der Polizei geblieben, daß sie — nach der Rechnung — ihren Werth ein Paar Mal aufgefressen hatten.

Aufgebot gefundener Sachen.

§. 31. Ist binnen acht Tagen, nach der geschehenen Anzeige, der Verlierer auf andere Art nicht[17]) auszuforschen, so muß derselbe öffentlich vorgeladen, und ein Termin zu seiner Anmeldung, bei Verlust seines Rechts[18]) bestimmt werden.

§. 32. Beträgt der Werth der gefundenen Sache nach der Taxe Zwei Hundert Thaler, oder mehr, so muß die Vorladung durch eine förmliche Ediktal-Citation geschehen.

§. 33. Bei Sachen von Zwei Tausend Thalern und darüber an Werth, ist der Termin zur Anmeldung auf sechs Monate; bei Sachen von minderem Werthe aber auf drei Monate zu bestimmen.

§. 34. Im erstern Falle muß die Bekanntmachung dreimal in den Zeitungen und sechsmal in den Intelligenznachrichten[19]) der Provinz; im zweiten Falle aber in ersteren zweimal und in letzteren viermal erfolgen.

§. 35. Bei Sachen, deren Werth unter Zwei Hundert Thaler beträgt, wird der Termin auf zwei Monate bestimmt, und die Bekanntmachung erfolgt durch zweimalige Einrückung in die Zeitungen, und dreimalige in die Intelligenznachrichten.

§. 36. Bei Sachen unter Fünfzig Thalern am Werth ist ein Termin von vier Wochen; und wenn der Werth nur Zehn Thaler oder weniger beträgt, sind vierzehn Tage[20]) hinreichend.

§. 37. Im ersten Falle geschieht die Bekanntmachung einmal in den Zeitungen, und zweimal in den Amtsblättern; im letzteren Falle ist es genug, wenn die Aufforderung nur einmal in die Amtsblätter allein eingerückt worden.

§. 38. Auch kann bei Sachen von Zehn Thalern oder weniger am Werth, dem Finder überlassen werden[21]), die Bekanntmachung selbst zu veranstalten, und den Verlierer anzuweisen, daß er sich bei dem Finder selbst melde.

§. 39. Doch muß der Finder, nach Ablauf des Termins, die gehörig geschehene Bekanntmachung dem Richter nachweisen.

§. 40. Sind Vermuthungen vorhanden, daß ein fremder Reisender, oder sonst ein Abwesender die Sache verloren haben könnte, so sind die gesetzmäßigen Fristen zur Anmeldung zu verdoppeln.

§. 41. Die Zahl der Bekanntmachungen darf zwar alsdann nicht verdoppelt werden; doch muß in Fällen, wo, nach Verhältniß des Werthes, die Einrückung in die

---

17) Auf andere Art wird die Ausforschung nicht versucht. Nach der nur für Schlesien geltenden Bestimmung v. 6. Septbr. 1841, welche auf Antrag des sechsten Schlesischen Provinziallandtages erlassen worden ist, werden die Sachen zunächst an die Polizeibehörde abgeliefert, und dort am schwarzen Brette ausgeboten, wenn sie nicht mehr als 10 Thlr. werth sind. (Min.-Bl. der i. V. 1841, S. 223.)

18) Das Aufgebot mit dieser Wirkung, d. h. eigentlich mit Verlust des Rechts des Verlierers durch Ablauf der mit dem Aufgebote verknüpften kurzen Verjährung, ist das Aufgebot deutschen Herkommens. Schon der Sachsenspiegel enthält die Rechtsgewohnheit als vollkommen ausgebildet. II, 37: „Was ein Mann findet, oder Dieben oder Feinden oder Räubern abjagt, das soll er usbieten vor seinen Gebuden und zu der Kirchen." Ferner II, 29: „Wem eines andern Mannes Habe znfließet in Wasser, der soll sie jenem wiedergeben, daß er sich dazu ziehe ... er soll es auch usbieten." — Dabei ist eine Frist bestimmt, nach deren Ablaufe der Finder Eigenthümer wird. Nach Sachsenrechte 6 Wochen 3 Tage. Carpzow l. c.

19) Darunter wird der öffentliche Anzeiger des Regierungs-Amtsblattes des Bezirks, in welchem das Gericht seinen Sitz hat, verstanden. Ges. v. 21. Dzbr. 1849, §§. 1—3 (G.S. S. 441).

20) Bei dem Aufgebote einer Sammlung von gefundenen Sachen wird nicht auf den Gesammtwerth, sondern auf den Werth der einzelnen Stücke gesehen.

21) Wenn der Finder sich damit befassen will; verpflichtet ist er dazu nicht. Unterzieht er sich der Bekanntmachung, so hat er nicht nöthig, in derselben einen Termin zu bestimmen, und auf die im Gesetze vorgeschriebene vierzehntägige Frist aufmerksam zu machen. Der Termin tritt von selbst mit Ablauf der Frist ein. (Vergl. das R. des J.M. v. 21. Januar 1839. J.M.Bl. S. 64.) Die Frist fängt mit dem Tage der Ausgabe des Anzeigers, welcher die Bekanntmachung enthält, an. Vergl. Tit. 5, §. 15 und die Anm. dazu; desgl. Pr.-Ordn. Tit. 50, §. 109 a. E.

Zeitungen erforderlich ist, dieselbe, außer der inländischen, eben so oft in einer auswärtigen Zeitung erfolgen.

§. 42. Dazu muß[22]) die Zeitung einer andern Königlichen Provinz, oder eine fremde gewählt werden, sowie es nach den über die Person des Verlierers vorhandenen Vermuthungen am wahrscheinlichsten ist, daß die Nachricht zu seiner Wissenschaft gelangen werde.

Zuschlag der gefundenen Sache, wenn der Verlierer sich nicht meldet, an den Finder, und an die Armenkasse.

§. 43. Hat sich der Verlierer weder vor, noch in dem bestimmten Termine gemeldet, so muß der Richter mit dem Zuschlage der Sache verfahren.

§. 44. Dieser Zuschlag geschieht an den Finder allein, wenn die Sache nur Hundert Thaler oder weniger am Werthe beträgt.

§. 45. Bei Sachen von höherem Werthe geschieht der Zuschlag an den Finder und an die Armenkasse[23]) des Orts.

§. 46. Der Finder erhält alsdann den Werth von Hundert Thalern zum Voraus, und von dem Ueberreste des Werthes die eine, die Armenkasse aber die andere Hälfte.

§. 47. Vor der Theilung müssen die auf die Sache und das Aufgebot verwendeten Kosten vom Ganzen abgezogen werden.

§. 48. Sind an einem Orte mehrere öffentliche Armenkassen, so entscheidet der Bezirk, wo die Sache gefunden worden; und wenn dieser nicht entscheiden kann[24]), die persönliche Eigenschaft[25]) des Finders.

Wirkung des Zuschlages.

§. 49. Durch den Zuschlag erlangen der Finder und die Armenkasse das Eigenthum der Sache[26]).

§. 50. Hat jedoch der Verlierer seinen Verlust, mit einer deutlichen Beschreibung der Sache, noch vor erfolgtem Zuschlage öffentlich bekannt gemacht, so darf kein Richter derjenigen Provinz[26a]), in deren Zeitung diese Bekanntmachung geschehen ist, mit dem Zuschlage einer solchen verlornen Sache verfahren[27]).

---

22) Muß, überall muß. Die hier vorgeschriebenen Arten von Bekanntmachung sind mithin alle wesentlich nothwendig, keine ist fakultativ. Die Verordnung v. 3. Mai 1804 erklärt zwar die Einrückung der Edittalcitationen in die inländischen Zeitungen nicht mehr für nothwendig (Anh. z. Pr.-O. §. 59). Allein die Anwendung dieser Vorschrift auf das Aufgebot gefundener Sachen ist nicht zu behaupten, weil dafür hier ein besonderes Verfahren, das seine Eigenthümlichkeiten hat, vorgeschrieben ist, welches seinen Zusammenhang verlieren würde, wenn man die Bekanntmachung durch die inländischen Zeitungen wegfallen ließe. Als eine Besonderheit bei dem Aufgebote gefundener Sachen ist es anzusehen, daß der Aushang eines Patents an gewöhnlicher Gerichtsstelle nicht vorgeschrieben ist. Er pflegt zwar zu geschehen, doch ist der Mangel desselben keine Nichtigkeit.

23) S. o. Anm. 10 zu §. 19 d. T.

24) Weshalb soll er nicht entscheiden können? Das ist z. B. möglich 1. wenn der Fundort nicht angegeben und nicht auszumitteln ist; 2. wenn in dem Bezirke keine besondere Armenkasse ist; 3. wenn die Sache einem flüchtigen Diebe auf öffentlicher Landstraße abgejagt ist.

25) Welche? Vielleicht ist die Eigenschaft gemeint, durch welche der Gerichtsstand bestimmt wird. Aber auch das giebt, wenn der Finder ein Eximirter ist, keinen leidlichen Sinn. Vermuthlich deutet die Vorschrift auf den Gewerbsstand, oder auf die Religionsgesellschaft, wozu der Finder gehört. Man kann es nicht wissen. Das Beste bei der Vorschrift ist, daß schwerlich ein Fall der Anwendung vorkommt.

26) Der Zuschlag in dieser Bedeutung — eine wahre Adjudikation im römischen Sinne, in der Beziehung, daß eine fremde Sache durch den Richter ursprünglich zum Eigenthume gegeben werden kann (denn die übrigen Voraussetzungen der römischen Adjudikation fehlen) — ist eine ganz neue Erfindung, deren Rechtsprinzip zweifelhaft, jedenfalls nicht im Bewußtsein gewesen ist. S. unten Anm. 28 zu §. 55 d. T.

(4. A.) Ganz richtig sagt das Obertr., S. f. Str. S., in seinem Erk. vom 17. März 1859: „Eine verlorene und demnächst von einem Andern gefundene Sache ist, wenn im vorgeschriebenen Aufgebotsverfahren der Eigenthümer derselben nicht ermittelt wird, darum nicht von Anfang an als eine verlassene zu betrachten; sie nimmt vielmehr diesen Charakter erst durch die im Zuschlagserkenntnisse auszusprechende Präklusion an und wird erst von diesem Augenblicke an für den redlichen Finder zum Gegenstande einer Eigenthumserwerbung durch Besitznehmung. (J.M.Bl. S. 139.) Vergl. unten die Anm. 28.

26a) Darunter wird der Bezirk des Appellationsgerichts verstanden. §. 622 d. T.

§. 51. Vielmehr muß er von Amtswegen, so viel an ihm ist, dafür sorgen, daß die Sache dem Verlierer wieder zugestellt werde.

§. 52. Hat der Richter den Zuschlag dennoch vorgenommen, so geht das Eigenthum der Sache auf den Finder und die Armenkasse dadurch nicht über.

§. 53. Können jedoch diese nicht überführt werden, von der Anzeige des Verlierers Kenntniß erhalten zu haben, so erlangen sie durch den richterlichen Zuschlag die Rechte eines vollständigen redlichen Besitzers.

§. 54. Der Richter aber soll, wenn er die Vorschrift §§. 50, 51 vorsätzlich, oder aus grobem Versehen übertreten oder vernachlässigt hat, ernstlich darüber bestraft werden.

§. 55. Außer dem §. 52 bestimmten Falle ist gegen den richterlichen Zuschlag keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig[28]).

§. 56. Beträgt jedoch die verlorne Sache Einhundert Thaler oder mehr an Werth, und der Verlierer kann nachweisen, daß er ohne alles sein Verschulden von dem ergangenen Aufgebote Wissenschaft zu erhalten, und die §. 50 angegebene Vorsicht zu brauchen verhindert worden, so kann er sich an den Finder und die Armenkasse in soweit halten, als dieselben in dem Besitze eines Vortheils aus dem Zuschlage sich alsdann noch wirklich befinden[29]).

Was Rechtens, wenn der Verlierer sich meldet.

§. 57. Meldet sich vor dem Zuschlage Jemand, welcher die Sache, als von ihm verloren, in Anspruch nimmt, so muß er nachweisen, daß er dieselbe vorher besessen habe.

§. 58. Ist die Sache so beschaffen, daß sie, ihrer Natur nach, von Andern gleicher Art nicht unterschieden werden kann, so muß der Ansprechende besonders nachweisen, daß die aufgebotene Sache ebendieselbe sei, welche er verloren hat[30]).

---

27) Die Vorschrift zeigt von geringem praktischen Takte. Den Richtern ist wegen dieser Auflage Glück zu wünschen. Der Referent ist darnach verpflichtet, alle Journale, Kreis-, Lokalblätter und Zeitungen, welche in seiner Provinz herauskommen, durch die ganze Zeit seit dem ältesten Funde bis zum Tage des Vortrages durchzulesen, wenn er gewissenhaft seine Pflicht erfüllen will. Das geht ins Lächerliche. Wie soll ein Referent in Berlin damit zu Stande kommen, zumal wenn seine Sammlung von Fundsachen etwas stark angewachsen ist, und woher soll er nur alle diese Zeitschriften erhalten? Das ist selbst den höheren Autoritäten bedenklich vorgekommen. Der J.M. hat deshalb Rath gegeben, wie man sich behelfen möge. In einem R. v. 1. August 1825 giebt er dem Kammergerichte die Anweisung, von dem Finder und von der Orts-Armenkasse die Herbeischaffung eines Zeugnisses der Intelligenzblätter-Expedition zu fordern, daß keine öffentliche Bekanntmachung des Verlustes erfolgt sei. Allein wenn dieser Aufforderung nicht genügt wird, welchen Verlauf soll die Sache nehmen, d. h. wie soll das Gericht sich der Sache endgültig entledigen? Außerdem ist dieses Auskunftsmittel mit der Aufhebung des Intelligenz-Insertionszwanges verloren gegangen. Ein späteres R. v. 21. Januar 1839 äußert die Meinung, daß in vielen Fällen die Einsicht weniger Blätter (es ist ungewiß, ob wenige Zeitschriften oder wenige Stücke oder Nummern von jeder Zeitschrift gemeint sind) ausreichen werde, um der gesetzlichen Vorschrift zu genügen, da über die muthmaßliche Zeit des Verlustes nicht zurückgegangen zu werden brauche. Ein Zeitraum von 3 Monaten erscheine hierbei als die äußerste Grenze; man möchte alle 3 Monate mit dem Aufgebote vorschreiten. (J.M.Bl. 1839, S. 64.) Aber auch dieser Vorschlag berücksichtigt die Wirklichkeit nicht. Die Sammlung muß bisweilen Jahr und Tag alt werden, wenn man nicht ein altes Feuerstahl in Gesellschaft mit einem Pfeifenkopfe oder einem alten Sacktuche allein ausbieten will. Die Wahrheit ist, daß man gar nichts durchsieht, weil der Referent erstens nicht alle Zeitungen und Anzeigeblätter hat, und zweitens die zu deren Durchsicht erforderliche Zeit von Monaten, um der bloßen Bagatelle willen, nicht zugemessen erhält.

28) Das Rechtsprinzip des R. R. ist, bei eintretender Unausfindbarkeit des gewesenen Eigenthümers einer gefundenen Sache, Usukapion pro derelicto. Das deutsche Rechtsprinzip ist fingirte Dereliktion nach vergeblichem Aufgebote. An dieses schließt sich das L.R. an. Der Zuschlag oder Ausspruch des Richters ist wesentlich nichts anderes, als Feststellung des Falles, wo die Okkupation statt hat. Dieses wäre die eigentliche Bedeutung des richterlichen Urtheils. Der folgende §. 56 macht eine Ausnahme von der als Regel angenommenen Fiktion der Dereliktion, indem unter den angegebenen beiden Bedingungen die Wirklichkeit Geltung haben soll.

29) S. die vor. Anm. Die actio in factum wegen Bereicherung dauert 30 Jahre. Vergl. §§. 494 ff. d. T.

30) Sein Gegner, welchem gegenüber er sich zur Sache zu ziehen, nämlich den Beweis des

§. 59. Der Finder muß auch dem vorigen bloßen Inhaber[30a]) die Sache verabfolgen.

§. 60. Entstehen erhebliche Zweifel: ob der Verlierer ein redlicher Besitzer oder Inhaber der Sache gewesen sei, so muß diese, bis zu näherer Ausmittelung, in gerichtlicher Gewahrsam bleiben.

Was der Verlierer dem Finder zu leisten habe.

§. 61. Der Verlierer muß in allen Fällen[31]) die auf die gefundene Sache und deren Aufgebot verwendeten Kosten, jedoch nach Abzug der davon etwa gefallenen Nutzungen[32]), ersetzen.

§. 62. Außerdem muß er[32a]) dem Finder den zehnten Theil des Werths[33]) der Sache, welcher nach Abzug der Kosten übrig bleibt, auf sein Verlangen, als eine Belohnung[34]) entrichten[34a]).

§. 63. Uebersteigt der Werth die Summe von 500 Thalern, so muß der Finder außer dem zehnten Theil dieser Summe mit Einem Procent von dem Ueberschusse des Werths sich begnügen.

§. 64. Wird der ganze Werth durch die Kosten erschöpft, so kann der Finder keine Belohnung fordern.

§. 65. Wegen Ausmittelung des Werths, zum Behufe der festzusetzenden Belohnung, soll es bei der Würdigung eines von dem Richter zu ernennenden Sachverständigen lediglich sein Bewenden haben.

§. 66. Wenn zahmes Vieh ausreißt, oder sich verläuft, so kann der Finder,

---

Verlierens (oder, wie es der §. 57 verlangt, nur, daß er sie vorher besessen habe, was viel weniger ist, und nicht genügen sollte, da er sie mit seinem Willen aus seiner Gewalt gelassen haben kann, wo er sie nicht würde fordern können) zu führen hat, ist der Finder. Zwischen diesen Beiden muß darüber förmlich verfahren und erkannt werden. Will aber der Finder sich mit ihm nicht einlassen, d. h. keinen Anspruch an die Sache machen; so ist der Richter der Gegner des Prätendenten. Zwischen diesen Beiden muß die Sache, im Interesse unbekannter Dritter, durch Aufgebot und Präklusion entschieden werden; denn von einem Zuschlage an den Eigenthumsprätendenten kann die Rede nicht sein. Ist der Prätendent nicht der Eigenthümer, so bleiben die Rechte des Letzteren, ungeachtet der Ausfolgung der Sache an Jenen, unverändert.

30a) (3. A.) Inhaber ist auch der Dieb; ihm müßte also die gestohlene Sache, wenn er sie verliert, von dem Finder zurückgegeben werden. Aber daß es so nicht gemeint ist, zeigt der §. 60, verb. mit §. 35, Tit. 3.

31) Doch wohl in dem Falle nicht, wo er die Sache aufgiebt.

32) Der Inhaber muß ihm mithin darüber Rechnung legen.

32a) (3. A.) Dieser „er" ist nicht immer der wirkliche „Verlierer", sondern derjenige, dem die Sache zurückgestellt werden muß (§. 60). Denn auch der Finder einer gestohlenen Sache ist, den gesetzlichen Finderlohn zu fordern, berechtigt, nämlich von dem Bestohlenen, dem die Sache zurückgegeben wird. Pr. des Obertr. 2341, v. 9. Januar 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 130).

33) Des gemeinen Werths nämlich, nach einer Taxe. §. 65. Vergl. Tit. 2, §§. 117, 118. Bei Gegenständen, welche keinen gemeinen Werth haben, wie Beweisurkunden, Instrumente über Verträge und Hypotheken u. dergl., ist dieser Maßstab untauglich. Der Richter kann für solchen Fund eine Belohnung nicht zusprechen, und auch dem Finder das Papier nicht zuschlagen, weil es für ihn unbrauchbar ist. Dergleichen Gegenstände eignen sich nicht zur Behandlung nach den Vorschriften über gefundene Sachen.

34) S. o. die Anm. 10 zu §. 19 und Anm. 32a zu §. 62 d. T. Das Verlangen eines Finderlohns (ευρετρα — inventionis praemium, — auch μηνυτρα indicis praemium) ist nach Röm. Ansichten unhonett, und findet keine Anerkennung vor dem Rechte. L. 43, §. 9 D. de furtis (XLVII, 2). Auch nach G. R. wird dem Finder keine Prämie zugesprochen. Hertius, de paroem. jur. Germ. L. I, par. 17 (wo einer sein Gut findet, da spricht er es an), in Opusc. Tom. I, P. III, p. 424, ist der Meinung, daß der Finder retiniren könne, bis ihm eine Prämie gegeben werde. Wahrscheinlich ist es die Stelle, welche Suarez bei seiner Berufung auf Hert (Anm. 10) im Sinne hat. Diese Meinung ist jedoch vereinzelt.

34a) (5. A.) Derjenige, welcher bemerkt, daß ein Anderer etwas verliert und, anstatt denselben auf den Verlust aufmerksam zu machen, den Gegenstand an sich nimmt und dadurch dem Verlierer die Gewahrsam entzieht, begeht eine unerlaubte Handlung, aus welcher wohl Verbindlichkeiten, nicht aber Rechte entstehen können (Tit. 3, §. 35); er hat daher auf die im §. 62 gedachte Belohnung keinen Anspruch. Erk. des Obertr. v. 7. Septbr. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 143).

außer der ihm wegen der Futterungskosten und sonstiger Auslagen etwa zukommenden Entschädigung, nur so viel zur Belohnung fordern, als das Pfandgeld, wenn dergleichen Vieh wäre verpfändet worden, betragen hätte [35]).

Von mehreren Findern.

§. 67. Wenn mehrere bei einem Funde gegenwärtig gewesen sind, so muß, im Falle eines darüber entstehenden Streites, die Person des eigentlichen Finders, nach den §§. 9—13 bestimmten Grundsätzen ausgemittet werden.

§. 68. Bleibt, nach diesen Grundsätzen, die Person des eigentlichen Finders noch zweifelhaft; so kommen die Rechte des Finders allen denjenigen zu, welche, die Sache in Besitz zu nehmen, sich zu gleicher Zeit bestrebt haben.

§. 69. Haben Mehrere den Besitz der gefundenen Sache zugleich ergriffen, oder müssen Mehrere, weil die Person des eigentlichen Finders nicht hinlänglich ausgemittelt werden kann, dafür angenommen werden, so gebührt dennoch diesen mehreren Findern zusammen nur eben der Antheil und eben die Belohnung, welche die Gesetze dem einzelnen Finder beilegen.

Verlust des Fundrechts.

§. 70. Wer die Anzeige eines von ihm geschehenen Fundes über drei Tage verzögert, macht sich der Belohnung [36]) verlustig.

§. 71. Wer den Fund über vier Wochen verschweigt, hat noch außerdem die Vermuthung, daß er unredlicher Besitzer sei, gegen sich [37]).

---

35) Wird dergleichen Vieh von wilden Thieren verjagt oder weggeschleppt, und von Jemand eingebracht, so hat dieser die ordentliche Belohnung zu fordern. Er kann aber auch — und diese Forderung ist noch besser begründet — als negotiorum gestor schlechthin Vergütigung für Mühe und Fütterung fordern, wenn der Eigenthümer die geretteten und eingebrachten Gegenstände annimmt. Tit. 13, §. 241. Das Gleiche gilt von weggeschwemmten Sachen, welche aufgefangen und geborgen worden sind. Entschlägt der Eigenthümer sich der Sache, oder meldet sich auf die gerichtliche Bekanntmachung Niemand, so hat der Aufnehmer die Rechte eines Finders.

Bei geborgenen Sachen, welche durch Ueberschwemmungen ab- oder fortgerissen worden sind, namentlich bei fortgetriebenem Holze, Brettern u. dergl., entsteht eine faktische Schwierigkeit in der Ausmittelung des Eigenthums, wenn sich Mehrere dazu melden. In solchem Falle müssen die geborgenen Sachen, nach den Grundsätzen einer zufälligen Gemeinschaft, unter diejenigen, welchen erweislich Sachen dieser Art fort- und nach dem Orte der Bergung hingeführt worden sind, nach Verhältniß der verlorenen Menge zu der gefundenen vertheilt werden.

36) Was unter dieser verloren gehenden Belohnung zu verstehen sei, ist zweifelhaft. Der J.M. hat, nach einem R. v. 4. Juni 1819 (Maunkopf, Landr. I, Nachtr., S. 9), es nicht zweifelhaft gefunden, daß der Finder nichts von dem gefundenen Objekte verlangen könne, und daß unter der Belohnung hier allgemein das zu verstehen sei, was der Finder aus irgend einem Grunde als solcher in Anspruch nehme, der Verlierer möge sich einfinden, oder nicht. Eine andere Meinung dagegen versteht unter der Belohnung hier nur das von dem Verlierer zu entrichtende Fundgeld. Diese Meinung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die richtige. Denn der Rechtsgrund, warum der Finder kein Recht erwerben soll, ist, weil er sich durch die Verheimlichung verdächtig macht, die Sache unterschlagen zu wollen. Furti tenetur, sagt die L. 43, §§. 8—11 D. de furtis. Das gilt selbstverständlich aber nur für den Fall, daß der Besitzer die Sache nicht freiwillig aufgegeben, folglich die Sache noch ihren Herrn hat, denn man kann nicht stehlen, was keinem gehört, wenn man auch einen Diebstahl beabsichtigt. Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiam si ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat; in proposito autem nulli fit, L. 43, §. 5 l. c. Wird es also, durch das Aufgebot, ausgemacht, daß die Sache keinen Herrn hat, so konnte sie der Finder okkupiren, und es existirt keine Person, die ihm das streitig machen könnte. Der J.M. meint in jenem Schr., es verstehe sich, daß dem Finder, dem man die Sache in diesem Falle vorenthalten wolle, das rechtliche Gehör nicht versagt werden könne. Aber der Finder hat ja gar keinen Gegner, wer soll ihm denn die Sache streitig machen? Die Armenkasse an dessen Stelle setzen, wäre, wenigstens in allen den Fällen, wo der Finder die Sache ganz behält (§. 44), willkürlich. Allein die Verf. des L.R. haben das Finden eigenthümlich aufgefaßt und unter polizeiliche Aufsicht gestellt, dergestalt, daß selbst bei an sich rechtmäßiger Okkupation einer alten, längst herrenlosen Sache (eines Schatzes) eine Bestrafung auf die unterlassene Anzeige gesetzt worden ist. §§. 102 u. 103. Im Sinne der Verf. hat es daher wahrscheinlich gelegen, daß der Finder, in dem Fragefalle, gar nichts behalten soll, wie auch das Marginale: „Verlust des Fundrechts" andeutet.

37) Diese Bestimmung, und auch die der folgenden §§. 72, 73 setzen voraus, daß die Sache einen Eigenthümer oder Besitzer habe; ist solche derelinquirt, so paßt die Vorschrift nicht. Meldet

§. 72. Wer auf außergerichtliches, von dem Verlierer oder in seinem Namen, an ihm ergangenes Befragen, den Fund ganz oder zum Theil ableugnet[38]), ist[39]) ein unredlicher Besitzer.

§. 73. Wer auf Befragen des Richters[40]) sich eines solchen Leugnens schuldig macht, ist als ein Dieb zu betrachten[41]).

## Dritter Abschnitt.

### Von gefundenen Schätzen.

F. Ortloff, Commentatio juris romani de thesauris. Erlang. 1828. Luden, Fund und Schatz; in Weiske's Rechtslex., Bd. IV, S. 431. — Preußisches Recht: Gans, Bemerkungen zur Lehre vom Schatz; in den Jahrbüchern Bd. XXXI, S. 3. Mein Preußisches Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §. 244. Bornemann, System, Bd. II, §. 110.

§. 74. Unter Schätzen werden hier alle Sachen[1]) von einigem Werthe[2]) verstanden, die über[3]) oder unter der Erde verborgen[4]) liegen, in sofern der Eigenthümer derselben unbekannt[5]) ist.

§. 75. Wer einen Schatz findet, muß davon der Obrigkeit[5a]) sofort Anzeige machen.

§. 76. Wegen Aufbewahrung des gefundenen Schatzes, Ausforschung des Eigenthümers, und öffentlicher Vorladung desselben, muß ebenso, wie bei gefundenen Sachen verfahren werden. (§§. 23—42)[6]).

---

sich der Verlierer, so steht diesem die durch diesen §. gegründete Vermuthung zur Seite, daß der Finder das fremde Eigenthum wohl gekannt und beabsichtigt habe, sich dasselbe anzueignen.

38) Wenn er keine Antwort giebt, so hat dies keine rechtliche Folge; es sei denn, daß das Schweigen nach den Umständen für Verheimlichung angesehen werden kann, wodurch die Vermuthung der unredlichen Erwerbung begründet werden würde. Unten §. 41, Tit. 15.

39) Die Unredlichkeit soll, nach dem Wortlaute, fingirt werden.

40) Dafür giebt es keine prozessualische Form; es muß jede formlose Veranlassung der Erklärung für genügend angesehen werden. Außerdem kann die Vorschrift nicht Anwendung finden. Das Ableugnen gegen die Polizei hat keine rechtlichen Folgen.

41) Das kann nur soviel heißen als: es wird für bewiesen angenommen, daß der Finder den Eigenthümer gekannt und die Sache in der Absicht an sich genommen habe, um sich dadurch zu bereichern. Das ist ein Diebstahl. (3. A.) Die Strafbestimmung, in sofern eine solche im §. 73 enthalten, ist durch den §. 226 des Str.G.B. verdrängt. Zu vergl. unten, Anm. 65, Satz 3, Nr. 1, 4, zu §. 215 des Str.G.B. (Th. II, Tit. 20).

1) Bereits im Eigenthume gewesene. S. u. Anm. 4.

2) Um nicht jede Kleinigkeit als Schatz zu behandeln, wollte Suarez das Geringste auf 10 Thlr. festgestellt wissen; man zog jedoch den unbestimmten Ausdruck vor, wodurch die Sache dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist.

3) Doch in Verbindung mit der Erde; denn versteckt lose auf der Oberfläche liegende Sachen werden als gefundene behandelt, nach den Vorschriften des vorigen Abschnitts.

4) Entweder von Menschenhand verborgen, oder durch Einwirkung zufälliger Begebenheiten (Feuersbrunst, Einsturz, Erdbeben, Ueberschwemmungen). Jedenfalls müssen die Sachen, um als Schatz in dem hier gemeinten Sinne zu gelten, bereits selbstständig in eines Menschen Eigenthume gewesen sein. Denn Naturschätze, z. B. Gold-, Bernsteinlager, gehören nicht hierher. §. 106 d. T.

5) Nicht allein unbekannt muß er sein, sondern auch unerforschlich, weil die Sache als herrenlos muß angesehen werden können. §§. 79, 81, 104 d. T. Auf den Zeitraum, durch welchen die Sache verborgen gelegen, kommt es nicht wesentlich an; das Institut der Verjährung ist auf Schätze unanwendbar. Eine Sache kann vergleichungsweise nur kurze Zeit verborgen gelegen haben und doch ein Schatz in dem hier gemeinten Sinne sein.

5a) Das kompetente Gericht zur Beurtheilung der Schatznatur ist das Gericht des Fundortes. Vergl. R. v. 16. Oktbr. 1812 (Jahrb. Bd. I, S. 260).

6) Die in Bezug genommenen Bestimmungen betreffen nur das Aufgebot und schließen mit dem Termine. Auf die weiteren Vorschriften §§. 43 ff., wonach ein Zuschlagserkenntniß ergehen soll, wird nicht verwiesen. Daraus schließt man, daß bei dem Aufgebote eines Schatzes ein Präklusions-

§. 77. Meldet sich vor dem Aufgebote Jemand als Eigenthümer zu dem gefundenen Schatze, oder als dessen Erbe, kann aber sein Recht nicht binnen sechs Wochen vollständig nachweisen; so muß dennoch mit der öffentlichen Vorladung verfahren werden.

§. 78. Inzwischen bleibt dem Ansprechenden die weitere Ausführung seines Rechts [7]), auch während des Aufgebotes, vorbehalten.

§. 79. Es bedarf keines Aufgebotes, wenn aus der Beschaffenheit des entdeckten Schatzes selbst sich ergiebt, daß derselbe schon seit Einem oder mehreren Jahrhunderten verborgen gewesen sei.

§. 80. Doch muß der Richter die Umstände, woraus dieses erhellen soll, jedesmal genau prüfen [8]), und wenn es ein Unterrichter ist, von dem Landes-Justizkollegio der Provinz Vorbescheidung: ob mit dem Aufgebot verfahren werden soll, oder nicht, einholen [9]).

Rechte des Finders und des Eigenthümers, auf dessen Grunde ein Schatz gefunden worden.

§. 81. Ist der Eigenthümer des Schatzes nicht auszumitteln, so gehört der Schatz, in sofern derselbe aus Sachen besteht, die vom gemeinen Verkehr nicht ausgenommen sind, demjenigen, welcher ihn auf seinem eigenen Grunde gefunden hat.

§. 82. Hat Jemand einen Schatz auf fremdem Grunde, jedoch ohne besonderes Nachsuchen, gefunden [10]), so gebührt die eine Hälfte dem Finder, und die andere dem Eigenthümer des Grundes [11]).

---

urtel nicht erforderlich sei, vielmehr das Verfahren mit dem Ablaufe des Präklusivtermins endige. Das harmonirt zwar nicht mit den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen des preuß. Aufgebotsprozesses, in welchem nicht der Ablauf der Präklusivfrist ipso jure wirken, sondern — abweichend von den Grundsätzen des G. R. — erst ein förmlicher Richterspruch die Rechte der unbekannten Berechtigten ausschließen soll. Doch muß man, weil prozessualische Formen nur durch positive Vorschriften entstehen, diese Abnormität bei Schätzen anerkennen, wenngleich in dieser Hinsicht zwischen einem Schatze und einer gefundenen Sache rechtlich kein Unterschied ist; denn das Aufgebot und das s. g. Zuschlagserkenntniß haben keinen anderen Zweck und auch keine andere juristische Bedeutung als die Feststellung der Herrenlosigkeit der Sache. S. o. Anm. 28 zu §. 55. Man darf bei willkürlicher Kasuistik keine konsequente Anwendung eines Rechtsprinzipes erwarten.

7) Gegen den Eigenthümer des Grundstücks und den Finder, wenn diese Anspruch auf den Schatz machen. Machen sie keinen Anspruch, so hat der Prätendent keinen Gegner, folglich fällt das Rechtsverfahren, außer dem Aufgebote, weg.

8) Dazu ist die Vorlegung der Sachen nothwendig; der Augenschein kann durch unzuverlässige Beschreibung nicht ersetzt werden. Die Ablieferung unterbleibt oft, weil man sich noch immer nicht daran gewöhnt hat, die Polizei für den allgemeinen Familienvater zu halten, dem man sein Eigenthum und seine Handlungen unterordnen müsse; und die Leute wundern sich, wenn nachträglich, wo nichts mehr von dem Schatze vorhanden ist, die Gerichte sich noch einmischen. In einem Dorfe bei Neisse hatte 1850 der Todtengräber auf dem Kirchhofe, bei dem Machen eines Grabes, etwa 60 Goldmünzen gefunden, und mit dem Pfarrer, als Vertreter der Kirche, ohne Weiteres getheilt. Einige Zeit nachher zeigte der Pfarrer, auf Veranlassung seiner Oberen, den Fund dem Gerichte an; und als nun das Gericht, weil die Münzen bereits verkauft und eingeschmolzen worden waren, Vernehmungen über die Beschaffenheit des Fundes veranlaßte und zur Bestreitung der Auslagen für das Aufgebot von dem Pfarrer — der Todtengräber hatte nichts — einen Vorschuß einzog, da entstand große Verwunderung.

9) Diese Vorschrift paßt nicht zur Selbstständigkeit der Gerichte; sie hängt zusammen mit der alten Verfassung, wonach die eigentliche Richtergewalt nur bei den Landesgerichten, welche vermöge der büreaukratischen Regierungsgewalt die Sonder- und Eigenthumsgerichte in fortwährender Beaufsichtigung und Abhängigkeit hielten, gedacht wurde.

10) Das Finden, wenn es ein erlaubtes ist, nicht die körperliche Besitzergreifung, giebt das Finderrecht, und das Finderrecht ist es, welches den Anspruch auf ein Miteigenthum begründet, wenn das Finden die wirkliche Okkupation durch den Finder oder durch den Grundbesitzer zur Folge hat. Entdeckt z. B. ein Dienstbote zufällig einen Schatz in dem Besitzthume seines Herrn, und der Herr, davon in Kenntniß gesetzt, hebt den Schatz ohne Zuziehung des Dienstboten, so kann er den Antheil des Finders dem Dienstboten mit Recht nicht vorenthalten. Kind theilt in Quaest. forens. III, c. 50, S. 332, ed. 1 einen solchen Fall mit, welcher von dem Dresdner App.-G. 1798 nach den Grundsätzen des G. R. entgegengesetzt entschieden worden ist. Ich halte die Entscheidung für unrichtig. Denn der Fund ist etwas so Wesentliches, daß ohne ihn der Grundeigenthümer auch nichts erwerben konnte; und der Herr handelt dolose (vi vel clam), wenn er die Entdeckung benutzt, um für sich

§. 83. Ein Gleiches findet ſtatt, wenn Geſinde oder Arbeitsleute, bei ihren gewöhnlichen Verrichtungen, einen Schatz entdecken.

§. 84. Ferner alsdann, wenn Jemand, mit Bewilligung des Eigenthümers, auf fremdem Grunde nach einem Schatze geſucht, und dergleichen wirklich entdeckt [12]) hat; in ſofern nicht durch beſondere Verabredungen unter den Parteien, wegen der Belohnung des Finders, ein Anderes beſtimmt iſt.

§. 85. Wer aber ohne Bewilligung des Eigenthümers auf fremdem Grunde Schätze ſucht und findet, kann keine Belohnung fordern, ſondern die ihm ſonſt gebührende Hälfte fällt dem Fiskus anheim.

§. 86. Wer zu Nachſuchung von Schätzen vermeintlicher Zaubermittel, durch Geiſterbannen, Citiren der Verſtorbenen, oder anderer dergleichen Gaukeleien, es ſei aus Betrug oder Aberglauben, ſich bedient, der verliert, außer der ſonſt ſchon verwirkten Strafe, ſein Anrecht auf einen etwa zufälliger Weiſe wirklich gefundenen Schatz [13]). (Str.G.B. §. 241.)

§. 87. Wer bei Nachſuchung eines Schatzes Polizeigeſetzen, welche zur Verhütung von Feuersbrünſten, oder andern gemeinen Beſchädigungen gegeben ſind, entgegen handelt, der wird dadurch ſeines Anrechts auf den Schatz ebenfalls verluſtig.

§. 88. In beiden Fällen (§§. 86, 87) tritt der Fiskus an die Stelle des Uebertreters.

§. 89. Der Eigenthümer ſowohl als der Fiskus haben das Recht, von dem Finder, nach bewandten Umſtänden, die eidliche Angabe ſeines Fundes zu fordern.

Rechte mehrerer Miteigenthümer und Grenznachbarn.

§. 90. Mehrere Miteigenthümer eines Grundſtücks, auf welchem ein Schatz gefunden worden, nehmen an den obbeſtimmten Rechten des Eigenthümers, nach dem Verhältniſſe ihres Rechts auf das Grundſtück ſelbſt, Antheil.

§. 91. Wird ein Schatz auf der Grenze [14]) gefunden, ſo wird das Eigenthum deſſelben zwiſchen den Grenznachbarn gleich getheilt.

§. 92. Es macht dabei keinen Unterſchied, wenn auch der Schatz nicht gerade in der Mitte gefunden wäre, ſondern den Grund eines oder des andern Nachbars mehr oder weniger berührt hätte.

§. 93. Iſt einer der Miteigenthümer oder Grenznachbarn zugleich der Finder, ſo gebühren ihm noch außerdem, auf die Antheile der übrigen Intereſſenten, die Rechte des Finders.

---

allein die Beſitznehmung zu vollziehen. Dadurch hindert oder ſtört er den Dienſtboten, und zwar durch eine unerlaubte Handlung im civilrechtlichen Sinne, ſich bei der Beſitzergreifung zu betheiligen, und kann deshalb den Beſitz für ſich allein nicht ergreifen. §. 12 d. T. Daß, wenigſtens nach den Grundſätzen des L.R., ſo und nicht anders der Fall zu entſcheiden, das erhellet auch aus §. 84. Denn die drei Fälle §§. 82, 83, 84 werden nach gleichem Grundſatze behandelt, wonach die Erwerbung des Finderrechts durch zwei Umſtände vollzogen wird: durch das Finden oder Entdecken (beide Ausdrücke werden hier ſynonym gebraucht), und durch die (geſetzliche oder beſonders erworbene) Erlaubniß dazu. Anders iſt es, wenn der Grundherr, unabhängig von dem erſten zufälligen Funde, gleichfalls zufällig den Schatz entdeckt und allein gehoben hätte. Dann würde der frühere Fund des Dienſtboten ihn daran nicht hindern, denn der Grundherr wäre in redlicher Ausübung ſeines Rechts. (5. A.) Dies nimmt auch das Obertr. an. Zur Erwerbung der Rechte des Finders auf den gefundenen Schatz iſt, nach ihm, deſſen Beſitznehmung nicht erforderlich. Die von dem Appell.-Gericht zu Paderborn zur Anwendung gebrachte Rechtsanſicht, daß nur der als Finder des Schatzes anzuſehen ſei, welcher denſelben zuerſt in ſeine Gewalt bringe, und daß es ein gleichgültiger Umſtand ſei, wer von Mehreren den Schatz zuerſt entdeckt habe, iſt für unrichtig erklärt. Erk. des Obertr. vom 1. Mai 1865 (Entſch. Bd. LIV, S. 33).

11) Die beiden §§. 81, 82 wiederholen die Grundſätze der L. un. de thesauris (X, 15).

12) S. die Anm. 10 zu §. 82 a. E.

13) Auch dieſe Beſtimmung iſt aus der L. un. C. de thesauris (X, 15) herübergenommen.

14) Oder in einer gemeinſchaftlichen Grenzmauer. Denn die Beſtimmung ſetzt Gemeinſchaftlichkeit des Grenzraines voraus.

Rechte in Ansehung des Schatzes bei getheiltem oder eingeschränktem Eigenthume.

§. 94. Das Recht des Eigenthümers auf einen Schatz[14a]) kommt dem nutzbaren[14b]) Eigenthümer allein zu[15]), und derjenige, welchem bloß ein Antheil an der Proprietät zusteht, kann darauf keinen Anspruch machen.

§. 95. Auch der Fideikommißbesitzer und Erbzinsmann haben die Rechte des Eigenthümers an einem Schatze, welcher auf dem von ihnen solchergestalt besessenen Grundstücke gefunden worden.

§. 96. Der auf einem Lehn-, Fideikommiß- oder Erbzinsgute gefundene Schatz wird das freie[16]) Eigenthum des Besitzers.

§. 97. Der bloße Nießbraucher, ingleichen der Erbpächter[17]), hat an einem solchen Schatze keinen Antheil.

§. 98. Der, welchem bloß das Eigenthum einer Oberfläche oder eines darauf errichteten Gebäudes, nicht aber des Grundes und Bodens zukommt, kann nur an einem über der Erde gefundenen Schatze der Rechte des Eigenthümers sich anmaßen.

§. 99. So lange ein verkauftes Grundstück dem Käufer noch nicht übergeben ist, hat der Verkäufer das Recht des Eigenthümers auf einen in der Zwischenzeit entdeckten Schatz.

§. 100. Ist jedoch die Gefahr der Sache auf den Käufer bereits übergegangen, so gebührt ihm auch der Nutzen[17a]) von einem solchen Schatze.

§. 101. Hat der Käufer von dem auf dem Grundstücke verborgenen Schatze Wissenschaft gehabt, und es dem Verkäufer nicht angezeigt, so kann er in der Folge bloß als Finder angesehen werden.

Rechtliche Folgen der Uebertretung gesetzlicher Vorschriften in Ansehung der Schätze.

§. 102. Wer bei einem auf fremdem Grunde und Boden gefundenen Schatze die Vorschriften der Gesetze vernachlässigt, die Anzeige binnen vier Wochen zu thun unterläßt[18]) oder gar den Fund ableugnet, gegen den gilt alles das, was in gleichem Falle gegen den Finder verlorener Sachen verordnet ist. (§§. 70—73.)

---

14a) (2. A.) Ueberhaupt auf unterirdische Naturschätze (Fossilien). Vergl. Th. II, Tit. 16, §. 72.

14b) (2. A.) Also auch dem unvollkommenen bäuerlichen Eigenthümer, welcher nicht bloßer Nießbraucher oder Erbpächter ist. Nach den Grundsätzen des A. L.R. können die Rittergutsbesitzer nicht das Recht des „Grundherrn" beim Bergbaue auf den bäuerlichen Gründen, welche ihren Inhabern zu irgend einem Eigenthumsrechte zustehen, in Anspruch nehmen. Th. II, Tit. 16, §§. 69 ff.

15) Der gerade entgegengesetzte Grundsatz des R. R.: „— thesaurus — inventus — in fructum non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventi." L. 7, §. 12 D. soluto matrimonio (XXIV, 3).

16) Der Schatz befindet sich mithin nicht im getheilten Eigenthume. Nach G. R. ist die Frage streitig. Vergl. Gründler, Polemik §. 440.

17) Das Gesetz vom 2. März 1850, §. 2, Nr. 2 (G.S. S. 77) hat das Eigenthumsrecht des Erbverpächters ohne Entschädigung aufgehoben und den Erbpächter zum vollen Eigenthümer gemacht, nur mit Vorbehalt der aus dem Erbpachtsverhältnisse entspringenden, aber zur Ablösung bestimmten Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen. Alle übrigen Berechtigungen des Erbverpächters, welche Ausflüsse des Obereigenthums waren, sind weggefallen, wodurch denn auch die Bestimmung dieses §. 97, hinsichtlich des Erbpächters, außer Kraft gesetzt worden ist.

17a) Damit ist hier die Substanz, das Eigenthum des Fundes, gemeint.

18) Er verliert in diesem Falle sein Finderrecht zur Strafe. Zu wessen Vortheil? ist unbestimmt gelassen, und die Meinungen darüber widerstreiten sich. Eine Meinung nimmt die Hälfte des Finders für den Fiskus in Anspruch, ex analogia §§. 85 und 88 und auf Grund des §. 103, wonach der Grundeigenthümer selbst, wenn er die Anzeige unterläßt, bestraft werden soll. Eine andere Meinung läßt sie dem Grundeigenthümer zufallen, jure accessionis, denn das jus accessionis des Grundherrn werde durch das Finderrecht in den bestimmt bezeichneten Fällen nur beschränkt, unter einer Resolutivbedingung, mit deren Eintritte die Beschränkung des Rechts desselben wegfalle. Diese Begründung ist ohne juristische Grundlage. Weder die Resolutivbedingung kommt mit dem Finderrechte zusammen, noch kann von einer Beschränkung des jus accessionis des Grundherrn Rede sein. Dieser hat vermöge des jus accessionis gar nichts zu fordern, denn die Erwerbung geschieht überhaupt nicht jure accessionis, sondern durch Okkupation, zu welcher er durch positive Bestimmung auf die Hälfte für berechtigt erklärt ist. Das gleiche Recht hat der Entdecker. Die Frage ist also die: Wie und wodurch der Grundherr fremdes Eigenthum, welches seinem Herrn zur Strafe entzogen wird (die Hälfte des Finders), soll erwerben können? Das wäre an sich denkbar vermittelst des jus

§. 103. Wer aber in Ansehung eines auf eigenem Grunde und Boden gefundenen Schatzes einer gleichen Vernachlässigung der gesetzlichen Vorschriften sich schuldig macht, der soll dafür nach Verhältniß der Umstände, der Beträchtlichkeit des Schatzes und seiner sich ergebenden unerlaubten Absicht bei der Verheimlichung, mit einer Geldstrafe bis zur Hälfte des Werths des daran ihm gebührenden Antheils belegt werden [19]).

§. 104. Verborgene Sachen, deren Eigenthümer nicht zweifelhaft ist, oder leicht entdeckt werden kann [20]), können niemals als gefundene Schätze angesehen und behandelt werden.

§. 105. Ist aber der, welcher die Sache verborgen hatte, gestorben, so kann derjenige, welcher durch seine Anzeige oder Entdeckung den Erben zu dem Genusse der Sache, den sie sonst wahrscheinlich hätten entbehren müssen, verholfen hat, in sofern keine besondere Verpflichtung zur unentgeltlichen Vorsorge für das Beste der Erben bei ihm obwaltet, die nach §. 62 sqq. einem Finder ausgesetzte Belohnung fordern.

Von Naturschätzen.

§. 106. In wiefern die unter der Erde verborgenen Naturschätze von Privatpersonen aufgesucht und in Besitz genommen werden können, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 16, Abschn. 4; an dessen Stelle das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865.)

## Vierter Abschnitt.

### Vom Thierfange.

Temme, Lehrbuch des Preußischen Civilrechts, Bd. I, S. 254 ff. — Mein Preußisches gemeines Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §. 245.

1. Vom Thierfange überhaupt.

§. 107. Das Recht des Thierfanges erstreckt sich nur auf solche Thiere, welche noch von keinem Menschen gefangen und gebändigt worden.

§. 108. Doch sind auch eingefangene und zahm gemachte Thiere, wenn sie in ihre natürliche Wildheit zurückgekehrt waren [1]), ein Gegenstand des Thierfanges.

---

accrescendi, wie es unter mehreren Miteigenthümern aus einer Schenkung vorkommt. Diese Anwendung des Anwachsrechts findet sich aber nicht. Außerdem aber ist zu beachten, daß hier von einer Strafe des Finders Rede ist. Was Jemand zur Strafe verliert, kann, außer dem sich nie von selbst verstehenden Falle der Privatstrafe, keiner Privatperson zufallen, sondern wird von dem Fiskus eingezogen. — Gewiß ist übrigens, daß die Gesetzgebung in ihrer positiven Beschaffenheit unvollständig ausgefallen ist; denn auch in dem §. 103 ist die Logik schwer zu finden. Es ist zweifelhaft: ob er die auf das Finderrecht fallende Hälfte verlieren und überdies noch bis zur Hälfte seines Antheils bestraft werden, oder ob er das Ganze behalten und nur bis auf ein Viertel desselben Strafe leiden soll. Denn sein „ihm daran gebührender Antheil" ist doch immer das Ganze, wenn er zugleich der Finder ist. §. 81. (3. A.) Die hier vertretene Meinung ist auch von dem Obertr. für die richtige erkannt, nach dem Pr. 2625, v. 11. Mai 1855: „Wenn die dem Finder gebührende Hälfte eines auf fremdem Boden entdeckten Schatzes, wegen Unterlassung der im §. 102 d. T. vorgeschriebenen Anzeige, dem Finder entzogen wird, so fällt dieselbe nicht an den Grundeigenthümer, wird vielmehr zu Gunsten des Fiskus erledigt." (Entsch. Bd. XXX, S. 421.)

19) S. die vor. Anm. 18. a. E.

20) Dieser Fall ist z. B. vorhanden, wenn an oder bei den entdeckten Sachen Nachrichten über den Niederleger gefunden werden, oder wenn sonst dergleichen glaubwürdige Nachrichten vorhanden sind. Außerdem muß ein Jeder, welcher das Eigenthum oder doch die Niederlegung einer aufgefundenen verborgenen Sache behauptet, solches gegen den Finder und Grundherrn beweisen, wenn diese vermöge ihres Rechtes Anspruch darauf machen. Denn diese sind im rechtmäßig erworbenen Besitze, welcher dadurch, daß sie zur Ablieferung von Polizei wegen gezwungen sind, seine rechtliche Wirksamkeit in Beziehung auf die Parteirolle, welche ihnen bei dem Streite des Prätendenten mit ihnen zufällt, nicht verliert. (4. A.) Der §. 104 darf aber nicht so aufgefaßt werden, daß der Eigenthumsprätendent sein Eigenthum an den verborgenen und gefundenen Sachen nothwendig anderweitig vollständig nachweisen müsse, und daß er zur Ergänzung des Beweises zum Erfüllungseide nicht verstattet werden dürfe. Diese Ausnahme von der Regel ist für diesen Fall nirgend vorgeschrieben. Erk. des Obertr. vom 15. Dezember 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 240, 242).

1) Das äußere Kennzeichen fehlt. Niemand kann z. B. einem zahmgemachten Rehe, welches in dem Gebüsche des Nachbars angetroffen wird, ansehen, ob es in seine natürliche Wildheit zurückgekehrt ist.

§. 109. Thiere, welche zwar frei herumschweifen, aber an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren pflegen[2]), gehören nicht zum Thierfange.

§. 110. Sie gehören aber dazu, sobald sie die Gewohnheit, zurückzukehren, abgelegt haben[3]).

§. 111. Tauben, welche Jemand hält, ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben, sind, wenn sie im Freien betroffen werden, ein Gegenstand des Thierfanges[3a]).

§. 112. Wer das Recht habe, Tauben zu halten, ist in den Provinzialgesetzen bestimmt.

§. 113. Wo diese nichts besonderes festsetzen, sind nur diejenigen, welche tragbare Aecker in der Feldflur eigenthümlich besitzen, oder dieselben statt des Eigenthümers benutzen, nach Verhältniß des Ackermaßes, Tauben zu halten berechtigt.

2. Feldpolizeiordnung v. 1. Novemb. 1847. (G.S. S. 383.)

§. 40. Tauben, welche Jemand hält, ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben, sind, wenn sie im Freien betroffen werden, ein Gegenstand des Thierfangs (A.L.R. Th. I, Tit. 9, §. 11); durch Gemeindebeschlüsse kann aber sowohl in Städten, als in ländlichen Gemeinden bestimmt werden, daß auch die Tauben desjenigen, welcher ein Recht hat, solche zu halten, wenn dieselben zur Saat- und Erntezeit im Freien und besonders auf den Aeckern betroffen werden, Gegenstand des Thierfangs sein sollen. Dergl. Gemeindebeschlüsse bedürfen jedoch zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung der Regierung.

§. 114. Insekten und andere Thiere, welche nach §§. 107 bis 111 ein Gegenstand des Thierfanges, und weder zur Jagd- noch zur Fischereigerechtigkeit geschlagen sind, können von einem Jeden eingefangen werden[4]).

§. 115. Wer in der Absicht, dergleichen Thiere zu fangen, fremden Grund und Boden ohne Vorwissen oder wider den Willen des Eigenthümers betreten hat, muß das Gefangene dem Eigenthümer auf dessen Verlangen[5]) unentgeltlich ausliefern.

§. 116. Hat der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden zu einem erlaubten Thierfange Anstalten gemacht, so darf kein Anderer die daselbst eingefangenen Thiere bei Strafe des Diebstahls wegnehmen[6]).

§. 117. Vogeleier und junge Vögel sind, soweit es die Polizeigesetze nicht ausdrücklich verbieten, ein Gegenstand des freien Thierfangs.

2. insonderheit von Bienen[6a]).

§. 118. Bienen auf seinem Eigenthum zu halten, ist einem Jeden erlaubt.

§. 119. Das Recht, Bienen in der Haide zu halten, steht nur dem Eigenthümer des Forstes zu.

---

2) Auch das ist ein für einen Fremden nicht erkennbares Merkmal. S. die folg. Anm.

3) Man wird dies annehmen können, wenn sie ohne Einfangung und Einsperrung zur gewöhnlichen Fütterungs- oder Schlafzeit nicht zurückgekehrt und mehrere Tage ausgeblieben sind. Allein dieser Umstand ist doch auch nur dem Besitzer bekannt, und außerdem ist er kein sicherer Beweis für die Ablegung der Gewohnheit, zurückzukehren, wenigstens bei manchen Thierarten, z. B. Katzen, die bisweilen wochenlang ausbleiben und doch zurückkehren.

3a) (2. A.) Aber nicht des freien; denn wilde Tauben gehören zu den jagdbaren Thieren. Dies ist noch jetzt erheblich bei Jagdverpachtungen.

4) Dieser Grundsatz hat, in Beziehung auf die Jagd, seit Erscheinung des Gesetzes v. 31. Oktober 1848 (Zus. 3), seine Bedeutung verloren.

5) Der Fänger erwirbt durch den Fang (Okkupation) das Eigenthum mit der Verbindlichkeit, die eingefangenen Thiere dem Eigenthümer, wenn es dieser verlangt, herauszugeben. Die Klage des Eigenthümers ist eine persönliche und verjährt in 3 Jahren, gemäß §. 54, Tit. 6.

6) Durch den Einfang kommt das gefangene Thier in den ausschließlichen Besitz des Eigenthümers, wenn dieser es auch noch nicht weiß, daß das Thier sich gefangen hat. Die Entwendung aus dem Fangwerkzeuge ist mithin eine wahre Besitzentziehung.

6a) (5. A.) Quelle des Bienenrechts ist das Gewohnheitsrecht. M. vergl. Biener, Disp. juris rom. et germ. de apibus, Lips. 1773 (opusc. Tom. I, No. 1, Lips. 1830) und Hagemann, praktische Erörterungen, Th. II, Erört. 7, Th. VI, Erört. 7, u. Th. VII, Erört. 122, 123. Dann: Gans (Advokat in Celle), Bienenrecht, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II, S. 214 f.

§. 120. Diesem kann auch der Hütungsberechtigte [7]) das Halten der Bienen [8]) nicht untersagen.

§. 121. Auf zahme Bienenschwärme hat der Eigenthümer des Mutterstocks ein ausschließendes Recht.

§. 122. Er kann die schwärmenden Bienen auch auf fremden Grund und Boden verfolgen und daselbst einfangen.

§. 123. Doch muß er dem Eigenthümer des Grundes und Bodens für alle bei solcher Gelegenheit verursachte Beschädigungen gerecht werden.

§. 124. Sobald der Eigenthümer des schwärmenden Stocks die Verfolgung gänzlich [9]) aufgegeben hat [10]), ist der Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem der Schwarm gefunden wird, denselben einzufangen berechtigt.

§. 125. In Ansehung desjenigen, der wilde oder von dem Eigenthümer verlassene Bienen auf fremdem Grunde und Boden einfängt, findet die Vorschrift §. 115 Anwendung.

§. 126. Die Polizeiobrigkeit [11]) jedes Orts ist berechtigt, Verfügungen zu treffen, wodurch das Rauben [12]) der Bienen verhindert, und diejenigen Stöcke, unter denen es eingerissen ist, davon wieder entwöhnt werden.

§. 127. Fällt weg [12a]).

3. Von der Jagd [12*]).

3. G. v. 31. Oktober 1848, betr. die Aufhebung des Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung der Jagd. (G.S. S. 343.)

§. 1. Jedes [12b]) Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist ohne Entschädigung aufgehoben.

---

7) Oder andere Imker, welche in der Gegend bereits andere Bienenstellen haben, wenn sie kein Untersagungsrecht beweisen, oder darthun können, daß durch die zu nahe Anlage des neuen Bienenstandes ihrem älteren Stande Nachtheil zugefügt wird. Ueber die nothwendige Entfernung zur Abwendung von Nachtheilen müssen Sachverständige entscheiden; in manchen Gegenden ist die Entfernung gesetzlich auf 800 Schritte bestimmt, v. Bülow und Hagemann, Erörterungen, II, Nr. 7, §. 3; Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 284.

8) Weder das Halten eigener, noch die Aufnahme fremder Bienen, weil es jedem Eigenthümer freisteht, sein Eigenthum zu nutzen, wie es ihm gut dünkt.

9) Nicht etwa nur einstweilen, um etwa andere Anstalten zur Verfolgung zu treffen.

10) Freiwillig oder weil der Schwarm gänzlich aus den Augen verschwunden.

11) Wer eigenmächtig seines Nachbars Bienen verbrennt, weil sie um seinen Stock schwärmen, muß entschädigen. L. 27, §. 12 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Auch gegen s. g. Raub- oder Heerbienen darf nicht eigenmächtig eingeschritten werden. Vergl. Pufendorf, Obs., III, obs. 93; Hannoversches Magazin v. 1795, Stück 30.

12) Gegen den Herrn der s. g. Raubbienen gesteht man dem Herrn der Beraubten keine Entschädigungsklage zu, weil die Bienenzüchter annehmen, daß der Letztere gewöhnlich selbst schuld an der Beraubung sei. Kaiser, Korbbienenzucht (Celle 1798), §. 24; Hagemann a. a. O. §. 284.

12*) (5. A.) C. W. Hahn, das Preußische Jagdrecht, aus den allgemeinen Landesgesetzen ꝛc. entwickelt. 2. Ausg. 1846.

12a) (3. A.) Der §. bestimmte: „Jagdbare wilde Thiere darf nur der, welcher die Jagdgerechtigkeit hat, unter den in den Polizeigesetzen des Landes vorgeschriebenen Einschränkungen, schießen, hetzen, beizen, fangen oder auf andere Art sich zueignen. (Th. II, Tit. 16, Abschn. 3.)" Das folgende Gesetz v. 31. Oktbr. 1848 hebt das auf.

(4. A.) Die in dem §. 127 enthaltene Begriffsbestimmung findet sich im §. 30, Tit. 16, Th. II wieder. Das Obertribunal hat gefunden, daß unter dem „auf andere Art sich zueignen" auch das zufällige Finden und Zueignen eines todten jagdbaren Thieres zu verstehen sei. Anm. 83 zu §. 274 des Str.G.B. Wer also ins Freie geht und auf einen todten Hasen trifft, welchen er mitnimmt, geht auf die Jagd und kann, wenn ihm die Befugniß dort zu jagen nicht zusteht, nach Vorschrift des §. 274 des Str.G.B. als ein unbefugter Jagdausübender bestraft werden. In dem Fragefalle war eine Frauensperson der unbefugte Jäger gewesen.

(4. A.) Das Jagdrecht gehört nicht dem Gemeinen, sondern dem Partikularrechte an. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 1. Dezbr. 1851.

12b) (3. A.) Die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grunde und Boden erstreckt sich auch auf die im Eigenthume des Staats befindlichen Gewässer und gilt ohne Rücksicht auf seine Entste-

Die bisherigen Abgaben und Gegenleistungen des Berechtigten fallen weg[12c]).

§. 2. Eine Trennung des Jagdrechtes vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden[13]).

§. 3. Die Jagd steht jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zu. Er darf sie in jeder erlaubten Art, das Wild zu jagen und zu fangen, ausüben.

Den benachbarten Grundbesitzern bleibt überlassen, ihre Grundstücke zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zu vereinigen, und die Jagd durch öffentliche Verpachtung oder durch einen angenommenen Jäger ausüben, oder auch gänzlich ruhen zu lassen. Kein Grundbesitzer kann aber zu einer solchen Vereinbarung genöthigt werden.

§. 4. Die Grundbesitzer sind in der Ausübung der Jagd nur beschränkt durch die allgemeinen und die besonderen jagdpolizeilichen Vorschriften, welche den Schutz der öffentlichen Sicherheit und die Schonung der Feldfrüchte bezwecken[13a]).

Das Recht der Jagdfolge ist aufgehoben.

§. 5. In allen Festungswerken ist allein die Militärverwaltung befugt, die Jagd durch besonders dazu ermächtigte Personen ausüben zu lassen.

Außerhalb dieser Werke, desgleichen um die Pulvermagazine und ähnliche Anstalten, werden auf Kosten der Militärverwaltung Umkreise oder Rayons von zusammenhängender Fläche gebildet und bezeichnet, innerhalb welchen die Jagd mit Feuergewehren nicht ausgeübt werden darf, bei Vermeidung einer Polizeistrafe von fünf bis zwanzig Thalern, oder im Unvermögensfalle eines verhältnißmäßigen Gefängnisses.

Die weiteste Entfernung der Außenlinie von den ausspringenden Winkeln des Glacis, der Pulvermagazine und ähnlicher Anstalten wird auf dreihundert Schritte festgesetzt. Die Abgrenzung erfolgt gemeinschaftlich von der Festungsbehörde, einem Deputirten des Stadtvorstandes und einem der Kreisverwaltung.

§§. 6 u. 7. (Enthalten transitorische Bestimmungen, welche nicht mehr zur Anwendung kommen.)

§. 8. Alle diesem Gesetze entgegenstehende allgemeine und besondere Bestimmungen[13b]), namentlich die K.O. v. 21. Januar 1812 und die V. v. 17. April 1830 — desgl. die jagdpolizeilichen Vorschriften über die Schon-, Setz- und Hegezeit werden hiermit aufgehoben[14]).

4. Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850. (G.S. S. 165).

§. 1. Die Ausübung des einem jeden Grundbesitzer auf seinem[15]) Grund und Boden zustehenden Jagdrechts wird nachstehenden Bestimmungen unterworfen.

---

hungsart. Erk. des Obertr. v. 8. Febr. 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 396), und v. 6. März 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 360).

12c) (4. A.) Oben, Anm. 111 zu §. 108 der Einleit. und unten, Anm. 79 zu §. 124, Tit. 11. — Ist vor der Publikation dieses Gesetzes ein Jagdrecht auf fremdem Grunde und Boden gegen eine jährliche Rente veräußert worden, so ist diese durch den §. 1 nicht aufgehoben. Erk. des Obertr. vom 18. Juni 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 361).

13) S. die unten folg. Anm. 15 zu Zus. 4 d. T.

13a) S. unten die Anm. 19c zu §. 18 des Jagdpol.-G. v. 7. März 1850.

13b) (5. A.) Die schlesischen Verordnungen vom 15. April u. 13. Oktbr. 1774, welche gewissen Personen das Schießen von Fasanen unbedingt verbieten, sind hierdurch aufgehoben; auch in Schlesien ist der Fasan jagdbar. Nur den zweiten Theil dieses §. 8, betreffend die polizeilichen Vorschriften über Schon-, Setz- und Hegezeit, berührt der §. 18 des Jagdpolizei-Gesetzes v. 7. März 1850 (Zus. 4). Erk. des Obertr. v. 8. Mai 1867.

14) Wieder abgeändert durch den gleich folgenden Zus. 4, §§. 18 ff. — (3. A.) „Durch das Jagdgesetz vom 31. Oktbr. 1848, §§. 3, 4 u. 8, ist das Publikandum vom 27. Oktbr. 1784, wonach die Ricken gänzlich zu allen Zeiten bei zehn Thalern Strafe geschont werden sollen, aufgehoben und durch §. 18 des Jagdpolizeigesetzes v. 7. März 1850 nicht wieder hergestellt worden." Pr. des Obertr., S. f. Str.S., Nr. 67, v. 7. Dez. 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 446). Vergl. unten, Anm. 19c, Abs. 2.

15) Das in einem Erbpachtvertrage dem Erbverpächter vorbehaltene Jagdrecht ist, mit dem nach §. 2, Nr. 2 des Gesetzes v. 2. März 1850 von dem Erbpächter erlangten vollen Eigenthume, auf denselben übergegangen, und keine solche vorbehaltene Nutzung, welche nach §. 5 des gedachten Gesetzes

§. 2. Zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf seinem Grund und Boden ist der Besitzer nur befugt:

a) auf solchen Besitzungen, welche in einem oder mehreren an einander grenzenden Gemeindebezirken einen land- oder forstwirthschaftlich benutzten Flächenraum von wenigstens dreihundert Morgen einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes [15*]) Grundstück unterbrochen sind [15a]); die Trennung, welche Wege [15b]) oder Gewässer [16]) bilden, wird als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht angesehen;

b) auf allen dauernd und vollständig eingefriedeten Grundstücken. Darüber, was für dauernd und vollständig eingefriedet zu erachten, entscheidet der Landrath;

c) auf Seen, auf zur Fischerei eingerichteten Teichen und auf solchen Inseln, welche Ein Besitzthum bilden [16a]).

§. 3. Wenn die im §. 2 bezeichneten Grundstücke mehr als dreien Besitzern gemeinschaftlich gehören, so ist die eigene Ausübung des Jagdrechts auf diesen Grundstücken nicht sämmtlichen Mitgliedern gestattet.

Dieselben müssen vielmehr die Ausübung der Jagd Einem bis höchstens Dreien unter ihnen übertragen. Doch steht ihnen auch frei, das Jagdrecht ruhen, oder durch einen angestellten Jäger ausüben zu lassen, oder zu verpachten.

Gemeinden oder Korporationen dürfen das Jagdrecht auf solchen ihnen [16aa]) gehörenden Grundstücken (§. 2) nur durch Verpachtung [16aaa]) oder durch einen angestellten Jäger ausüben.

---

als fortbestehende Berechtigung von dem bisherigen Erbverpächter noch ferner ausgeübt werden kann. Pr. des Obertr. 2336, v. 23 Dez. 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 1).

15*) (5. A.) Die Ansicht, daß auch der land- oder forstwirthschaftliche Zusammenhang nicht unterbrochen sein dürfe und daher das verbindende Grundstück ebenfalls land- oder forstwirthschaftlich benutzt werden müsse, findet in dem Gesetze keinen Anhalt. Das den Zusammenhang herstellende Grundstück braucht nicht auf solche Art benutzt zu werden, um den Anforderungen des Gesetzes zu genügen, vielmehr ist es ausreichend, wenn nur kein fremdes Grundstück betreten werden muß, um die Jagd auf den eigenen wenigstens 300 M. umfassenden Grundstücken auszuüben. Erk. des Obertr. vom 12. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 88).

15a) (4. A.) Entstehen zwischen dem Pächter der Jagd auf den Grundstücken der Gemeinde und einem in der letzten angesessenen Eigenthümer Streitigkeiten darüber, ob in Ansehung seines Grundstücks diese Bedingungen vorhanden sind, so ist darüber im Rechtswege zu entscheiden. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. vom 30. Oktober 1858 (J.M.Bl. 1859, S. 141).

15b) (5. A.) Diese Vorschrift hat nur solche Grundstücke vor Augen, welche ohne das Vorhandensein von Wegen ꝛc. in ungetrenntem Zusammenhange liegen würden, keinesweges aber solche, die durch die Wege eben nur verbunden werden, wie z. B. wenn bei einer Separation einem Theilnehmer zwei durch dazwischen liegende Grundstücke getrennte Parzellen, von welchen keine 300 M. groß ist, beide jedoch einen solchen Flächenraum enthalten, zugewiesen werden, welche durch einen ausgewiesenen gemeinschaftlichen Kulturweg im Verbindung gesetzt sind. R. des Min. der landwirthsch. Angelegenheiten vom 10. März 1864 (Staatsanz. S. 792). Vergl. die vor. Anm. 15*.

16) Das Gleiche wird auch von unübersteigbaren Gebirgswänden, welche über fremdes Terrain (auf Wegen) umgangen werden müssen, gelten sollen, wenn sie keinem Fremden gehören.

(5. A.) Der Min. der landwirthschaftlichen Angelegenheiten hat entschieden, daß ein Gemeindebezirk, auch wenn er nicht 300 M. enthält, einen Jagdbezirk bildet. R. vom 13. November 1863 (Staatsanz. Nr. 280).

16a) (3. A.) Streitigkeiten darüber: ob der Besitzer eines Sees, welcher innerhalb des Jagdbezirkes einer Gemeinde gelegen ist, zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf dem See berechtigt sei, sind dem Rechtswege unterworfen. Erk. des Komp.-Gerichtsh. v. 3. Mai 1856 (J.M.Bl. S. 187).

16aa) (5. A.) Die Worte: „auf solchen ihnen gehörenden Grundstücken", deuten zwar darauf hin, daß von Grundstücken die Rede sei, die sich im Eigenthume der Gemeinde oder Korporation befinden, allein in Beziehung auf die Jagd stehen die übrigen Grundstücke eines Gemeindebezirks den im §. 2 bezeichneten gleich. Nachdem das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben worden, ist die Jagd auf der Rustikalfeldmark einer Dorfgemeinde nur als Wirthschaftsrubrik und als Pertinenzstück eines Guts zu betrachten, und der in der Dorffeldmark belegene bäuerliche Grundbesitz bildet das Besitzthum, als dessen Pertinenz die Jagd in der Rustikalfeldmark betrachtet werden muß. Erk. des Obertr. vom 10. Februar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 156). Daher sind die §§. 401, 407, I, 21 bei Jagdpachtungen anwendbar und die §§. 267, 268 ausgeschlossen. Jagdverpachtungen müssen demnach ohne Rücksicht auf den Betrag des Pachtgeldes schriftlich geschehen.

16aaa) Wird vereitelt dadurch, daß die Verpachtung um ein Geringes nominell geschieht und die Einzelnen auf einen Jagdschein bei dem Pächter auf die Jagd gehen.

§. 4. Alle übrigen Grundstücke eines Gemeindebezirks, welche nicht zu den im §. 2 gedachten gehören, bilden der Regel nach einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk. Es ist aber den Gemeindebehörden gestattet, nach freier Uebereinkunft mehrere ganze Gemeindebezirke oder einzelne Theile eines Gemeindebezirks mit einem anderen Gemeindebezirke zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zu vereinigen. Auch soll die Gemeindebehörde befugt sein, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde aus dem Bezirke Einer Gemeinde mehrere für sich bestehende Jagdbezirke zu bilden, deren jedoch keiner eine geringere Fläche als dreihundert Morgen umfassen darf.

Den Besitzern der im §. 2 bezeichneten Grundstücke ist es gestattet, sich mit diesen Grundstücken dem Jagdbezirke ihrer Gemeinden anzuschließen.

Die Beschlüsse über alle dergleichen Abänderungen der gewöhnlichen Jagdbezirke dürfen sich auf keinen kürzeren Zeitraum als auf drei Jahre und auf keinen längeren Zeitraum als auf zwölf Jahre erstrecken.

§. 5. Die Besitzer isolirt belegener Höfe[16aaaa]) sind berechtigt, sich mit denjenigen Grundstücken, welche zusammenhängend den Hof ganz oder theilweise umgeben, also nicht mit fremden Grundstücken im Gemenge liegen, von dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke auszuschließen, wenngleich die Grundstücke nicht zu den im §. 2 gedachten gehören[16*]).

§. 6. Auf den nach §. 8 aus dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke ausgeschiedenen Grundstücken müssen die Grundbesitzer, so lange die Ausschließung dauert, die Ausübung des Jagdrechts gänzlich ruhen lassen.

Auch müssen die Grenzen solcher Grundstücke stets erkennbar bezeichnet werden.

§. 7. Grundstücke, welche von einem über dreitausend Morgen im Zusammenhange großen Wald, der eine einzige Besitzung bildet, ganz oder größtentheils eingeschlossen sind, werden, auch wenn sie nicht unter die Bestimmungen des §. 2 fallen, dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke der Gemeinde nicht zugeschlagen. Die Besitzer solcher Grundstücke sind verpflichtet, die Ausübung der Jagd auf denselben dem Eigenthümer des sie umschließenden Waldes, auf dessen Verlangen, gegen eine nach dem Jagdvertrage zu bemessende[16**]) Entschädigung, zeitpachtweise zu übertragen, oder die Jagdausübung gänzlich ruhen zu lassen[16***]).

Die Festsetzung der Entschädigung erfolgt, im Mangel einer Einigung, durch den Landrath, vorbehaltlich der beiden Theilen zustehenden Berufung auf richterliche Entscheidung.

Macht der Waldeigenthümer von seiner Befugniß, die Jagd auf der Enklave zu erpachten, beim Anerbieten des Besitzers, nicht Gebrauch, so steht dem letzteren die Ausübung der Jagd auf dem enklavirten Grundstücke zu.

Stoßen mehrere derartige Grundstücke an einander, so daß sie eine ununterbrochene zusammenhängende Fläche von mindestens dreihundert Morgen umfassen, so bilden dieselben einen für sich bestehen-

---

16aaaa) (4. A.) Unter einem isolirt belegenen Hofe ist ein jeder Hof zu verstehen, welcher außerhalb der Dorflage, umgeben von den dazu gehörigen Grundstücken, sich vorfindet. Erk. des Obertr. vom 18. Oktbr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 3).

16*) (4. A.) Die Ansicht, daß zur Herbeiführung des Anschlusses die Zustimmung der Gemeinde gehöre, widerspricht dem §. 5. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1861 (Arch. für Rechtsf. Bd. XLII, S. 260).

16**) (5. A.) Keinesweges also kommen bei Festsetzung der für die Jagdausübung zu gewährenden Entschädigung die Grundsätze über die Expropriation rücksichtlich des außerordentlichen Werths der Sache zur Anwendung. Erk. dess. vom 27. Septbr. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 22).

16***) (4. A.) Ein Grundstück, welches einen Theil eines verpachteten Gemeinde-Jagdbezirks bildet, scheidet aus diesem Verhältnisse dadurch nicht aus, daß während der Pachtzeit an einem anstoßenden Walde solche Veränderungen vorgenommen werden, daß es nunmehr von diesem ganz oder größtentheils eingeschlossen wird. Der Jagdbezirks-Pächter bleibt daher auch ferner berechtigt, auf demselben die Jagd auszuüben. Pr. des Obertr. v. 22. Januar 1863 (J.M.Bl. S. 63 und Entsch. Bd. XLIX, S. 36*).

Wenn zwischen dem Eigenthümer eines Waldes und einer von demselben eingeschlossenen Enklave Streit darüber entsteht, ob der Erstere berechtigt sei, die pachtweise Ueberlassung der Jagd auf der Enklave zu verlangen, so ist hierüber im Rechtswege zu entscheiden. Erk. des Komp.-Gerichtsh. vom 8. November 1862 (J.M.Bl. 1863, S. 91). Vergl. Anm. 15a.

den gemeinschaftlichen Jagdbezirk, für welchen die nämlichen Vorschriften gelten, wie für die gewöhnlichen Jagdbezirke[16 ****]).

§. 8. Die im §. 5 des Gesetzes vom 31. Oktober 1848 enthaltenen Vorschriften über die Ausübung der Jagd in den Festungswerken, in deren Umkreise, sowie in dem der Pulvermagazine und ähnlicher Anstalten, bleiben unverändert in Kraft.

§. 9. Die Besitzer der, einen Jagdbezirk bildenden Grundstücke werden in allen Jagdangelegenheiten durch die Gemeindebehörde vertreten[16 b]). Werden Grundstücke aus verschiedenen Gemeindebezirken zu Einem Jagdbezirke vereinigt, so bestimmt die Aufsichtsbehörde diejenige Gemeindebehörde, welche die Vertretung zu übernehmen hat.

§. 10. Nach Maßgabe der Beschlüsse der Gemeindebehörde kann auf dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke entweder:

a) die Ausübung der Jagd gänzlich ruhen, oder

b) die Jagd für Rechnung der betheiligten Grundbesitzer durch einen angestellten Jäger beschossen werden, oder

c) dieselbe, sei es öffentlich im Wege des Meistgebots oder aus freier Hand, verpachtet werden.

Die Pachtverträge[16 c]) dürfen sich auf keinen kürzeren Zeitraum als auf drei Jahre, und auf keinen längeren Zeitraum als auf zwölf Jahre erstrecken.

§. 11. Die Pachtgelder und Einnahmen von der durch einen angestellten Jäger beschossenen Jagd werden in die Gemeindekasse gezahlt, und, nach Abzug der etwa entstehenden Verwaltungskosten, durch die Gemeindebehörde unter die Besitzer derjenigen Grundstücke, auf welchen die gemeinschaftliche Ausübung des Jagdrechts stattfindet, nach dem Verhältnisse des Flächeninhalts dieser Grundstücke, vertheilt[17]).

---

16****) (4. A.) Daß die mehreren aneinanderstoßenden derartigen Grundstücke, welche die vorausgesetzte Fläche zusammen bilden, verschiedene Eigenthümer haben, hindert nicht, einen für sich bestehenden gemeinschaftlichen, oder Einem von ihnen zugehörigen Jagdbezirk zu bilden. Der Eine kann die Jagd auf den fremden Grundstücken pachten und sein eigenes Grundstück zuschlagen. Vergl. J.M.Bl. 1863, S. 91.

16 b) (3. A.) Wenn die Aufsichtsbehörde einen von der Gemeindevertretung geschlossenen Jagd-Verpachtungsvertrag mißbilligt, und die Abschließung eines neuen (durch einen anderen Vertreter als die Gemeindebehörde) veranlaßt hat und die Gemeindebehörde selbst die Anordnung der Aufsichtsbehörde anfechten will; so ist der Rechtsweg unzulässig. Erk. des Gerichtshofes zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 26. Novbr. 1853. (J.M.Bl. 1854, S. 21.) — Wenn dagegen der andere Kontrahent die Rechtsbeständigkeit des Pachtvertrages behauptet, und seine vermeintlichen Rechte aus demselben verfolgen will, so ist ihm der Rechtsweg unverschränkt. Der Erl. des Min. des Inn. und des Min. für landwirthschaftliche Angel. v. 4. August 1852 (M.Bl. für die i. V. S. 175), durch welche den Landräthen die Befugniß zur Aufhebung solcher Jagdpachtverträge beigelegt wird, vermag den Rechtsweg über dergleichen Ansprüche des anderen Kontrahenten nicht auszuschließen. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 3. Juni 1854 (J.M.Bl. S. 399).

(5. A.) In Westphalen ist nicht das Amt (der Amtmann) sondern gemäß des §. 23 der Landgemeinde-Ordnung für die Provinz Westphalen v. 19. März 1856 der Gemeindevorsteher die im §. 9 bezeichnete Gemeindebehörde. Erk. d. Obertr. v. 27. Juni 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 306).

(4. A.) Der Eigenthümer eines im Gemeindebezirke belegenen Gutes, welcher den Jagdpacht-Kontrakt als ungültig angreift, macht sein eigenes Recht, nicht ein jus tertii geltend. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 257).

16 c) Bei Abschließung der Pachtverträge vertritt in diesem Falle die von der Aufsichtsbehörde ernannte Gemeindebehörde auch die anderen Gemeinden ohne weitere besondere Legitimation oder Beschlußfassung derselben. Aber der bestimmungsmäßigen Prüfung und Genehmigung seitens der Aufsichtsbehörde bleiben dergleichen Verträge unterworfen.

17) (5. A.) Es ist nicht vorgeschrieben, daß der Jagdbezirk mit dem Gemeindebezirke identisch sein solle oder müsse. Auch ergiebt sich aus den §§. 9, 10 u. 11, daß das Gesetz die Jagd und deren Ausübung keineswegs als eine Vermögensangelegenheit der Gemeinde-Korporation angesehen hat, noch behandelt wissen will. — Die Jagdeinnahmen bilden keine Intrade der Gemeindekasse für die politische Gemeinde, sondern eine, den zum Jagdbezirke vereinigten Grundbesitzern gehörige, durchlaufende Post (§. 11). Die Gemeinde-Behörde, als Behörde, ist nebenbei nur Vertreterin dieser Grundbesitzer in allen Jagdangelegenheiten. Was also die Gemeindebehörde in dieser Eigenschaft

§. 12. Die Verpachtung der Jagd, sowohl auf den im §. 2 erwähnten Grundstücken, als auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken darf bei Strafe der Nichtigkeit des Vertrages niemals an mehr als höchstens drei[17a]) Personen gemeinschaftlich erfolgen.

Ausländer dürfen nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde als Jagdpächter angenommen werden.

Afterverpachtungen sind ohne Einwilligung des Verpächters nicht gestattet.

§. 13. Sowohl den Pächtern gemeinschaftlicher Jagdbezirke, als auch den Besitzern der im §. 2 bezeichneten Grundstücke, ist die Anstellung von Jägern für ihre Reviere gestattet.

§. 14. Ein Jeder, welcher die Jagd ausüben will, muß sich einen, für den ganzen Staat gültigen, zu seiner Legitimation dienenden, auf ein Jahr und auf die Person lautenden Jagdschein von dem Landrathe des Kreises seines Wohnsitzes ertheilen lassen, und selbigen bei der Ausübung der Jagd stets mit sich führen.

Auch Ausländern kann ein solcher Jagdschein, jedoch nur gegen die Bürgschaft eines Inländers, von dem Landrathe des Wohnortes des Bürgen ertheilt werden. Der Bürge haftet in Folge seines Antrages für Strafen, welche auf Grund der §§. 16, 17 und 19 gegen den Ausländer verhängt werden, sowie für die Untersuchungskosten.

Für einen jeden Jagdschein wird auf das Jahr eine Abgabe von Einem Thaler zur Kreiskommunalkasse des Wohnorts des Extrahenten entrichtet. Die eingehenden Beträge werden nach den Beschlüssen der Kreisvertretung verwendet.

Die Ausfertigung der Jagdscheine erfolgt kosten- und stempelfrei.

Die im Königlichen oder Kommunaldienste angestellten Forst- und Jagdbeamten, sowie die lebenslänglich angestellten Privatforst- und Jagdbedienten, erhalten den Jagdschein unentgeltlich, soweit es sich um die Ausübung der Jagd in ihren Schutzbezirken handelt[18]). In Jagdscheinen, welche unentgeltlich ertheilt sind, muß dies und für welchen Schutzbezirk sie gelten, angegeben werden.

§. 15. Die Ertheilung des Jagdscheins muß folgenden Personen versagt werden:

a) solchen, von denen eine unvorsichtige Führung des Schießgewehrs oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu besorgen ist;

b) denen, welche durch ein Urtheil des Rechts, Waffen zu führen, verlustig erklärt sind, sowie denen, welche unter Polizeiaufsicht stehen oder welchen die Nationalkokarde aberkannt ist.

Außerdem kann denjenigen, welche wegen eines Forst- oder Jagdfrevels oder wegen Mißbrauchs des Feuergewehrs bestraft sind, der Jagdschein, jedoch nur innerhalb fünf Jahre nach verbüßter Strafe, versagt werden.

§. 16. Die Nichtbeachtung der vorstehenden Vorschriften über Lösung von Jagdscheinen wird bestraft wie folgt:

Wer, ohne einen Jagdschein gelöst zu haben, die Jagd ausübt, wird für eine jede Uebertretung mit einer Geldstrafe von Fünf bis Zwanzig Thalern belegt.

Wer seinen Jagdschein bei Ausübung der Jagd nicht bei sich führt, den trifft eine Geldstrafe bis zu Fünf Thalern[18a]).

Wer es versucht, sich durch einen nicht auf seinen Namen ausgestellten, fremden Jagdschein zu le-

---

vorgenommen hat, dafür kann die politische Gemeinde nicht verantwortlich gemacht werden. — Es ist auch nicht richtig, daß den Interessenten eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks die Eigenschaft einer juristischen Person oder einer Korporation beigelegt worden ist. Vielmehr sind dieselben im Sinne der §§. 2, 11 ff. II, 6 erlaubte Privatgesellschaften, wenngleich sie zu den vom Staate ausdrücklich genehmigten oder privilegirten Gesellschaften zu zählen sind. Erk. dess. vom 25. Juni 1867 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXVII, S. 292 und Entsch. Bd. LVIII, S. 54).

17a) Wird umgangen. S. o. die Anm. 16a.

18) Der Eigenthümer, welcher selbst den Schutz seines Feldes und Waldes handhaben will, darf sich, nach diesen Bestimmungen, mit keinem Schießgewehre ohne Jagdschein auf seinem Eigenthume betreffen lassen, wenn er auch durchaus nicht jagen will. Er muß sich anderer Waffen bedienen.

18a) (5. A.) Diese Strafe wird schon durch die bloße Weigerung, den Jagdschein vorzuzeigen, verwirkt; der später geführte Beweis, daß der die Jagd Ausübende den Jagdschein wirklich bei sich geführt habe, schließt die Strafbarkeit nicht aus. Erk. des Obertr., Sen. für Str.-Sachen, vom 15. Juni 1866 (J.M.Bl. S. 235).

gitimiren, um sich dadurch der verwirkten Strafe zu entziehen, der wird mit einer Strafe von Fünf bis Fünfzig Thalern belegt.

§. 17. Wer zwar mit einem Jagdscheine versehen, aber ohne Begleitung des Jagdberechtigten, oder ohne dessen schriftlich ertheilte Erlaubniß bei sich zu führen[19]), die Jagd auf fremdem Jagdbezirke ausübt, wird mit einer Strafe von Zwei bis Fünf Thalern belegt.

Wer die Jagd auf seinem Grundstücke gänzlich ruhen zu lassen verpflichtet ist, dieselbe dennoch aber darauf ausübt, hat eine Geldstrafe von Zehn bis Zwanzig Thalern und die Konfiskation der dabei gebrauchten Jagdgeräthe verwirkt.

Wer auf seinem eigenen Grundstücke, auf dem die Jagd an einen Dritten verpachtet ist, oder auf dem ein Jäger für gemeinschaftliche Rechnung der bei einem Jagdbeziele betheiligten Grundbesitzer die Jagd zu beschießen hat, ohne Einwilligung des Jagdpächters oder der Gemeindebehörde jagt, eben so derjenige, welcher auf fremden Grundstücken, ohne eine Berechtigung dazu zu haben, die Jagd ausübt, wird wegen Wilddiebstahls oder Jagdkontravention nach den allgemeinen Gesetzen[19a]) bestraft.

§. 18. Die Bestimmung der Hege- und Schonzeit erfolgt nach den zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes vom 31. Oktober 1848 geltend gewesenen Gesetzen[19b]).

Die Verordnung v. 9. Dezbr. 1842, §§. 1 u. 2 (G.S. 1843, S. 2) und das Publikandum vom 7. März 1843 (G.S. 1843, S. 92) treten wieder in Kraft[19c]). Sonstige Uebertretungen der Vor-

---

19) Das wird nicht auf Beamte des Eigenthümers zu beziehen sein.

19a) Str.G.B. §. 274.

19b) Oben, Anm. 13b u. 14 zu §. 8 des G. v. 31. Oktbr. 1848, und die folg. Anm. 19c.

19c) (3. A.) Jagdpolizeiliche, vor Publikation des Gesetzes v. 31. Oktober 1848 ergangene Vorschriften, welche das Jagen mit Bracken verbieten, sind durch jenes Gesetz aufgehoben und durch das Jagdpolizei-Gesetz v. 7. März 1850 nicht wieder hergestellt. Eine infolge des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 erlassene Polizeivorschrift, welche das Jagen mit Bracken verbietet und unter Strafe stellt, steht mit den Gesetzen in Widerspruch und hat deshalb keine gesetzliche Gültigkeit. Pr. des Obertr., S. f. Str.S., 166, vom 6. Septbr. 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 314). Bracken sind gewöhnliche Jagdhunde.

(4. A.) In wiefern noch andere ältere Bestimmungen in Betreff der Hege- und Schonzeit und der Ausübung der Jagd überhaupt wieder in Kraft getreten sind, ist streitig. Dahin gehört u. a. die Frage:

a) ob die in den Provinzial-Forstordnungen enthaltenen Bestimmungen über die Schonzeit und die derselben unterworfenen Wildgattungen wieder hergestellt sind? Darüber ist wohl nach dem Absatze 1 dieses §. 18 ein Streit kaum möglich. Vergl. auch das Erk. d. Obertr. v. 17. Oktbr. 1860 (J.M.Bl. S. 462), sowie das Erk. dess. vom 31. Oktbr. 1860, wonach männliche Hirsche in Westpreußen während der Schonzeit nicht geschossen oder gefangen werden dürfen, was das Appellationsgericht zu Marienwerder nicht anerkannt hatte. (J.M.Bl. 1861, S. 40.) — Zu vergl. unten, Anm. 16a zu §. 51, Th. II, Tit. 16. — Aber es werden damit andere Dinge vermengt, welche von jener Frage nicht berührt werden. Wiederhergestellt sind jene Gesetze nur, um darnach in jedem Jahre die Hege- und Schonzeit zu bestimmen. Darüber ist man hin und wieder hinausgegangen, man hat z. B. jagdpolizeiliche Vorschriften und die in manchen Landestheilen vorgekommenen alten Vorschriften, nach welchen das Schießen der weiblichen Rehe durchaus für immer verboten war, in Pausch und Bogen für wiederhergestellt angesehen. Hiergegen hat das Obertribunal sich schon in einer Märkischen Sache durch das oben in der Note 14 mitgetheilte Erkenntniß bestimmt ausgesprochen. Es ist jedoch ein solcher Fall 1860 in Breslau wieder vorgekommen, wo der Polizeirichter das Schießen einer s. g. Ricke außer der Schonzeit, auf Grund des §. 5, Tit. XVI der schlesischen Jagdordnung v. 19. April 1756, wonach „Rücken oder Hillen — gar nicht todt gemacht oder geschossen werden sollen", mit 10 Thlrn. bestrafte und das Appellationsgericht den Rekurs dagegen verwarf, weil, wie gesagt wurde, der gedachte §. 5 durch den §. 18 der Jagdpolizei-Ordn. vom 7. März 1850 seine volle Geltung wieder erhalten habe. Dieser Grund ist aber unrichtig. Das Gesetz v. 31. Oktober 1848 hat alle Jagdbeschränkungen aufgehoben und der §. 18 des Jagdpolizei-Gesetzes vom 7. März 1850 stellt davon nichts her, sondern verordnet nur, daß die Bestimmung der Hege- und Schonzeit nach jenen alten Gesetzen erfolgen soll. Das absolute Verbot des Reheschießens zu allen Zeiten ist durch keine Bestimmung nachgehends erfolgt.

Eben so verhält es sich mit der Frage:

b) ob ein Jagdberechtigter auf seinem Reviere Fasanen schießen dürfe, wenn er eine Fasanerieanlage nicht besitzt? Ein Kreisgericht hat 1860 einen solchen Jagdberechtigten wegen Erlegung eines Fasans zu 10 Thlrn. Geldstrafe ev. 5 Tagen Gefängniß verurtheilt. Diese Verurtheilung stützt sich auf die Vorschriften des Ediktes vom 13. Oktober 1774 in Verein mit dem §. 18 der Jagdpolizei-Ordn.

schriften über Hege- und Schonzeit werden mit einer, nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Geldbuße bis zu Fünfzig Thalern geahndet [19 cc]).

§. 19. Wer zur Begehung einer Jagdpolizeiübertretung sich seiner Angehörigen, Dienstboten, Lehrlinge oder Tagelöhner als Theilnehmer oder Gehülfen bedient, haftet, wenn diese nicht zahlungsfähig sind, neben der von ihm selbst verwirkten Strafe, für die von denselben zu erlegenden Geldstrafen und den Schadenersatz.

§. 20. Wegen einer Jagdpolizeiübertretung soll eine Untersuchung nicht weiter eingeleitet werden, wenn seit dem Tage der begangenen That bis zum Eingange der Anzeige an die Staatsanwaltschaft oder den Richter drei Monate verstrichen sind.

§. 21. Durch Klappern, aufgestellte Schreckbilder, sowie durch Zäune kann ein Jeder das Wild von seinen Besitzungen abhalten, auch wenn er auf diesen zur Ausübung des Jagdrechts nicht befugt ist. Zur Abwehr des Roth-, Damm- und Schwarzwildes kann er sich auch kleiner oder gemeiner Haushunde bedienen.

Vom Wildschaden und dessen Verhütung.

§. 22. Auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken, auf welchen Wildschäden vorkommen, darf die Gemeindebehörde, wenn auch nur ein einzelner Grundbesitzer Widerspruch dagegen erhebt, die Ausübung der Jagd nicht ruhen lassen.

§. 23. Wenn die in der Nähe von Forsten belegenen Grundstücke, welche Theile eines gemeinschaftlichen Jagdbezirkes bilden, oder solche Waldenklaven, auf welchen die Jagdausübung dem Eigenthümer des sie umschließenden Waldes überlassen ist (§. 7), erheblichen Wildschäden durch das aus der Forst übertretende Wild ausgesetzt sind, so ist der Landrath befugt, auf Antrag der beschädigten Grundbesitzer, nach vorhergegangener Prüfung des Bedürfnisses und für die Dauer desselben, den Jagdpächter selbst während der Schonzeit zum Abschusse des Wildes aufzufordern. Schützt der Jagdpächter, dieser Aufforderung ungeachtet, die beschädigten Grundstücke nicht genügend, so kann der Landrath den Grundbesitzern selbst die Genehmigung ertheilen, das auf diese Grundstücke übertretende Wild auf jede erlaubte Weise zu fangen, namentlich auch mit Anwendung des Schießgewehrs zu tödten.

Das Nämliche gilt rücksichtlich der Besitzer solcher Grundstücke, auf welchen sich die Kaninchen bis zu einer, der Feld- und Gartenkultur schädlichen Menge vermehren, in Betreff dieser Thiergattung. Wird gegen die Verfügung des Landraths bei der vorgesetzten Verwaltungsbehörde der Rekurs eingelegt, so bleibt erstere bis zur eingehenden höheren Entscheidung interimistisch gültig.

Das von den Grundbesitzern in Folge einer solchen Genehmigung des Landraths erlegte oder gefangene Wild muß aber gegen Bezahlung des in der Gegend üblichen Schußgeldes dem Jagdpächter überlassen, und die desfallsige Anzeige binnen vier und zwanzig Stunden erstattet werden.

§. 24. Auch der Besitzer einer solchen Waldenklave, auf welcher die Jagd nach §. 7 gar nicht ausgeübt werden darf, ist, wenn das Grundstück erheblichen Wildschäden ausgesetzt ist und der Besitzer des umgebenden Waldjagdreviers der Aufforderung des Landraths, das verhandene Wild selbst während der Schonzeit abzuschießen, nicht genügend nachkommt, zu fordern berechtigt, daß ihm der Landrath, nach vorhergegangener Prüfung des Bedürfnisses und auf die Dauer desselben, die Genehmigung ertheile, das auf die Enklave übertretende Wild auf jede erlaubte Weise zu fangen, namentlich auch mit Anwendung des Schießgewehrs zu tödten.

In diesem Falle verbleibt das gefangene oder erlegte Wild Eigenthum des Enklavenbesitzers.

In den in den §§. 23 und 24 gedachten Fällen vertritt die von dem Landrathe zu ertheilende Legitimation die Stelle des Jagdscheins.

---

vom 7. März 1850. Dieser §. 18 enthält aber keinen Buchstaben, welcher auf eine Wiederherstellung jener alten Jagdbeschränkung in Betreff der Fasanen bezogen werden könnte.

19cc) (4. A.) Eine Zuwiderhandlung gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Hege- und Schonzeit des Wildes ist auch schon dann vorhanden, wenn bloß auf das Wild gejagt wird. Es ist nicht erforderlich, daß das Wild getödtet oder gefangen werde. Erk. des Obertr. v. 17. Oktbr. 1860 (J.M.Bl. S. 462). (5. A.) Während der Schonzeit ist jedes Jagen untersagt; auch derjenige verletzt die Schonzeit, welcher das Wild nur anschießt oder überhaupt während der Schonzeit auf Wild schießt oder mitschießt, mag dasselbe auch nicht von ihm getroffen sein. Erk. dess. v. 29. April 1864 (J.M.Bl. S. 199).

§. 25. Ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des durch das Wild verursachten Schadens findet nicht statt.

Den Jagdverpächtern bleibt dagegen unbenommen, hinsichtlich des Wildschadens in den Jagdpachtkontrakten vorsorgliche Bestimmung zu treffen.

§. 26. (Fällt als Uebergangsbestimmung weg.)

§. 27. In denjenigen Städten, welche zu keinem landräthlichen Kreise gehören, werden die in diesem Gesetze den Landräthen übertragenen Befugnisse von den Ortspolizeibehörden ausgeübt, und in Stelle der Kreiskommunalkasse tritt die städtische Kasse.

§. 28. Wer die Jagd innerhalb des abgesteckten Festungsrayons von 1300 Schritten ausüben will, muß vorher seinen Jagdschein von dem Festungskommandanten besonders visiren lassen.

Die Uebertretung dieser Vorschrift wird mit einer Strafe von Zwei bis Fünf Thalern geahndet.

§. 29. An die Stelle der in den §§. 16, 17, 18 u. 28 angedrohten Geldstrafe tritt für den Fall, daß der Uebertreter zu deren Bezahlung unvermögend ist, eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe.

§. 30. Alle diesem Gesetze entgegenstehenden Vorschriften werden hiermit aufgehoben.

§. 31. Unser Minister für landwirthschaftliche Angelegenheiten wird mit der Ausführung dieses Gesetzes beauftragt.

§. 128. Die Besitznehmung durch die Jagd ist erst alsdann für vollendet zu achten, wenn das Thier todt oder lebendig in die Gewalt des Jagenden gekommen ist.

§. 129. Ein Thier, welches bloß angeschossen worden, oder aus dem Netze entkommen ist, befindet sich noch in seiner natürlichen Freiheit[19d]).

Von der Jagdfolge.

§§. 130—138. Aufgehoben[20]).

§. 139. Ist angeschossenes Wild entkommen, oder hat sonst die Jagdfolge nicht stattgefunden, so ist der Jagende schuldig, dem Inhaber desjenigen angrenzenden Reviers, wohin das Wild auf der Flucht sich gewendet hat, von dem Anschusse binnen 24 Stunden, bei Einem bis fünf Thalern Strafe, Nachricht zu geben.

§. 140. Doch versteht sich dieses nur vom angeschossenen hohen Wilde, und die Anzeige geschieht auf Kosten des Berechtigten.

§§. 141—148. Fallen weg[21]).

Fälle, wo das Wild auch ohne Jagdgerechtigkeit gefangen oder getödtet werden kann.

§. 149. Das Wild, welches sich in Gärten, Höfe, oder andere an die Wohngebäude stoßende geschlossene Plätze eingedrungen hat, kann ein Jeder fangen oder tödten.

§. 150. Er darf sich aber dazu keines Schießgewehrs bedienen, und muß das gefangene oder erlegte Wild dem Jagdberechtigten abliefern.

§. 151. Der Jagdberechtigte hingegen ist schuldig, das gewöhnliche Schießgeld dafür zu bezahlen; oder muß, wenn er dieses nicht will, das Wild dem, welcher es gefangen oder erlegt hat, überlassen[21a]).

§. 152. Wo sich Wölfe aufhalten, mag jeder Grundbesitzer an abgelegenen Orten Wolfsgruben anlegen.

§. 153. Damit aber Niemand dadurch Schaden leide, müssen dergleichen Gruben gegen Menschen und Vieh tüchtig umrückt werden.

---

19d) Es kann mithin von jedem anderen Jagdberechtigten okkupirt werden.

20) (3. A.) Die §§. 130—138 setzen die Regeln fest, welche bei Ausübung der Jagdfolge zu beobachten sind. Das Recht der Jagdfolge ist jedoch aufgehoben. Ges. v. 31. Oktbr. 1848 (Zus. 3), §. 4, Abs. 2.

21) (3. A.) Die hier gegebenen Vorschriften über Wildschaden und dessen Verhütung sind beseitigt und durch diejenigen ersetzt, welche das Jagdpolizei-Ges. v. 7. März 1850 (Zus. 4), §§. 22 ff. enthält.

21a) (3. A.) Diese Vorschriften können in dem Falle keine Anwendung finden, wenn ein Grundstück für sich allein zu klein ist zur Ausübung der Jagd durch den Besitzer, und der Besitzer sich von dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke ausgeschlossen hat: alsdann ruht die Ausübung des Jagdrechts gänzlich (§§. 5 u. 6 des Jagdpolizei-Ges.), mithin ist kein Jagdberechtigter vorhanden, an welchen das gefangene oder erlegte Wild ausgeliefert werden könnte; der Grundbesitzer behält es als sein Eigenthum.

5. V. vom 15. Januar 1814, wegen Gestellung der zu den Wolfsjagden nöthigen Mannschaften. (G.S. S. 1.)

Da die Vertilgung der Wölfe eine allgemeine Landes- und Sicherheitsangelegenheit ist, und es die Gerechtigkeit erfordert, daß zu dem, was das Wohl Aller betrifft, auch Unsere getreuen Unterthanen beitragen, so verordnen Wir hiermit und kraft dieses:

§. 1. Es sollen alle ackerbautreibenden Einsassen, sowohl in den Dörfern als in den Städten, desgleichen diejenigen, welche gar keinen Acker besitzen, jedoch Pferde, Rindvieh oder Schafe halten, zu den Wolfsjagden Hülfe leisten, und die davon nach einigen Provinzialverfassungen stattgehabten Befreiungen gänzlich aufhören.

§. 2. Auf die Größe der Ackerbesitzungen soll bei Vertheilung dieser Last nicht Rücksicht genommen, sondern solche nach der Anzahl der zu obgedachter Klasse zu rechnenden Einsassen vertheilt werden.

§. 3. Nur diejenigen Einsassen, welche nicht über eine und eine halbe Meile von der Gegend, in welcher die Wolfsjagd gehalten wird, entfernt wohnen, können hiezu angezogen werden.

§. 4. Die Forstbedienten sollen die Wolfsjagden nur in Verabredung mit den Kreispolizeibehörden anordnen, und insbesondere soll von letzteren bestimmt werden, wieviel und welche Mannschaften dazu aufzufordern sind.

§. 154. Fällt weg[22]).

§. 155. Wird Jemand von wilden Thieren angefallen, so sind ihm, zur Vertheidigung seines Lebens und seiner Gesundheit alle Mittel, dieselben von sich abzuhalten oder zu tödten, erlaubt.

§. 156. Wilde oder andere reißende Thiere bleiben demjenigen, welcher sie bei solcher Gelegenheit gefangen oder getödtet hat, eigen.

§. 157. Sind aber Hirsche, Schweine oder anderes dergleichen Wild bei solchen Gelegenheiten gefangen und getödtet worden, so müssen sie dem Jagdberechtigten, gegen Ersatz des Schußgeldes, ausgeliefert werden.

Von Jagdgerechtigkeiten auf fremden Revieren.

§§. 158 bis 169. Aufgehoben[23]).

22) (3. A.) Der §. 154 verordnet: „Hat sich anderes jagdbares Wild in diesen Gruben gefangen, so muß dasselbe sofort wieder in Freiheit gesetzt oder dem Jagdberechtigten, gegen Erlegung des Schußgeldes, ausgeliefert werden." Nach heutigem Rechte gehört es gleichfalls dem Grundbesitzer, wenn er die Jagd nicht verpachtet hat. In diesem Falle muß er es dem Pächter gegen Erlegung des Schußgeldes ausliefern. Vergl. das Jagdpol.-Ges. vom 7. März 1850 (Zus. 4) §§. 23, 24.

23) Ges. vom 31. Oktober 1848 (Zus. 3), §. 1. (3. A.) Der §. 158 bestimmte, daß die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grunde und Boden, oder auf dem Jagdreviere eines Andern, nach den Gesetzen von Dienstbarkeiten zu beurtheilen (Tit. 22); die §§. 159 bis 164 handeln von der als Grundgerechtigkeit nicht mehr vorkommenden Mitjagd, und die §§. 165 bis 169 von Koppeljagden und lauten:

§. 159. Wer in demselben Reviere mit Andern zu jagen berechtigt ist, darf sein Recht nur in eigener Person oder durch seine Jäger ausüben.

§. 160. Doch kann dem Pächter eines ganzen Gutes auch die Ausübung der dem Gute zukommenden Mitjagd zugleich überlassen werden.

§. 161. Ein nur zur Mitjagd Berechtigter darf zur Ausübung derselben nicht mehr Jäger annehmen, als bisher gewöhnlich gehalten worden.

§. 162. Wenn gleich bei Gütertheilungen den Besitzern der getheilten Güter die Mitjagd vorbehalten wird, so dürfen doch dieselben zusammen nur so viel Jäger halten, als vor der Theilung gewesen sind.

§. 163. Ist vor der Theilung nur ein Jäger gehalten worden, so können die zur Mitjagd Berechtigten dieselbe zwar jeder für seine Person, übrigens aber nur durch Einen Gesammtschützen ausüben.

§. 164. Wer die Erlaubniß zur Jagd von einem Jagdberechtigten nur für sich selbst erhalten hat, darf dieselbe keinem Anderen übertragen.

§. 165. Bei der Koppel- und Gesammtjagd ist zwar das Recht zu jagen, nicht aber das gefällte Wild, gemeinschaftlich.

§. 166. In der Regel kann der, welcher die Koppel-, Gesammt-, Mit- oder Beijagd hat, dieselbe auch ohne Vorwissen seiner Mitinteressenten ausüben.

§. 167. Hingegen muß, in dergleichem Falle, das Vorhaben, ein Klopf- oder Treibjagen zu halten, dem Mitberechtigten drei Tage vorher bekannt gemacht werden.

§. 168. Diesem steht alsdann frei, mit dem Anderen gemeine Sache zu machen.

§. 169. Wer nur mit der niederen oder mittleren Jagd beliehen ist, darf, ohne Erlaubniß dessen, welchem auf demselben Reviere die hohe Jagd zusteht, kein Klopf- oder Treibjagen vornehmen.

4. Von der Fischerei [23a]). Gegenstand derselben.

§. 170. Soweit Jemand mit der Fischereigerechtigkeit in Strömen, Seen und andern Gewässern [24]) versehen ist, so weit hat er ein ausschließendes Recht [25]), sich alle [26]) in diesen Gewässern lebende Thiere zuzueignen. (Th. II, Tit. 15, Abschn. 2.)

§. 171. Der Fang solcher Thiere, die zugleich im Wasser und auf dem Lande leben (der Amphibien), gehört zur Jagd, wenn er mit Schießgewehr, Fallen oder Schlageisen geschieht [27]).

§. 172. Der Fang der Fischottern und Bieber gehört allemal zur Jagd [28]).

§. 173. Wasservögel sind nur ein Gegenstand des Jagdrechts.

§. 174. In sofern jedoch jagdbare Zugvögel, außer der Hegezeit, mit Fischernetzen unter dem Wasser gefangen werden können, ist solches dem Fischereiberechtigten erlaubt.

§. 175. Alle andere Wasserthiere und Amphibien, welche mit Fischernetzen, Angeln, oder mit der Hand im Wasser gefangen werden [29]), gehören dem Fischereiberechtigten.

Von Fischen in geschlossenen und ungeschlossenen Gewässern.

§. 176. Teiche, Hälter, Seen, und andere geschlossene Gewässer; welche sich nicht [30]) über die Grenze des Grundstücks erstrecken, in welchem sie liegen, sind in der Regel als das Eigenthum des Grundherrn anzusehen.

§. 177. Die Fische in solchen Privatgewässern gehören also auch dem Eigenthümer des Grundstücks.

§. 178. Wenn Fische, die in solchen Gewässern gehegt werden, bei großem

---

23a) (5. A.) Vergl. unten die §§. 73—78, Th. II, Tit. 15.

Leiser, Jus Georgicum, lib. III, cap. 14. — Fr. Chph. Jonathan Fischer, Kameral- und Polizeirecht, Bd. III, S. 117. — Karl Gottlob Anton, Geschichte der deutschen Landwirthschaft, Th. I, S. 161; Th. II, S. 359; Th. III, S. 511. — Heimbach sen., Von dem Fischereiregal; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XIV, S. 199. — Von der Koppelfischerei: v. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen, Bd. I, Erört. 12.

24) In öffentlichen nämlich. Die Fischerei ist ein Ausfluß des Eigenthumsrechts. Nach II, 15, §. 73 wird aber dieselbe in den öffentlichen Gewässern zu den Regalien gerechnet, wozu sie nach G. R. nicht gehört. Moser, von der Landeshoheit, Kap. 22, S. 240. Die Ausschließlichkeit, welche dieser §. 170 zusichert, bezieht sich nur auf diese s. g. Fischereigerechtigkeit. Vgl. die folg. Anm. (5. A.) An der Fischerei im Meere wird durch die Ausübung derselben allein keine ausschließliche Fischereigerechtigkeit oder der Besitz einer solchen erworben. Unten, Anm. 5a zu §. 7, Th. II, Tit. 16.

25) Den Uferbesitzern eines Privatflusses steht als Ausfluß des Eigenthums an dem Flusse auch das Recht zu, denselben zu befischen. Dieses Recht wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß einem Dritten in demselben Flusse eine Fischereigerechtigkeit zukommt. Der §. 170 d. T. begründet dem Uferbesitzer gegenüber kein ausschließliches Recht des Fischereiberechtigten. Pr. des Obertrib. 1628, v. 23. Sept. 1845. — (3. A.) „Der §. 170 (nämlich das Exklusivrecht) bezieht sich nur auf die, dem Fischereirechte unterworfenen Thiergattungen." Pr. des Obertr. 2577, v. 7. Dezbr. 1854 (Entsch. Bd. XXX, S. 184). — „Das einer Privatperson zustehende Recht zum Fischfange in einem öffentlichen Strome ist nur in soweit ein ausschließliches, als es dem Fischereiberechtigten erweislich vom Staate als Privilegium verliehen worden ist." Pr. des Obertr. 2576, v. 7. Dez. 1854 (Entsch. Bd. XXX, S. 185).

26) Unter der Fischerei ist auch der Krebsfang begriffen. Hinsichtlich der Amphibien macht der §. 171 eine Ausnahme.

27) Also nicht, wenn mit Netzen, Angeln, Speeren, Harpunen und dergl. Werkzeugen, oder auch ohne Werkzeuge. Vergl. §. 175. Die Frage war streitig.

28) War ebenfalls streitig. Runde, in den Beiträgen II, S. 451 ff. rechnet die Fischottern aus gewichtigen Gründen zur Fischerei. Die Fischottern sind für die Fischerei das, was Wölfe und Füchse für die Jagd. Deshalb müßte, nach dem Prinzip des §. 189 d. T., dem Fischereiberechtigten unbedingte Befugniß gegen sie zustehen.

29) Das soll heißen: gefangen werden können. Diese Möglichkeit ist die Grenze zwischen dem Rechte des Fischereiberechtigten und dem des Eigenthümers hinsichtlich der Jagd.

30) Hiervon darf nicht argumento a contrario angenommen werden, daß, wenn sie sich über die Grenze hinaus erstrecken, sie nicht als Privateigenthum der Anlieger angesehen werden könnten. S. die Anm. 32 zu §. 180 d. Tit.

Wasser oder bei einem Durchbruche des Dammes austreten; so können sie von dem Eigenthümer auch auf fremdem Grunde wieder eingefangen werden.

§. 179. Bis in Flüsse und Ströme hingegen, oder in andere Gewässer, worin ein Dritter das Recht zu fischen hat, findet die Verfolgung nur in soweit statt, als der Eigenthümer sichere Merkmale anzugeben vermag, wodurch seine ausgetretenen Fische von denjenigen, die in dem andern Gewässer befindlich sind, sich hinlänglich unterscheiden [31]).

§. 180. Wenn Flüsse, Bäche oder andere uneingeschlossene Gewässer austreten, so kann der, welcher darin zu fischen berechtigt ist, die ausgetretenen Fische in der Regel nicht verfolgen [32]).

---

31) Die §§. 176—179 enthalten den Gegensatz von §§. 180—183, indem sie die s. g. zahme Fischerei betreffen, wogegen die §§. 180 ff. die wilde Fischerei zum Gegenstande haben. Die Fische, welche in geschlossenen Privatgewässern gehegt und gezüchtigt werden, stehen mit den zahmen Thieren auf gleicher Linie; sie sind im Eigenthume und Besitze des Herrn, wenngleich sie noch im Wasser sind; denn der Herr hat nur nöthig, das Wasser abzulassen, um alle Fische zu nehmen. Darum kann der Eigenthümer die durch Naturereignisse weggeführten Fische von jedem Dritten abholen (vindiziren). Im Falle des §. 179 muß er natürlich seine mit fremden Fischen vermengten Fische unterscheiden können.

32) Der Gegenstand dieses Gesetzes in Verbindung mit dem folg. §. 181 ist nicht die Bestimmung des Eigenthums an den Privatflüssen und Bächen, sowie auch der §. 176 nicht eigentlich von dem Eigenthume des Grundes und Bodens handeln will, sondern in Verbindung mit §. 177 über das Eigenthum der darauf gezüchteten und eingeschlossenen Fische Bestimmung treffen soll. Wem das Eigenthum an Flüssen, Bächen und anderen Gewässern, welche sich durch mehrere Grundstücke verschiedener Eigenthümer erstrecken, zustehe, ist nirgend ausdrücklich gesagt, und wegen der hier nicht passenden Fassung des §. 176 könnte man argumento a contrario behaupten, daß es nicht den Anliegern gebühre. Allein daraus, daß der Staat sich nur in öffentlichen Strömen den Fischfang vorbehalten hat, folgt, daß die Fischerei in Privatgewässern Gegenstand des Privateigenthums ist, und daß wahrscheinlich kein anderer Privatmann, als der Anlieger dazu kommen kann; und die Bestimmung, daß nach §§. 222—273 d. T. Alluvionen, Inseln und verlassene Flußbetten den Anliegern gehören, setzt voraus, daß auch die über den Boden hinfließenden und darauf stehenden Gewässer denselben Eigenthümern angehören. S. auch Entsch. des Obertrib. Bd. XV, S. 365. (3. A.) Daß sich in dem A. L.R. keine allgemeine Bestimmung über das Eigenthum und die Nutzungen der nicht schiffbaren oder Privatflüsse findet, kommt von einer Unachtsamkeit. In dem ersten Entw. z. A. G.B. waren Th. I, Abth. 3, Tit. 2 (von den nutzbaren Rechten und Regalien des Staats im Allgemeinen), §. 37, die Nutzungen jener Flüsse ausdrücklich den Uferbesitzern zugesprochen. (Mat. Bd. 19, Bl. 74.) Von den Mitgliedern der Ges.-Komm. war hiergegen nichts erinnert worden; aber v. Carmer ließ, bei einer von ihm selbst vorgenommenen Umarbeitung des Titels, den §. 37 weg. Suarez machte hierauf in einer Zusammenstellung der Mon. aufmerksam; man beschloß aber die Weglassung des §. 37, doch nur deshalb, weil er zu einem der speziellen Titel gehörte. (Bl. 168 a. a. O.) Dort hat man ihn jedoch überall außer Acht gelassen. Darum ist das Prinzip, welches die Ausführungssätze voraussetzen, nirgend ausgedrückt. (Ges.-Rev. Pens. XII, S. 203.) (4. A.) Die Praxis ist jedoch über dasselbe nicht zweifelhaft. Erk. des Obertr. v. 8. Juni 1857 (Archiv f. Rechtsfälle B. XXV, S. 145).

(2. A.) Das Recht zu fischen ist hiernach ein Ausfluß des Eigenthums und steht daher in Privatflüssen und Gräben in der Regel dem Uferbesitzer zu, und zwar, wenn auf jeder Seite ein Anderer ist, bis zum Thalwege. S. auch die Entsch. des Obertr. vom 18. Oktober 1836. (Schles. Archiv Bd. III, S. 86 ff.) (3. A.) Uebereinstimmend hiermit hat das Obertr. den Satz ausgesprochen: „Das Recht, einen Privatfluß zu befischen, steht den Uferbesitzern als Ausfluß des Eigenthums zu, soweit sich ihr Ufer erstreckt." Erk. v. 23. Septbr. 1845 (Entsch. Bd. XV, S. 361). Auch harmonirt damit das zu §. 74, II. 15 eingetragene Pr. 517, v. 17. August 1838: „Wenn die Fischereigerechtigkeit in einem Privatflusse aus einer Verleihung des Staats ohne Bestimmung gewisser Grenzen hergeleitet wird, so findet die Festsetzung des §. 74 — daß sie sich nicht über den Uferbesitz hinaus erstrecke — Anwendung. Aus den Vorschriften der §§. 176 und 179, Tit. 9, Th. I geht nicht hervor, daß für den Eigenthümer des Grundes und Bodens nur allein unter Voraussetzung der völligen Geschlossenheit des Gewässers ein Anspruch auf die Fische entspringe; vielmehr enthalten dieselben nur eine Anwendung des allgemeinen Rechtsprinzips: daß in der Regel das innerhalb der Grenzen eines Grundstücks Belegene zu demselben gehört, und dazu benutzt werden kann. Die Anwendung dieses Prinzips auf die Fischerei in Privatflüssen steht aber mit der Vorschrift des §. 74 in vollkommenem Einklange. (5. A.) Das Obertr. hat denn auch, unter Vernichtung des absprechenden Appellationsurtels, ganz folgerichtig, ausdrücklich erkannt, daß das Eigenthum der Landseen, ebenso wie der Privat-

§. 181. Vielmehr gehören diese demjenigen, auf dessen Grunde das ausgetretene Wasser stehen bleibt[33]).

§. 182. Bleiben die Fische, nach abgelaufenem Wasser in Lachen[33a]) zurück, die Jemand zu befischen das Recht hat, so kann dieser auch solche Fische sich zueignen[34]).

§. 183. Es darf aber Niemand die Fische durch Netze, Zäune, Dämme, oder andere Wehrungen, an der Rückkehr in den Strom verhindern[35]).

§. 184. Jeder Eigenthümer mag auf seinem Grunde und Boden, unter Beobachtung der Landes-Polizeigesetze, Fischteiche anlegen. Polizeigesetze bei Ausübung der Fischerei.

§. 185. Die Fischerei in Teichen und eingeschlossenen Privatgewässern, ist jeder Eigenthümer nach eigenem Gutfinden[36]) auszuüben berechtigt.

§. 186. In öffentlichen aber, sowie in nichteingeschlossenen Privatgewässern, müssen, bei Ausübung derselben, die Vorschriften der Polizeigesetze wegen der Laichzeit, des verbotenen Fischerzeuges und was sonst darin zur Verhütung des Ruins der Fischerei verordnet ist, genau befolgt werden.

§. 187. Auch in Privatflüssen, worin mehrere die Fischereigerechtigkeit haben,

---

flüsse, den Anliegern nach der Ausdehnung des Uferbesitzes und bis zur Mitte des Gewässers, als Pertinenz (eigentlich als Bestandtheil) des am Ufer liegenden Grundstücks, zusteht, und zwar am See selbst und dessen Nutzungen, so lange der See als solcher besteht, und daß das Eigenthum des Seebettes von den Adjazenten nicht erst in Folge der Trockenlegung des Sees erworben wird. Erk. vom 3. November 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 38).

Die in solchen Gewässern lebenden Fische und anderen Wasserthiere stehen den jagdbaren wilden Thieren hinsichtlich der Eigenthumserwerbung gleich: sie müssen okkupirt werden; und die Verfolgung auf fremdes Terrain ist nicht zulässig, vielmehr kann sie derjenige in Besitz nehmen, auf dessen Grunde sie stehen bleiben oder gefangen werden. §. 181. (4. A.) Das Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg enthält keine hiervon abweichenden Bestimmungen. Erk. des Obertr. vom 9. Februar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 12).

33) Vergl. die vorhergehende Anm. zu §. 180, mit welchem dieser §. zusammenhängt.

33a) (5. A.) Das Obertr. spricht von Lachen „im gesetzlichen Sinne", und versteht darunter „ausgetretenes Wasser, welches, wenn das Wasser wieder abgelaufen ist, stehen geblieben und nach allen Seiten von Land umgeben ist." Erk. vom 21. Dezember 1865 (Entsch. Bd. LVII, S. 22 und Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 120). Das Gesetz definirt den Begriff nicht; der Ausdruck ist kein juristischer, überhaupt kein technischer, sondern ein, nicht überall in Deutschland bekannter Ausdruck des gemeinen Sprachgebrauchs. Dieser Sprachgebrauch versteht darunter eine stehende Flüssigkeit von geringem Umfange ohne regelmäßigen Zu- oder Abfluß, welche bald rein, bald unrein sein, Fische enthalten oder nicht enthalten kann. Daher Wasserlache, Mistlache, Kothlache, Blutlache u. s. w., im Nieders. Lake, im Latein. lacuna, im Wend. luza, wovon das Schlesische Luge (spr. Luscheh). In Niederdeutschland ist dafür der Ausdruck Pfuhl gebräuchlich. Vergl. Eberhard, synonymisches Handwörterbuch Nr. 797; Adelung s. v. Lache.

34) Die Bestimmung bezieht sich lediglich auf Fische, welche zur s. g. wilden Fischerei gehören, hat also einen anderen Gegenstand als der §. 179, und regelt sowohl das Verhältniß zwischen demjenigen, aus dessen Grenzen die Fische weggeschwemmt worden sind, und dem Grundeigenthümer, auf dessen Boden sie stehen bleiben, als auch das zwischen diesem und dem etwa vorhandenen Fischereiberechtigten. Dieser schließt den Grundeigenthümer von der Besitznahme solcher angeschwemmten Fische aus, wenn er nicht befugt ist, seine Lachen mit zu befischen.

35) Die Satzung ist rein positiv; sie folgt aus keinem Prinzip. Man hat sie aus der Märkischen Fischordnung v. 8. März 1790, Kap. 4, Nr. 7, entnommen.

(5. A.) Aus den §§. 180—184 entnimmt das Obertr. als landrechtliche Theorie, daß der Fischereiberechtigte die mit dem Wasser ausgetretenen Fische der Regel nach auf fremden Grund und Boden nicht verfolgen, daß ferner, so lange das ausgetretene Wasser nicht in die Ufer zurückgetreten oder nicht abgelaufen ist, ebensowenig ein Grundbesitzer als solcher, wie auch sonst Jemand, der in Lachen zu fischen berechtigt ist, in dem ausgetretenen Wasser überhaupt fischen darf, daß endlich erst dann, wenn das Wasser abgelaufen ist, von Lachen in dem oben (Anm. 33a) angegebenen Sinne die Rede sein kann. Erk. vom 21. Dezember 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 120).

36) D. h. ohne daß er darin durch Polizeigesetze beschränkt ist, wie es im folg. §. 186 hinsichtlich der Fischerei in öffentlichen und in uneingeschlossenen Privatgewässern geschieht.

darf Niemand, der nicht ein besonderes Recht dazu erworben hat, durch Versetzung des Flusses ober- oder unterhalb den freien Gang der Fische hindern[37]).

§. 188. Auf öffentlichen Gewässern soll Niemand zum Nachtheil des Fischereiberechtigten Enten halten.

§. 189. Enten, welche die Besitzer der an Privatflüsse und Teiche stoßenden Grundstücke ohne ausdrückliche Erlaubniß des Fischereiberechtigten halten, ist dieser, wenn sie auf dem Wasser betroffen werden, zu pfänden oder zu tödten wohl befugt[38]).

§. 190. Wer ohne Recht oder Erlaubniß fischt oder krebst, verliert, außer dem, was er gefangen hat, auch die bei ihm befindlichen Netze und Fischergeräthe. (Str.G.B. §. 273.)

Schranken der Fischereigerechtigkeit.

§. 191. Wer bloß die Fischereigerechtigkeit hat, darf sich deswegen in dem Strome der Gewässer anderer Rechte des Grundeigenthümers nicht anmaßen[38a]).

§. 192. Werden also bei Gelegenheit des Fischfanges andere Sachen gefunden und entdeckt, so gelten in Ansehung derselben die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnittes.

## Fünfter Abschnitt.

### Von der Beute.

B. Kriegsrecht, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VI, S. 237 und folg. — Gans, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, Nr. XIII, S. 155. — Bornemann, System, Bd. II, §. 111. — Mein Preußisches Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §. 246.

Von der Beute überhaupt.

§. 193. Das Recht, im Kriege Beute zu machen, kann nur mit Genehmigung des Staats erlangt werden.

§. 194. Wem[39]) der Staat dieses Recht ertheilt hat, der erwirbt durch die bloße Besitzergreifung[40]) das Eigenthum der erbeuteten Sache.

§. 195. Wer Kriegs- oder Mundvorräthe erbeutet, der muß dieselben zum Gebrauche des Staats abliefern.

---

37) Dadurch würden die übrigen Berechtigten beschränkt werden. (4. A.) Die Vorschrift gilt auch für öffentliche Flüsse, und ihrem Verbote unterliegen auch unvollständige Flußversetzungen, wenn auch die Passage für die Fische an den freien Stellen möglich ist; es bedarf zur Begründung der Klage des Fischereiberechtigten auf Wegräumung der Versetzungen eines besonderen Nachweises des dadurch verursachten Nachtheils nicht. Erk. des Obertr. v. 9. Juni 1857 (Arch. Bd. XXV. S. 158). — Das Verbot der Versetzung beschränkt sich nicht auf eine Versetzung durch dauernde Anlagen, sondern bezieht sich auch auf Versetzungen durch Netze. Erk. des Obertr. v. 7. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 2).

38) Auch das Flachs- und Hanfröthen braucht der Fischereiberechtigte nicht zu leiden. Edikt v. 14. September 1811, §. 37 (G.S. S. 309). Und die der Fischerei schädlichen Thiere kann er wegfangen oder verscheuchen. Vergl. o. die Anm. 28 zu §. 172.

38a) (5. A.) Der §. 191 enthält ebensowenig ein Verbot der Verjährung, als eine besondere Theorie für die Besitznahme negativer Rechte oder deren Erwerb durch Verjährung. Erk. des Obertr. vom 5. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 192). Diese besonderen Vorschriften der §§. 191, 193 sind somit müßig, weil — wie auch das Obertr. a. a. O. sagt — auch ohne sie der bloß zur Fischerei Berechtigte nicht als befugt anzusehen sein würde, sich andere Rechte des Grundeigenthümers anzumaßen, indem dies aus den allgemeinen, die Freiheit des Eigenthums verbürgenden Grundsätzen folgt.

39) Nach dem Sinne des L.R. kann nur der Soldat oder doch nur eine solche Person, welche zum Heere gehört, oder demselben folgt, Beute machen, und der Staat, der dazu die Erlaubniß geben soll, wird durch die Kriegsbefehlshaber repräsentirt. Das L.R. weicht hierin also sehr bedeutend von dem R. R. ab, nach welchem jeder römische Bürger, gleichviel ob Soldat, oder nicht, bewegliche Sachen eines Volkes, mit welchem das Röm. Volk kein Bündniß hatte, okkupiren konnte, ohne daß dazu Krieg erforderlich war. L. 5, §. 7; L. 7 pr., L. 51, §. 1 D. de acquir. rer. dom. (XLI, 1).

40) Die Sachen werden für herrenlos angesehen, weil das feindliche Volk, während des Kriegszustandes, für rechtlos gilt. Deshalb wird durch Okkupation Eigenthum an Sachen der feindlichen Nation erworben.

§. 196. Alle andern Sachen, welche bei dem feindlichen Kriegsheere, oder bei den unter den Waffen befindlichen Feinden, ingleichen bei feindlichen Marketendern und Lieferanten angetroffen werden, sind als Beute zu betrachten.

§. 197. Das Eigenthum feindlicher Unterthanen, die weder zur Armee gehören, noch derselben folgen, kann nur zur Beute gemacht werden[41]), wenn der Befehlshaber der Truppen die ausdrückliche Erlaubniß dazu gegeben hat[41a]).

§. 198. Unbewegliches Eigenthum ist niemals ein Gegenstand der Beute[42]).

§. 199. Bewegliche Sachen, die der Feind weggenommen und veräußert hat, kann der vorige Eigenthümer gegen Erstattung desjenigen, was dafür gezahlt worden, zurückfordern[43]).

---

41) In der Kriegssprache geschieht dies durch „Plünderung".

41a) (5. A.) Um außerhalb des Falles des §. 197 an Sachen des Feindes Beute zu machen, bedarf weder der Soldat, noch der Befehlshaber der Truppen für seine Person einer vorangehenden besonderen, ausdrücklichen Erlaubniß des Staates. — Der Befehlshaber bedarf einer solchen Erlaubniß selbst in dem Falle des §. 197 nicht. Erk. des Obertr. vom 24. Juni 1864 (Arch f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 316 und Entsch. Bd. LIII, S. 49).

42) Nach R. R. wurde der Grund und Boden für den Staat in Besitz genommen. L. 20, §. 1 D. de captivis (XLIX, 15).

43) In den §§. 193—198 wird von der Erwerbung des Eigenthums durch Erbeutung gehandelt, die §§. 199—204 sprechen von dem Verluste des Eigenthums durch feindliche Wegnahme. Es ist nicht klar, in wiefern dadurch das Eigenthum erlischt und dem Feinde ein gleiches Recht, auf solche Art Eigenthum zu erwerben, zugestanden wird. Der §. 201 bezeichnet die Handlung, durch deren Vollziehung die Erbeutung für vollendet zu erachten. Diese Bestimmung kommt aus der L. 5, §§. 1 u. 2 D. de captivis. Dort hat sie aber eine Bedeutung, die für uns nicht vorhanden ist. Der Feind bekümmert sich darum nicht, mit welchem Augenblicke wir ihm die vollendete Erwerbung zugestehen wollen. Die Regel gilt mithin nur für uns selbst. Einl. §. 1. Dann aber bestimmt sie das Verhältniß zwischen dem Geplünderten und dem dritten Besitzer der weggenommenen Sache und enthält den Grundsatz, daß derjenige, welcher von dem Feinde erbeutete Sachen erwirbt, bevor der Feind damit an den im §. 201 bezeichneten Ort der Sicherheit gekommen, nicht Eigenthümer geworden ist; wogegen das Eigenthum an dergleichen Sachen, die dem Feinde im Lager u. s. w. abgekauft werden, durch die Uebergabe erworben wird. Die Folge hiervon ist, daß der vorige Eigenthümer kein Vindikationsrecht hat. Auf diese Sachen könnte mithin unser §. 199, wenn er durch den §. 201 seine nähere Bestimmung erhielte, nicht bezogen werden. Es ist aber nicht wahrscheinlich, daß die Verf. des L.R. dieses Verhältniß der beiden §§. zu einander im Sinne gehabt und die Beschränkung des Vindikationsrechts auf diese seltenen Fälle beabsichtigt haben; denn es gehört gewiß zu den seltenen Ausnahmen, daß die feindlichen Truppen mit der gemachten Beute auf dem Rückzuge nach ihrem Lager sich Zeit nehmen oder auch nur Gelegenheit finden, weggenommene Sachen zu verhandeln. Vielmehr scheint der an die Spitze gestellte Grundsatz unseres §. 199 allgemein auf alle von feindlichen Truppen erworbenen Sachen Anwendung zu finden. In diesem Falle hat der §. 201 eine andere Beziehung (worüber u. die folg. Anm. 44), und der §. 199 spricht dem Feinde das Recht, Eigenthum durch Erbeutung und Plünderung von uns zu erwerben, ganz ab. Das wäre auf unserem Standpunkte, dem Feinde gegenüber, allerdings der richtige Rechtszustand. Darnach kann denn der Feind auf keine Weise das Eigenthum an bei uns weggenommenen Sachen weiter übertragen, und kein Dritter kann dergleichen Sachen von ihm durch Tradition eigenthümlich erwerben; vielmehr hat der geplünderte Eigenthümer das Abforderungsrecht gegen jeden Dritten, bis zur Verjährung des Klagrechts. Eine weitere Folge hiervon ist, daß der Dritte, welcher wissentlich eine uns abgenommene Sache von den Feinden erwirbt, in der Absicht, sie für sich zu behalten, ein unredlicher Besitzer ist. Die Bemerkung von Suarez in der revisio monitorum, daß sich nicht bestimmen lasse: ob der Erwerber einer vom Feinde erbeuteten Sache pro bonae vel malae fidei possessore zu achten, es vielmehr auf die Umstände des Falles ankomme — diese Bemerkung trifft völlig zu. Denn der feindliche Offizier kann die goldene Uhr, welche er verkauft, sowohl auf jede andere Weise rechtmäßig erworben, als auch von einem anderen seiner Feinde als von uns erbeutet haben, und dann kann von der Unredlichkeit des Abkäufers nicht Rede sein. Weiß dieser aber, daß sein Nachbar kurz vorher eben von diesem Verkäufer der Uhr beraubt worden ist, so ist er ein unredlicher Besitzer, wenn er die Uhr animo sibi habendi kauft. Diese innere Handlung muß aber aus den Umständen erhellen, sonst ist anzunehmen, daß er die Sache in guter Absicht, um sie dem Geplünderten zu erhalten, an sich gebracht habe. Dieser Fall ist der bei der Fassung des §. 199 vorausgesetzte, wonach der Besitzer die Auslagen soll fordern dürfen, was sich bei jedem Besitzer versteht, wenn ihm keine Unredlichkeit nachzuweisen ist. — Das Schr. des Ostpreuß. Provinzialdepartements v. 6. Mai 1808, betr. die Vindikation der vom Feinde

§. 200. Hat der Feind die erbeutete Sache verschenkt, so muß der Besitzer dieselbe dem vorigen Eigenthümer unentgeltlich zurückgeben.

§. 201. Die Beute ist erst alsdann für erobert zu achten, wenn sie von den Truppen, welche sie gemacht haben, bis in ihr Lager, Nachtquartier, oder sonst in völlige Sicherheit gebracht worden [44]).

§. 202. So lange der Feind noch verfolgt wird, bleibt dem vorigen Eigenthümer der ihm wieder abgenommenen Sachen sein Recht darauf vorbehalten.

§. 203. Den Truppen, welche dem Feinde die Beute wieder abnehmen, soll von dem Kriegsgericht eine nach den Umständen billig gefundene Belohnung, welche die Eigenthümer bei der Zurücknahme entrichten müssen, ausgesetzt werden.

§. 204. In sofern zu dergleichen wiedereroberten Beute kein Eigenthümer sich meldet, verbleibt dieselbe den Truppen, die sie dem Feinde wieder abgenommen haben.

Von der Kaperei insonderheit.

§. 205. Privatpersonen, welche Kaperschiffe auszurüsten Vorhabens sind, müssen zu diesem Behufe sich Kaperbriefe ertheilen lassen [45]).

§. 206. Wer ohne diese auf Kaperei ausgeht, wird als ein Seeräuber angesehen.

§. 207. In Ansehung der Kapereien findet der Regel nach alles statt, was vorstehend vom Beutemachen verordnet ist.

§. 208. Güter und Schiffe, welche von Kapern weggenommen werden, sind erst für verloren anzusehen [46]), wenn dieselben in einem feindlichen oder neutralen Hafen aufgebracht worden.

§. 209. Sind sie noch vorher durch Kaper, die unter dem Schutze derjenigen Macht, welcher der Eigenthümer unterworfen ist, oder einer mit derselben im Bunde stehenden Macht, Kaperei treiben, dem Feinde wieder abgenommen worden, so müssen sie dem Eigenthümer für den dritten Theil des Werths verabfolgt werden.

§. 210. Ist dergleichen Beute dem Feinde von Kriegsschiffen des Staats, oder dessen Bundesgenossen wieder abgenommen worden, so findet, zum Besten der Eroberer, dasjenige statt, was oben §. 205 [47]) in Ansehung der Landtruppen verordnet ist.

Anh. §. 7. Die Rechte und Befugnisse der Preußischen Kaperschiffe sollen, nach den jedesmal konkurrirenden Verhältnissen zu seiner Zeit bestimmt werden [48]).

---

weggenommenen und veräußerten Sachen (Rabe, Bd. IX, S. 195), ist völlig abwegig und nicht zu besprechen.

44) Vergl. die vor. Anm. — Die Bestimmung der §§. 201—204 bezieht sich auf das Verhältniß der diesseitigen Truppen zu den von Feinden Geplünderten in Betreff der den Feinden abgenommenen Beute. Die von den Feinden eroberten Sachen sind, vermöge des Beuterechts, Eigenthum des Erobernden, wenngleich dieselben kurz zuvor bei diesseitigen Personen weggenommen worden waren. Von dieser Regel machen die §§. 201—204 eine Ausnahme in Ansehung derjenigen in Gewahrsam der Feinde gefundenen Sachen, mit welchen der Feind noch auf dem Wege nach seinem Lager ꝛc. betroffen, und welche ihm dabei wieder abgenommen worden. Diese müssen, nach §§. 202 und 203, den Eigenthümern gegen eine Belohnung zurückgegeben werden.

45) Kaperbriefe ertheilen kann nur der Kriegsherr oder die dazu von ihm Ermächtigten; denn durch diese Briefe sollen Privatpersonen ermächtigt werden, auf eigene Hand Krieg zu führen mit dem Anspruche, vom Feinde nach Völkerrecht behandelt zu werden.

46) Sie können mithin, wenn sie dem Feinde vorher wieder abgenommen werden, nicht als gute Prise angesehen werden. §§. 209 und 210. Dies ist derselbe Grundsatz, welcher in den §§. 201—204 hinsichtlich der Landtruppen ausgesprochen ist.

47) Die Zahl 205 ist ein Druckfehler, es muß „203" heißen. Dekl. vom 24. September 1798 (Rabe, V, S. 209).

48) Durch diese Bestimmung ist die Dekl. v. 24. Septbr. 1798, ad part. 1, Tit. 9, §§. 208—210 (s. die vor. Anm.) wieder abgeändert. Bei der Vorlegung des Anhangs zur königlichen Genehmigung eröffnete der König der Gesetzkommission, mittelst Ordre v. 28. April 1803, daß er gar nicht Willens sei, je in einem Kriege das von den Seemächten in neueren Zeiten über alle Schranken ausgedehnte Kapersystem nachzuahmen, weshalb der Zusatz aus jener Deklaration ganz überflüssig, jedenfalls es aber nicht gerathen scheine, ihn dem L.R. einzuverleiben, sondern nöthig, diese Bestim-

§. 211. Was für Sachen und Waaren durch Kaperei erworben werden können, ist nach dem Inhalt der Kaperbriefe, und nach den zwischen den kriegführenden und neutralen Mächten bestehenden Traktaten zu beurtheilen.

---

mung für den Fall vorzubehalten, wo die eiserne Nothwendigkeit den Staat zu solchen Maßregeln, die die Gerechtigkeit sonst nicht billigen könne, zwingen möchte. In Folge dessen wurde der Inhalt der Dekl. weggelassen und dafür dieser §. 7 dem Anhang eingeschaltet, dessen Bedeutung eben darin besteht, daß die Deklaration dadurch beseitigt ist; denn daß künftige Verordnungen unbenommen sind, versteht sich von selbst.

(3. A.) Der Pariser Friedensvertrag v. 30. März 1856 enthält am Schlusse folgende Erklärung:

**Erklärung in Betreff einiger Punkte des Seerechtes.** Die Bevollmächtigten, welche den Pariser Vertrag v. 30. März unterzeichnet haben, in Konferenz versammelt: in Erwägung: daß das Seerecht, in Kriegszeiten lange Zeit hindurch der Gegenstand bedauerlicher Streitigkeiten gewesen ist; daß die Ungewißheit des Rechts und der Pflichten in derartigen Sachen zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Neutralen und den Kriegführenden Anlaß giebt, die ernste Schwierigkeiten und sogar Konflikte erzeugen können;

daß es, dem zufolge, nützlich ist, eine gleichförmige Doktrin über einen so wichtigen Punkt einzuführen;

daß die im Pariser Kongresse versammelten Bevollmächtigten nicht besser den Absichten, von denen ihre Regierungen beseelt sind, entsprechen können, als indem sie in die internationalen Beziehungen feste Grundsätze in dieser Beziehung einzuführen suchen;

sind die obigen besagten, gehörig autorisirten, Bevollmächtigten übereingekommen, sich über die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes zu berathen, und haben einmüthig die nachfolgende feierliche Erklärung festgestellt:

1) Die Kaperei ist und bleibt abgeschafft. 2) Die neutrale Flagge deckt die feindliche Waare, mit Ausnahme von Kriegskontrebande. 3) Die neutrale Waare, mit Ausnahme von Kriegskontrebande, ist nicht beschlagnehmbar unter feindlicher Flagge. 4) Die Blokaden, um bindende Kraft zu haben, müssen effektiv sein, das heißt, durch eine hinreichende Macht aufrecht erhalten werden, um wirklich den Zugang zu dem Küstenlande des Feindes zu untersagen.

Die Regierungen der unterzeichneten Bevollmächtigten verpflichten sich, diese Erklärung zur Kenntniß derjenigen Staaten zu bringen, die nicht berufen gewesen sind, an dem Pariser Kongresse Theil zu nehmen, und sie einzuladen, derselben beizutreten.

Ueberzeugt, daß die Grundsätze, welche sie proklamirt haben, von der ganzen Welt nur mit Dankbarkeit aufgenommen werden können, zweifeln die unterzeichneten Bevollmächtigten nicht daran, daß die Bemühungen ihrer Regierungen, deren Annahme allgemein zu machen, vollständiger Erfolg krönen wird.

Die gegenwärtige Erklärung ist nur bindend und wird es nur sein zwischen denjenigen Mächten, die ihr beigetreten sind oder beitreten werden.

Geschehen zu Paris, 16. April 1856. (Folgen die Unterschriften.)

In der Bundestagssitzung v. 13. Juni 1856 ist diese von der Konferenz zu Paris in ihrer 22sten Sitzung v. 8. April 1856 vereinbarte Deklaration durch die Gesandten von Oestreich und Preußen der Bundesversammlung überreicht worden. Durch königl. V. v. 12. Juni 1856 (G.S. S. 585) ist diese Erklärung genehmigt und als Gesetz verkündet worden.

Die amerikanische Regierung hat sich gleichfalls mit den drei letzteren Sätzen einverstanden erklärt; von Abschaffung der Kaperbriefe jedoch will sie nichts wissen. „Keine Nation," sagt sie, „welche nicht der gehörigen Selbstachtung baar ist, wird einer anderen, mag sie nun kriegführende oder neutrale sein, gestatten, die Beschaffenheit der Streitkräfte zu bestimmen, welche sie zur Verfolgung von Feindseligkeiten für geeignet halten mag. Auch handelt sie nicht weise, wenn sie freiwillig auf das Recht verzichtet, irgend ein durch das Völkerrecht sanktionirtes Mittel, von dem sich mit Vortheil zur Vertheidigung oder zum Angriffe Gebrauch machen läßt, anzuwenden. Die Vereinigten Staaten betrachten große Flotten und große stehende Heere als schädlich für den Nationalwohlstand und als gefährlich für die bürgerliche Freiheit. Die Politik der Vereinigten Staaten ist einer solchen Wehrkraft stets feindlich gewesen und zwar nie in höherem Grade als eben jetzt. Deshalb werden sie sich auch nie zu einer Neuerung im Völkerrechte verstehen, welche sie nöthigen würde, in Friedenszeiten eine mächtige Flotte oder ein großes regelmäßiges Heer zu unterhalten. Es ist allerdings nicht im Geringsten zu verwundern, wenn große Seemächte dem ihnen ziemlich nutzlosen Brauche, Kaperbriefe auszustellen, unter der Bedingung entsagen, daß schwächere Mächte sich dazu verstehen, auf das wirksamste Mittel zur Vertheidigung ihrer Rechte zur See zu verzichten. Nach Ansicht der amerikanischen Regierung steht ernsthaft zu befürchten, daß, wenn man das Kapersystem aufgiebt, die Herrschaft zur See den Mächten anheimfallen wird, deren Politik und Mittel die Unterhaltung großer Flotten gestatten. Die Macht, welche eine entschiedene Ueberlegenheit zur See hat, würde der Sache nach die Gebieterin des Ozeans sein, und durch Abschaffung des Kaperwesens würde diese Herrschaft noch fester begrün-

§. 212. Wo diese nichts bestimmen, sind alle Waaren und Güter feindlicher Unterthanen, welche auf feindlichen Schiffen gefunden werden, für gute Beute anzusehen.

§. 213. Dagegen soll den Unterthanen freundschaftlicher oder neutraler Mächte ihr auf feindlichen Schiffen gefundenes Eigenthum nicht vorenthalten werden.

§. 214. Auch das Eigenthum feindlicher Unterthanen, welches sich auf neutralen Schiffen befindet, ist frei.

§. 215. Ein Gleiches gilt von dem Eigenthume feindlicher Unterthanen, welches dieselben den Postschiffen und Packetbooten des gegen ihren Landesherrn kriegführenden Staats anvertraut haben.

§. 216. Alles Vorstehende (§§. 213, 214, 215) findet jedoch nur in sofern statt, als dergleichen Güter und Sachen nicht unter die verbotenen Waaren gehören.

Anh. §. 8. Bei Bestimmung der Frage, was Kontrebande sei, muß auf das Rücksicht genommen werden, was in den §§. 2034 u. 2035, Th. II, Tit. 8 als solche bestimmt worden ist; jedoch soll die dem gedachten §. angehängte Klausel:

„und was sonst durch besondre Verträge zwischen den verschiedenen Nationen einzunehmen verbo-
„ten ist,"

hier nicht Anwendung finden, indem solche bloß auf Versicherungsgeschäfte Beziehung hat[49]).

§. 217. Was verbotene Waaren sind, ist in der Lehre von Versicherungen bestimmt. (Th. II, Tit. 8, Abschn. 14)[50]).

§. 218. Alles, was nach einem kundbar belagerten oder eingeschlossenen Hafen geführt wird, ist als verbotene Waare zu betrachten.

§. 219. Für eingeschlossen ist ein Hafen zu achten, wenn derselbe durch eine feindliche Landbatterie oder durch Kriegsschiffe, die vor dem Hafen stationirt sind, gesperrt ist.

## Sechster Abschnitt.

### Von der Erwerbung der An- und Zuwächse*).

Hellfeld, Jurisprudentia forensis, §§. 589 ff. Dazu: Glück, Erläuterung der Pandekten, nach Hellfeld, Bd. VIII, S. 248 ff. — C. G. Wächter, Accession als Eigenthumserwerbsart; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 11 u. flg. — Bornemann, System des Preußischen Civilrechts, Bd. II, §§. 112—116. — Mein Preußisches gemeines Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §§. 247 ff.

1. Von Früchten**).

§. 220. Nutzungen***) einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder

det werden. Wäre eine solche Macht im Kriege mit einer Nation begriffen, die eine schwächere Kriegsflotte besitzt, so würde sie weiter nichts für die Sicherheit und den Schutz ihres Handels zu thun brauchen, als auf die Schiffe der regelmäßigen feindlichen Flotte Acht zu haben. Diese würde sie durch die Hälfte oder einen noch geringeren Theil ihrer eigenen Flotte im Zaum halten, während sie mit den übrigen Schiffen den Handel des Feindes vom Ozean wegfegen könnte. Auch würden die nachtheiligen Wirkungen, welche die gewaltige Ueberlegenheit einer großen Flotte für schwächere Staaten hat, nicht bedeutend vermindert werden, wenn diese Ueberlegenheit sich unter drei oder vier Großmächte vertheilte. Es liegt unzweifelhaft im Interesse solcher schwächeren Staaten, einer Maßregel entgegen zu arbeiten, welche die Bildung regelmäßiger Kriegsflotten begünstigt."

(4. A.) Beigetreten sind nachbenannte Staaten: Anhalt-Bernburg, Anhalt-Dessau-Köthen, Baden, Bayern, Belgien, Brasilien, Braunschweig, Bremen, Dänemark, Deutscher Bund, Frankfurt, Griechenland, Hamburg, Hannover, Kurhessen, Großherzogthum Hessen, Kirchenstaat, Lippe, Lübeck, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Modena, Nassau, die Niederlande, Oldenburg, Parma, Portugal, Reuß älterer und jüngerer Linie, Sachsen, Sachsen-Weimar-Eisenach, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Koburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Schweden und Norwegen, Schweizerische Eidgenossenschaft, beide Sizilien, Toskana, Waldeck, Würtemberg. Bekanntm. v. 3. November 1858 (G.S. S. 568).

49) Ist aus der Deklaration v. 24. September 1798 (Rabe, V, S. 109) hierüber genommen.

50) Statt „14" ist zu lesen: „13". R. v. 29. Dezbr. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

*) Hinsichtlich der Erwerbung der An- und Zuwächse, namentlich der Inseln, Alluvionen und

ohne hinzukommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen, werden Früchte [1]) genannt.

§. 221. Die Früchte einer Sache sind, gleich bei ihrem Entstehen, das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat [2]).

---

Avulsionen galt vor dem Landrechte R. R., denn es fehlte sowohl an allgemeinen deutschen Gesetzen, als an einheimischen Verordnungen.

**) (5. A.) Luden, Früchte, fructus; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IV, S. 418 ff. — Vergl. Hellfeld a. a. O. §. 590 und Glück a. a. O. S. 252 ff.

***) (2. A.) Den Begriff der Nutzungen bestimmt der §. 110, Tit. 2. Früchte sind eine Art von Nutzungen. Vergl. die Anm. 88a dazu.

1) Zu den Früchten im weiteren Sinne gehören auch nach pr. R. die Zinsen eines jeden zinsbaren Kapitals, insbesondere auch die Zinsen der Pfandbriefe. Sie sind die s. g. fructus civiles, und nehmen, als ein Accessorium, an allen Rechten der Hauptsache auch ohne ausdrückliche Bestimmung Theil, vorausgesetzt, daß von der Sache das Nutzungsrecht nicht getrennt ist. Tit. 2, §. 110 und Anm. 81 a. E. zu §. 108, Tit. 2. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. I, S. 240. (4. A.) In einem Erk. vom 17. Februar 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 236) sagt das Obertr. wieder das gerade Gegentheil von dem, was es a. a. O. (Entsch. Bd. I, S. 240) ausgeführt hat. In dem Erk. v. 17. Febr. 1860 wird, im Widerspruch mit sich selbst, gesagt: Unrichtig ist die Behauptung, daß — auch die Zinsen eines Kapitals zu dessen Früchten, als s. g. fructus civiles gehören. Dieser Annahme steht der §. 220, I, 9 geradezu entgegen. Hiernach können Zinsen, welche nicht nach dem Laufe der Natur aus dem Kapitale entstehen. — zu den Früchten im Sinne des A. L.R. nicht gerechnet werden. Ueber diesen Sinn steht das Obertr. dies Mal im Irrthume. Daß das A. L.R., in Uebereinstimmung mit dem Gemeinen Rechte, unter Nutzungen einer Sache sowohl fructus naturales als civiles des gemeinen Rechts versteht, kann man aus den §§. 105—107, Tit. 11 sehen und aus dem, was der Verfasser, der den Sinn seiner Worte doch am Besten kennen mußte, dazu sagt, inne werden. Er sagt in der revisio monitorum zu diesen §§.: „Viele Monenten sind der Meinung, daß zwischen den, §§. 147 und 148 (dies sind die §§. 106 und 107 des heutigen Textes) bestimmten Nutzungen kein Unterschied zu machen, vielmehr alle fructus tam naturales quam civiles zwischen dem Käufer und Verkäufer pro rata ihrer Besitzzeit zu theilen." Ges.-Rev. Pens. XIV, S. 37. Der §. 220 d. T. steht mit seinem Wortlaute gar nicht entgegen, er bestimmt nur den Begriff der natürlichen Früchte, befaßt sich aber nicht mit dem Begriffe von Früchten überhaupt und im weitesten Sinne. Dieser kommt schon im §. 110, Tit. 2 vor; aus diesem kann man, wenn damit die §§. 105—107, Tit. 11 verglichen werden, lernen, daß unter Nutzungen überhaupt alle die Vortheile begriffen werden, welche in den §§. 105—107 gemeint sind, nämlich sowohl die natürlichen Früchte, wie s. g. bürgerlichen (Zinsen, Miethen, Pächte ꝛc.), oder, wie sich Suarez ausdrückt, fructus tam naturales quam civiles. Deshalb ist es mit der neuen Theorie nichts.

2) Vergl. Tit. 7, §§. 189 ff. und die Anm. 11a und 12 dazu; auch die Anm. 81 zu §. 108, Tit. 2.

Die ganze Lehre vom Fruchterwerbe bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Nutzung und das Eigenthum einer Sache in verschiedenen Händen sind. Denn für den Eigenthümer bedarf es keiner besonderen Erwerbung der Früchte seiner Sache, für ihn sind die Früchte, so lange sie nicht getrennt sind, Bestandtheile der Sache, womit sie zusammengewachsen sind, und gelangen als besondere Sachen erst durch die Abtrennung zum Dasein. Für den Eigenthümer ist die Absonderung eine bloße Thatsache, durch welche in seinem Rechte so wenig eine Veränderung vorgeht, wie durch die Zerlegung einer andern ihm gehörigen Sache. Hat aber ein Anderer die Nutzung, so bedarf es eines Rechtsprinzips zur Regelung des Verhältnisses zwischen dem Nutznießer und dem Eigenthümer. Das Röm. Prinzip ist auf die Tradition zurückzuführen; die Besitzerledigung auf Seiten des Eigenthümers liegt in der Uebertragung des Nutzungsrechts, und die Besitzergreifung auf Seiten des Fruchtnießers in der Perzeption. L. 12, §. 5 D de usufructu (VII, 1); L. 25, §. 1 D. de usuris (XXII, 1). Daher erwirbt der redliche Besitzer, dem Eigenthümer gegenüber, gar kein Eigenthum an den Früchten; er muß vielmehr die fr. extantes mit der Hauptsache herausgeben; und daß er nicht auch die consumti erstatten muß, liegt nicht darin, daß er Eigenthümer davon geworden, sondern darin, daß nicht existente Sachen nicht vindizirt werden können und ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und Besitzer nicht besteht. §. 35 J. de div. rer. (II, 1); §. 2 J. de off. jud. (IV, 17); L. 22 C. de rei vind. (III, 32). Diesen natürlichen Zusammenhang der Rechtsverhältnisse hat das L.R. verlassen und durch einen künstlichen ersetzt. Es erkennt ein von der Sache verschiedenes Eigenthum an den noch unabgesonderten Früchten, und dem entsprechend auch einen besonderen Besitz, an, und läßt Beides durch die Entstehung dem Nutzungsberechtigten und dem ihm gleichgestellten redlichen Besitzer erworben sein. Diesen Grundsatz stellt unser §. 221 fest. Derselbe hat jedoch nur in Beziehung auf Dritte unbedingte Geltung, so daß z. B. der Grundsatz I, 20, §. 21 gegen den älteren Nutzungsberechtigten keine Anwendung findet. Vergl. Anm. 81 a. E. zu §. 108, Titel. 2. Was das Verhältniß des Nutzungsberechtigten und des red-

§. 222. Vermehrungen und Verbesserungen einer Sache, die, es sei durch Natur oder Kunst, von außen her bewirkt worden, heißen An- und Zuwüchse.

2. Von abgerissenem Lande 2a). §. 223. Wird durch die Gewalt des Stroms ein Stück Landes weggerückt, und an ein fremdes Ufer angelegt, oder auf dasselbe geworfen, so ist der vorige Besitzer ein solches Stück noch innerhalb Jahresfrist wegzunehmen berechtigt [3]).

§. 224. Hat der vorige Besitzer ein Jahr, ohne sein Recht geltend zu machen, verstreichen lassen, so ist der Eigenthümer des dadurch verbreiteten Ufers das angelegte Stück durch die Besitzergreifung sich zuzueignen wohl befugt [4]).

3. Von der Alluvion 4a). §. 225. Verbreitungen des Ufers durch das allmähliche Anspülen fremder Erdtheile kommen demjenigen zu gute, welchem das Ufer gehört [5]). (Th. II, Tit. 15, Abschn. 2.)

---

lichen Besitzers zu dem Eigenthümer betrifft, so entscheiden darüber die besonderen Bestimmungen, sowohl während der Dauer als bei der Auseinandersetzung. — (4. A.) Daß der Grundsatz des §. 221 nicht auf das kontraktliche Verhältniß zwischen Pächter und Verpächter anwendbar ist, versteht sich ungesagt von selbst, ist aber doch verkannt worden, was von dem Obertr. natürlich als rechtsgrundsätzliche Nichtigkeit verurtheilt worden ist. Erk. v. 24. Juni 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 153).

2a) (5. A.) Chr. Heinr. Köchy, Ueber die Erwerbung des Eigenthums der in Flüssen entstandenen Alluvionen, Avulsionen und Inseln, wie auch der verlassenen Flußbetten ꝛc.; in seinen civilistischen Erörterungen, Leipzig 1791, S. 3 und flg. — E. G. Wächter, Avulsion, in Weiske's Rechtslexikon, Bd 1, S. 21.

3) Dem R. R. analog. Nach L. 7, §. 2 D. de acquir. rerum dom. (XLI, 1,); §. 21 J. de divis. rer. (II, 1); L. 5, §. 3 D. de rei vind. (VI, 1), war die Vindikation so lange zulässig, als das angeschwemmte Stück nicht mit dem Boden verwachsen war. Die faktische Schwierigkeit der Ausmittelung dieses Umstandes ist durch den §. 223 sehr zweckmäßig durch eine kurze Präklusivfrist beseitigt. Dadurch ist der innere Zusammenhang des Rechts dahin geändert, daß dergleichen Avulsionen nicht mehr durch Anwuchs, sondern durch Besitznehmung erworben werden, indem nach Ablauf der einjährigen Frist angenommen wird, daß der vorige Eigenthümer das Stück Erde derelinquirt habe. S. den folg. §. 224. Holt er sich seine Erde zurück, so muß er den bei der Aufwerfung oder Abbringung verursachten Schaden ersetzen. L. 9, §. 1 D. de damno inf. (XXXIX, 2).

4) Ohne Entschädigung (worüber die Meinungen nach G. R. uneins sind; Vinnius, ad §. 21 J. de rer. div. will aus Billigkeit Entschädigung zuerkennen), und ohne fernere Befugniß des vorigen Besitzers zur Benutzung. Vergl. §. 274 d. T.

4a) (5. A.) M. s. die Literatur in der Note 2a.

5) Dabei ist Dreierlei vorausgesetzt: a) Das Gewässer muß ein Fluß sein (§. 223). Bei stehenden Seen hat keine Alluvion statt (L. 12. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI, 1); denn deren Grenzen werden durch den normalen Wasserspiegel bestimmt, das zuweilen eintretende Wachsen oder Sinken der Wasserfläche hat auf die wahre Grenze keinen Einfluß. (3. A. Anderer Meinung ist das Obertr., welches als Rechtssatz angenommen hat, daß die Erwerbung durch Alluvion nicht auf Flüsse und Ströme beschränkt, vielmehr überall an ihrer Stelle sei, wo ein allmähliches Anspülen fremder Erdtheile thatsächlich denkbar und möglich. Erk. v. 20. September 1854 [Entsch. Bd. XXVIII, S. 312]. Sollte sich also ein See einmal durch allmähliche Versandung und Erhebung des Bodens ganz verlieren, so hat der bisherige Eigenthümer des Sees nichts. Die Meinung des Obertr. hat auch die Rechtsquellen und die übereinstimmenden Lehren der Rechtsgelehrten gegen sich; das R. R. erkennt die Alluvion als Erwerbungsart nur bei fließendem Wasser an, nicht in Seen oder stehendem Gewässer — §. 20 Inst. de rer. divis. II. 1; L. 7, §. 1 D. de acquir rer. dom. XLI, 1; L. 1 C. de alluvion. VII, 41, — und das Landrecht gleichfalls setzt in seinen Bestimmungen ausdrücklich überall fließendes Wasser voraus. Das Obertr. macht in diesem Erk. von seinem vermeintlichen Rechtssatze Anwendung auf Bodenerhebungen des frischen Haffes und auf Anlandungen am Ufer desselben, um dadurch zu dem Resultate zu gelangen, daß die Anlieger dergleichen Ausdehnungen ihres Ufers durch Alluvion erwerben können. Dazu hätte es jedoch dieses unrichtigen Satzes nicht bedurft, denn das frische Haff ist kein stehendes Binnengewässer, sondern die gemeinschaftliche Mündung der Flüsse Pregel, Passarge, Rogat und des östlichen Weichselarmes, welche sich dann durch einen einzigen starken ausgehenden Strom bei Pillau in das Meer (die Ostsee) ergießen, wie jede Karte von Ostpreußen sichtbar macht. Das frische Haff ist mithin ein fließendes Gewässer. — In demselben Erk., Bd. XXVIII. S. 315 stellt das Obertr. den Lehrsatz, den es in dem Erk. vom 10. Oktbr. 1864, Arch. Bd. LV. S. 247, wiederholt, auf: „Der rechtliche Grund, auf welchem die Alluvion als modus acquirendi beruht, liegt darin, daß die Ausmittelung des bisherigen Eigenthümers der einzelnen Erdtheile unmöglich, und eben deshalb diese Erdtheile durch das Gesetz demjenigen überwiesen werden, an dessen Ländereien sich dieselben ansetzen." In der Anwendung, welche davon auf Anschwemmungen am

§. 226. Auch neu anwachsende Erdzungen und Halbinseln, welche nach und nach entstanden sind, gehören demjenigen, an dessen Ufer sich dieselben angesetzt haben.

§. 227. In beiden Fällen §§. 225, 226 bedarf es zur Erwerbung des Eigenthums weiter keiner Besitzergreifung [6]).

§. 228. Auch wenn dergleichen Anspülungen oder Erdzungen sich, der Breite nach, in das Flußbette hinein, und selbst bis über die Mitte desselben erstrecken, kann dennoch der Besitzer des gegenüber liegenden Ufers darauf keinen Anspruch machen.

§. 229. Wohl aber ist er berechtigt, an seinem Ufer solche Veranstaltungen zu treffen, wodurch die fernere Verbreitung des gegenüber liegenden Ufers verhindert wird [7]).

§. 230. Buhnen hingegen, und andere Anlagen, wodurch der einmal vorhandene Anwuchs der Gefahr, wieder weggespült zu werden, ausgesetzt wird, darf, ohne Erlaubniß des Staats, Niemand anlegen.

§. 231. Diese Erlaubniß soll nur alsdann ertheilt werden, wenn durch die entstandene Anspülung oder Erdzunge eine dem Nachbar nachtheilige Veränderung in dem Laufe des Flusses entsteht, welche derselbe durch die gewöhnlichen Uferbefestigungen nicht abwenden kann.

§. 232. Das Eigenthumsrecht des Uferbesitzers über die an sein Ufer stoßenden Anspülungen und Erdzungen erstreckt sich nur so weit, als seine Grenze, der Länge nach, reicht [8]).

---

Meeresufer gemacht werden möchten, hätte der Satz keinen Sinn, denn da haben eben „diese Erdtheile" keinen „bisherigen Eigenthümer", und der Meeresstrand auch nicht. Der Satz ist aber auch in Beziehung auf die Alluvion bei fließenden Binnengewässern keine Wahrheit; vielmehr ist die causa efficiens für die Eigenthumserwerbung das natürliche Anwachsen oder Anhängen der fremden (beweglichen) Erdtheile an dem Grund und Boden des Erwerbers, und bei dieser Erwerbung würde es nach vollzogener organischer Verbindung auch dann verbleiben müssen, wenn die Ausmittelung „des bisherigen Eigenthümers der einzelnen Erdtheile" möglich wäre. Aber die Unmöglichkeit einer solchen Ausmittelung — das incrementum latens [§. 20 Inst. l. c.; L. 9. §. 4 D. de usufructu, VII, 1] — hat eine andere natürliche Folge, nämlich die, daß von einer Ersatzpflicht des Erwerbenden für das solchergestalt Erworbene keine Rede sein kann.) b) Die Ländereien, bei welchen Alluvion soll stattfinden können, müssen keine bestimmt gemessenen oder natürlichen Grenzen haben; das Land muß unmittelbar bis an den Fluß gehen. L. 7, §. 1; L. 16 D. eodem. c) Die Alluvion muß an dem Ufer vor sich gehen; auf die Alluvion an schon in Besitz genommenen und erworbenen Stromінseln finden die Vorschriften §§. 225—228 keine Anwendung. Pr. des Obertr. 809, vom 18. Jan. 1840. (4. A.) Von diesem Satze (c) ist das Obertr. wieder abgegangen; es hat nun angenommen, daß die allgemeinen Vorschriften über die unmittelbare Erwerbung durch Alluvion (§§. 225—228) auch auf schon in Besitz genommene und erworbene Stromінseln Anwendung finde. Pr. 2696, vom 3. Febr. 1858 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 52).

(5. A.) Erst wenn die Alluvion eine solche Höhe erreicht hat, daß sie ein Theil des anstoßenden Ackers oder Landes des Uferbesitzers wird, begründet sie für den Letzteren den Eigenthumserwerb; ob hiernach eine Alluvion für vollendet zu erachten ist, ist eine in jedem einzelnen Falle zu entscheidende Thatfrage. Es ist hiernach die Annahme rechtlich unrichtig, die Alluvion sei schon dann vollendet, wenn der erhöhete Theil des Flußbettes noch andauernd und nach dem natürlichen Wasserlauf mit Wasser bedeckt ist, gesetzt auch, die Wasserhöhe sei gering, lasse das Befischen mit Kähnen nicht zu, und der Untergrund bedecke sich mit Pflanzen, welche nutzbar gemacht würden, sei es Seitens des Fluß- oder Seitens des Ufereigenthümers. Erk. dess. vom 16. Juni 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI. S. 240).

6) Das Besitzthum erweitert sich selbst, der Besitzer hat folglich mit der Sache auch den natürlichen An- und Zuwachs schon im Besitze. (5. A.) Anerkannt von dem Obertr. in dem Erk. vom 21. Dezember 1863, wo es ausspricht, daß es einer besonderen Besitzergreifung der allmählich angespülten fremden Erdtheile nicht bedarf, was auch an sich widersinnig sein würde. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 189.) Vergl. Anm. 9a.

7) Wenn er aber dergleichen Anstalten nicht trifft, und es sich zuträgt, daß die Erdzunge an sein Ufer anwächst, während der Fluß sich in der Mitte durch die Erdzunge neue Bahnen bricht, wie soll es da gehalten werden? Das dadurch abgeschnittene, vielleicht schon bebaute, Stück der Erdzunge muß als Avulsion nach dem Grundsatze §§. 223 und 224 (§. 236), das neu angewachsene Stück hingegen als Alluvion für den gegenüberliegenden Uferbesitzer behandelt werden.

Vergl. §. 237 und die Anm. 11.

8) Nicht so nach R.R.; die Bestimmung dieses §. ist neu.

§. 233. Wird also dergleichen Anwuchs mit der Zeit über seine Grenze hinaus verlängert, so ist das über seine Grenze hinausgehende Stück des Anwuchses, oder der Erdzunge, das Eigenthum des benachbarten Uferbesitzers.

§. 234. Diese Vorschrift findet auch alsdann statt, wenn das über die Grenze des Nachbars hinausgehende Stück der Erdzunge, Halbinsel, mit dem Ufer des Nachbars noch nicht zusammenhängt.

§. 235. Hat jedoch, in beiden Fällen, der benachbarte Uferbesitzer geschehen lassen, daß der, an dessen Ufer der Anwuchs oder die Erdzunge sich zuerst angesetzt hatte, dieselbe auch über seine Grenze hinaus, durch drei [9]) aufeinander folgende Jahre ruhig nutzen dürfen; so hat letzterer das Eigenthum eines solchen Stückes erworben [9a]).

§. 236. Das einem Uferbesitzer einmal zugefallene Eigenthum eines Anwuchses, oder einer Halbinsel, geht nicht verloren, wenn auch dieselben in der Folge durch das Wasser von seinem Ufer abgetrennt worden [10]).

§. 237. Niemand darf durch Pflanzungen, oder andere Wasserbaue, das Anspülen an die Ufer eines öffentlichen [11]) Flusses vorsätzlich befördern.

§. 238. Auch der daselbst wirklich angespülte Grund und Boden darf durch Bepflanzungen nur in sofern befestigt werden, als der gewöhnliche Lauf des Wassers dadurch nicht gehemmt wird.

§. 239. Dagegen ist jeder Uferbesitzer das Ausreißen das Stroms, durch dazu dienliche Uferbefestigungen zu verhindern, wohl befugt.

§. 240. Wenn das dem Ausreißen des Stroms ausgesetzte Ufer nicht anders, als durch solche Anlagen, welche zugleich das Anspülen befördern, hinlänglich befestigt werden kann, so ist der Uferbesitzer auch zu diesen berechtigt.

§. 241. Es dürfen aber dergleichen Anlagen in öffentlichen Flüssen, bei entstehendem Widerspruche, nicht anders, als unter der ausdrücklichen Genehmigung des Staats [12]), nach vorhergegangener Untersuchung ihrer Nothwendigkeit, veranstaltet werden.

4. Von Inseln *).

§. 242. So lange eine Erderhöhung in dem Flußbette eines Stroms, bei gewöhnlichem Wasserstande, mit einem gemeinen Fischernachen umfahren werden kann, ist sie als eine Insel anzusehen.

§. 243. Erdflecke, die erweislich sonst einen Theil des festen Landes gewesen, und davon nur durch Einbiegungen und Umströmungen des Flusses abgesondert worden sind, werden für Inseln, im rechtlichen Sinne, nicht geachtet [12a]).

---

9) Auch gegen den Fiskus kommt diese dreijährige Verjährung einer in einem Flusse entstandenen Insel dem entfernter liegenden Ufernachbar zu Statten. Pr. des Obertr. 930, v. 10. Okt. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 245).

9a) (5. A.) Bei dem Erwerb der Alluvion durch dreijährige Nutzung ist weder erforderlich, daß der Erwerber die Alluvion für sein Eigenthum erachtet, noch ist der Erwerb von einer mit der Entstehung der Alluvion allmählich fortschreitenden Besitznahme abhängig; es wird vielmehr eine Benutzung der Alluvion erfordert. Erk. des Obertr. vom 4. Januar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 334 und Entsch. Bd. LI, S. 77). Vergl. Anm. 6.

10) Vergl. o. die Anm. 7 zu §. 229.

11) Das Untersagungsrecht hat mithin nur der Staat im öffentlichen Interesse, und wird durch die Polizeibehörde ausgeübt. Auf Privatflüsse findet der Grundsatz nicht Anwendung. Vergl. Anm. 7. zu §. 229. S. auch das G. vom 28. Febr. 1843 über die Benutzung der Privatflüsse (Zus. z. Th. II. Tit. 15, §. 38).

12) D. i. der Landespolizeibehörde, nicht etwa der fiskalischen Verwaltung. Daher ist kein Rechtsweg zulässig.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1739 u. 1740. — E. G. Wächter, Erwerb einer neu entstandenen Insel, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 14 ff. — Köchy, Ueber Erwerbung des Eigenthums der in Flüssen entstandenen Inseln; in seinen civilistischen Erörterungen, Leipzig 1791, S. 3 ff. — Mein Privatrecht. 3. Ausg. Bd. I, S. 254.

12a) §. 22 i. f. J. de rerum divis. (II, 1); L. 7, §. 4 D. de acquir. rerum dominio (XLI, 1).

§. 244. Wo, nach den Provinzialgesetzen, die Inseln in öffentlichen Flüssen kein Vorbehalt des Staats sind, da haben die Besitzer desjenigen Ufers, welchem sie am nächsten liegen, das Recht, sich dieselben anzueignen.

§. 245. Ein Gleiches gilt durchgehends von den in Privatflüssen entstehenden Inseln.

§. 246. Das Eigenthum der Inseln aber wird erst durch die wirkliche Besitznehmung [13]) erworben.

§. 247. Welchem von beiden gegen einander über liegenden Ufern eine Insel am nächsten sei, muß nach einer durch das Flußbette, der Länge nach, zu ziehenden Linie beurtheilt werden.

§. 248. Die Breite des Flusses wird dabei nach Linien bestimmt, die von denjenigen Punkten beiderseitiger, bei gewöhnlichem [14]) Wasserstande sichtbarer Ufer, welche den beiden Enden der Insel gegenüber liegen, quer über den Fluß gezogen werden.

§. 249. Diejenige der Länge nach gezogene Linie, welche jede dieser beiden Querlinien in ihrer Mitte durchschneidet, bestimmt: welchem Ufer die Insel am nächsten liege.

§. 250. Schneidet diese Mittellinie durch die Insel selbst, so kommt das Recht, sich die dadurch bestimmten jedem Ufer am nächsten liegenden Antheile zuzueignen, den beiderseitigen Uferbesitzern zu.

§. 251. Liegt die Insel, ihrer Länge nach, den Ufern mehrerer an einander grenzender Besitzer gegenüber, so hat ein jeder von diesen Besitzern das Recht, sich den seinem Ufer gegenüber liegenden Theil derselben zuzueignen.

§. 252. Der Antheil eines jeden dieser Uferbesitzer wird durch Linien bestimmt, welche von den Punkten, wo eines jeden Grenze an den Fluß stößt, quer über den Fluß, gerade nach der in der Mitte desselben angenommenen Linie gezogen werden.

§. 253. Bei Bestimmung der Rechte der Uferbesitzer, auf eine ihren Ufern gegenüber liegende Insel wird darauf: ob das Ufer mit Dämmen oder Teichen, mit oder ohne Vorland, eingeschlossen sei, oder nicht, keine Rücksicht genommen [14a]).

---

13) Nach R.R. geschieht die Erwerbung ipso jure mit der Entstehung. Der wahre Erwerbungsgrund der in öffentlichen Strömen (wovon nur das fließende Wasser zu Jedermanns freiem Gebrauche in dieser Hinsicht im Eigenthume des Staats ist) entstehenden Inseln beruhet auf dem Zusammenhange der Uferländereien mit der Insel vermittelst des Flußbettes. Trocknet der Fluß aus, so erscheint die Insel als ein Theil oder eine Fortsetzung des Uferlandes. Deshalb kommt es darauf an: ob das Eigenthum des Ufers dem Staate oder Privatpersonen zusteht; das Eigenthum des Stroms oder vorüberfließenden Wassers ist einflußlos. L. 7, §. 3; L. 56 pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI, 1); §. 22 J. de rer. divis. (II, 1). Von diesen Grundsätzen sind die Verf. des L.R. nach der Theorie einiger Neueren abgewichen. Diese vindizirten die in öffentlichen Flüssen entstehenden Inseln dem Fürsten, doch meinten sie, daß solche von Privaten okkupirt werden könnten, wenn der Fürst sie zwei Jahre unbebauet habe liegen lassen, weil er sie alsdann gleichsam derelinquirt habe. Leyser, Sp. 25, m. 4; Spec. 502, cor. 3. So soll es auch an der Weser, am Rhein, an der Mosel, Moldau und Elbe sein. Müller, Promptuar. v. insula n. 3 u. 7. Doch wollten Andere dies nur da gelten lassen, wo die Ufer nicht Privateigenthum, sondern mit öffentlichen Deichen eingefaßt sind. Müller l. c. n. 3; Wernher, Obs. I. 5, obs. 138. Wegen der daraus hervorgegangenen Verschiedenheit der Territorialrechte hinsichtlich der Regalität der Inseln in öffentlichen Strömen verweiset der §. 244 zunächst auf die Provinzialgesetze (vergl. II. 15, §. 67), wogegen der §. 245 in Betreff der Inseln in Privatflüssen unbedingt zur Aneignung ermächtigt. Aber die Erwerbung geschieht, in Uebereinstimmung mit der gedachten Theorie, in jedem Falle nur durch Okkupation, wie unser §. 246 ausdrücklich vorschreibt.

14) Darunter wird der mittlere Wasserstand zu verstehen sein. Denn der „gewöhnliche" ist gar zu unbestimmt und wohl nicht leicht festzustellen, da als gewöhnlich doch nur das gelten kann, was den größten Theil des Jahres hindurch stattfindet, der Wasserstand aber nach jedem Regenguße sich ändert, und bei flachen Ufern eine vergleichungsweise geringe Veränderung des Wasserstandes eine unverhältnißmäßige Ausdehnung des Wasserspiegels stellenweise zur Folge hat.

14a) Wohl aber, wenn das Ufer von dem Lande durch öffentliche Plätze oder Wege, die dem Besitzer des Grundstücks nicht gehören, getrennt ist. S. oben Anmerk. 5 zu §. 225.

§. 254. Wenn Jemand[14b]) eine ganze Insel, die mehreren Ufern gegenüber liegt, oder deren über seine Grenze hinaus gehenden Theil in Besitz nehmen will, so muß er diesen Vorsatz seinen Nachbarn bekannt machen, und dieselben zur Erklärung: ob sie sich ihres Rechtes ebenfalls bedienen wollen, auffordern[15]).

§. 255. Weigern sie sich dieser Erklärung, oder zögern sie damit, oder auch mit der Ausübung ihres Rechts selbst: so kann der, welcher die Insel in Besitz nehmen will, auf die Vermittelung des Staats antragen.

§. 256. Findet der Staat, daß die Benutzung der Insel dem gemeinen Wesen zuträglich sei, und wollen, nach wiederholter[16]) Aufforderung, die übrigen Interessenten, innerhalb einer ihnen zu bestimmenden Frist, von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen, so kann der Staat dem, welcher sich zuerst gemeldet hat, auch die über seine Grenze hinauslaufenden Theile der Insel zueignen[17]).

§. 257. So weit Jemand[17a]), auch ohne dergleichen ausdrückliche Bestimmung des Staats, eine Insel drei[18]) Jahre hinter einander ruhig besessen und benutzt, hat er das Eigenthum der ganzen Insel, selbst gegen solche Nachbarn, deren Ufer einem Theile derselben näher liegen[19]), durch Verjährung erworben.

---

14b) M. s. unten Anm. 17a zu §. 257.

15) Das in den §§. 254—256 vorgeschriebene Verfahren bezweckt die Vereinbarung der Nachbarn und soll entweder zur Theilung oder zur gütlichen Ueberlassung der ganzen Insel an Einen führen. Das kann ohne alle Mitwirkung eines Staatsdieners geschehen. Nur wenn der Nachbar oder die Nachbarn sich auf solchen Privatweg nicht einlassen wollen, soll die Vermittelung der Staatsbehörde in Anspruch genommen werden können, indem man unter dem Einflusse der Lehre jener Schriftsteller (Anm. 13) davon ausging, daß eigentlich der Fiskus die entstehenden Inseln im Eigenthum habe und daher auch Andern zueignen könne. Denn Suarez sagt bei der revisio monitorum: „Diese Sätze (§§. 254—256) könnten neu scheinen; sie sind aber wenigstens in der Analogie gegründet. Wenn viele Rechtsgelehrte sogar die ganzen Inseln in flumine publico ohne Unterschied dem Staate zusprechen, so tritt man wohl den Privatbefugnissen nicht zu nahe, wenn man dem Staate das Recht beilegt, die Anwohner der Ufer anzuhalten, daß sie die Insel in Besitz und Kultur nehmen, und wenn sie das nicht wollen, dieselbe Einem unter ihnen, der die Kosten der Kultur übernehmen will, ganz zuzuschlagen. Der Satz beruht auf eben dem Prinzip, nach welchem der Staat für berechtigt gehalten wird, einen Besitzer tragbarer Ländereien, welcher sie ganz unbearbeitet liegen läßt, zur Kultur anzuhalten, oder sie einem Andern zur Bebauung zuzuschlagen." Dazu bemerkt Goßler: „Es wäre gut, wenn ein Jeder, der eine Insel in Besitz nehmen will, diejenigen, welche, der Lage nach, ebenfalls daran Theil nehmen können, zur Ausübung ihres Rechts aufforderte, und daß sodann die Anweisung der Theile durch die Behörde geschähe. Es würden hierdurch viele Prozesse verhindert werden. In sofern halte ich die Vorschriften für sehr gut." (Jahrb. Bd. XLI, S. 12.) Die Vorschriften sind hiernach aus einer Mischung des Bevormundungsprinzips und der Regalität der Inseln hervorgegangen. Die Angelegenheit ist keine Justizsache, vielmehr hat die Regierungsbehörde, nach §. 256, bloß nach Verwaltungsgrundsätzen Bestimmung zu treffen. Man wendet sich in solchem Falle an die Bezirksregierung unmittelbar oder durch den Landrath, ohne dessen Mitwirkung die Sache doch nicht erledigt wird.

16) Die Wiederholung der Aufforderung geschieht von der Staatsbehörde auf den bei ihr, gemäß §. 255, eingebrachten Antrag. Da die Angelegenheit eine Regierungssache ist, so bedarf es keiner förmlichen Beweisführung, daß der Antragsteller den Betroffenen wirklich bereits aufgefordert habe. Die von der Regierungsbehörde ergehende Aufforderung und die zu bestimmende Frist sichern die Gelegenheit zur Erklärung und Ausübung der Rechte.

17) S. o. die Anm. 15 zu §. 254.

17a) (4. A.) Jemand, nämlich von den Ufernachbarn, nicht etwa jeder Dritte. Erk. des Obertr. v. 8. Dez. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 326).

18) Diese kurze Verjährung gilt auch gegen den Fiskus, die Kirchen und gleichberechtigte Korporationen, weil es Grundsatz ist, daß die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren, welche gegen diese juristischen Personen stattfindet, in den Fällen nicht erforderlich ist, für welche kürzere als die gewöhnlichen Verjährungsfristen vorgeschrieben sind. Pr. des Obertr. 930, vom 10. Oktober 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 245).

19) Diese Nachbarn brauchen bei der Besitznehmung, welche der §. 257 voraussetzt, nicht zugezogen oder zur Erklärung aufgefordert zu werden, wie es der §. 254 vorschreibt. Das L.R. ordnet zwei alternative Erwerbungsarten an, nämlich: Vereinbarung mit den Nachbarn, oder an deren Stelle tretende Vermittelung und Zueignung durch die Staatsbehörde, wodurch das Eigenthum sofort

§. 258. Findet der Staat nöthig, daß An- und Zuwüchse der Ufer, oder auch der Inseln, durchstochen oder weggeräumt werden, so müssen die Privatbesitzer derselben sich dergleichen Verfügung zu allen Zeiten gefallen lassen.

§. 259. Geschieht das Wegräumen oder Durchstechen in einem öffentlichen Flusse, zur Beförderung der Schiffahrt, oder zur Wiederherstellung des ordentlichen Laufs des Flusses, so können die Privatbesitzer in der Regel keine Entschädigung fordern.

§. 260. Insofern jedoch eine solche Alluvion der Insel schon seit länger als Fünfzig Jahren besessen und genutzt worden, muß der Staat den Eigenthümern für den durch die Wegräumung erlittenen [19a]) Verlust billige Vergütung leisten.

§. 261. Geschieht die Wegräumung in einem Privatflusse, um denselben schiffbar zu machen, so müssen die darunter leidenden Besitzer der Alluvionen und Inseln von dem Staate allemal vollständig entschädigt werden.

§. 262. Eine gleiche Entschädigung muß denselben von den Flußnachbarn in allen Fällen zu Theil werden, wenn der Staat dergleichen Durchstiche und Wegräumungen zu ihrem Besten und Vortheile auf ihren Antrag veranlaßt [20]).

5. Von zugelandeten und verlassenen Flußbetten *).

§. 263. Soll ein Flußbette, oder anderer Graben und Kanal, durch Verkrippungen oder andere dergleichen Anstaltungen verengt oder zugelandet werden, so haben die angrenzenden Uferbesitzer [20aa]) das nächste Recht, sich den solchergestalt gewonnenen Grund und Boden durch Besitznehmung zuzueignen [20aa]).

§. 264. Wollen sie aber von diesem Rechte Gebrauch machen, so müssen sie, nach Verhältniß ihrer Antheile an dem gewonnenen Lande, zu den Arbeiten und Kosten der Ausführung beitragen [20b]).

§. 265. Das Recht eines jeden Uferbesitzers erstreckt sich in solchem Falle der Länge nach so weit, als seine Grenze am Ufer geht, und der Breite nach bis zu der Mitte [20c]) des vormaligen Flußbettes.

§. 266. Diese Mitte wird auf die §. 248 sqq. vorgeschriebene Art bestimmt.

§. 267. Das Bette abgelassener Landseen verbleibt den Eigenthümern des Sees, nach Verhältniß des jedem von ihnen an dem See selbst zugestandenen Eigenthumsrechts.

---

erworben wird (§§. 254—256); und Ersitzung, zu deren Anfange die Benachrichtigung oder der Konsens der Nachbarn weder vorgeschrieben, noch nach Rechtsgrundsätzen erforderlich ist. (§. 257.) Unredlichkeit oder fehlerhafte (heimliche) Besitzergreifung kann deshalb allein dem Okkupirenden nicht vorgeworfen werden, weil nach den Grundsätzen des L.R. neu entstehende Inseln als Sachen betrachtet werden, welche in keines Menschen Eigenthume sind und okkupirt werden müssen, wenn man sie erwerben will. Siehe oben Anm. 13 zu §. 246. Die Anlieger haben dazu nur ein Näherrecht.

19a) Diese richtige Lesart haben spätere Ausgaben. Die Urausgabe von 1791 hat die fehlerhafte Form „erleidenden".

20) Vergl. §. 75 der Einleitung und die Anm. 84 dazu. Diese Entschädigungsvorschriften beruhen auf dem Prinzip, daß Niemand sich gefallen zu lassen braucht, daß er einen Vermögensschaden zur Bereicherung eines Anderen erleide. L. 6, §. 2 i. f. D. de jure dotium (XXIII, 3).

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 1739. — E. G. Wächter, Erwerb eines vom Flusse verlassenen Bettes (alveus derelictus); in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 16 f. — M. Privatrecht, a. a. O. §. 248, Nr. II, 4.

20a) (4. A.) Vergl. unten, II, 15, §§. 70, 71 u. die Anm. 49a dazu.

20aa) (5. A.) Der §. 263 ist nicht auf öffentliche Flüsse beschränkt, sondern auch auf Privatflüsse auszudehnen. Erk. des Obertr. vom 1. Oktober 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 26).

20b) (4. A.) Das Eigenthum an dem Grunde und Boden, welcher dadurch gewonnen ist, daß ein Flußbett durch Verkrippungen oder andere dergleichen Anstalten verengt oder zugelandet ist, erwerben die angrenzenden Uferbesitzer allein durch die Besitznehmung, und nicht erst dann, wenn zu dieser Besitznehmung die wirkliche Berichtigung ihres Beitrages zu den Arbeiten und Kosten der Ausführung, nach Verhältniß ihrer Antheile an dem gewonnenen Lande, hinzugekommen ist. Pr. des Obertr. v. 9. Nov. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 71).

20c) (3. A.) Vergl. die Anm. 5a zu §. 234, Th. II, Tit. 15.

§. 268. Sind die Eigenthumsantheile der mehreren Interessenten in dem See selbst nicht bestimmt gewesen, so wird der abgelassene Grund unter die Uferbesitzer nach den §. 265 vorgeschriebenen Grundsätzen vertheilt[20d]).

§. 269. Doch muß von diesen derjenige, welcher, ohne selbst Uferbesitzer zu sein, nutzbare Rechte[21]) in dem See auszuüben hatte, verhältnißmäßig entschädigt werden.

§. 270. So weit die in einem Flusse entstehenden Inseln den benachbarten Uferbesitzern gehören, soweit gehört ihnen auch das von dem Wasser verlassene Flußbette[21a]).

§. 271. Doch müssen diejenigen Unterthanen des Staats, welche durch den neuen Kanal des Flusses an ihrem Eigenthume gelitten haben, vorzüglich aus dem verlassenen[22]) Flußbette oder dessen Werth entschädigt werden.

§. 272. Ueberströmungen, welche durch die Gewalt des Wassers veranlaßt worden, und nur eine Zeit lang dauern, wirken keine Veränderung in dem Eigenthume der überströmten Grundstücke[22a]).

§. 273. Ist aber der ehemalige Eigenthümer des neuen Kanals bereits auf andere Art schadlos gehalten worden, so fällt das wieder verlassene neue Flußbette, soweit es nicht nach §. 271 zu fernerer Entschädigung gebraucht wird, demjenigen zu, welcher dem Ersteren die Schadloshaltung geleistet hat.

§. 274. Wegen einer bloßen Schmälerung oder Erweiterung des Flußbettes, welche durch die Natur selbst veranlaßt worden, kann keine Vergütung gefordert werden.

6. Vom Säen und Pflanzen*).

§. 275. Das Eigenthum des Saamens oder der Pflanzen, womit fremder Grund und Boden bestellt worden, fällt, sobald ersterer ausgesäet ist, und letztere Wurzeln getrieben haben[23]), demjenigen anheim, welchem das Nutzungsrecht[24]) des Bodens zukommt[24a]).

---

20d) (5. A.) Das Eigenthum des Seebettes wird von den Adjazenten nicht erst in Folge der Trockenlegung des Sees erworben, sondern es verbleibt ihnen nach der Entwässerung (§. 267), weil sie Eigenthümer des Sees waren, so lange der See als solcher bestand. S. oben, Anm. 32 zu §. 180 d. T.

21) Z. B. Rohrnutzung, Fischerei, Wasserleitung zum Betriebe eines Mühlwerkes ꝛc.

21a) (4. A.) Vergl. unten die Anm. 49 zu §. 68, Tit. 15, Th. II. — (5. A.) Das Obertr. hat angenommen, daß zur Erwerbung des Eigenthums an einem verlassenen Flußbette Seitens der angrenzenden Uferbesitzer, soweit diesen überhaupt gesetzlich ein Anspruch darauf zusteht, Besitzergreifung nicht erforderlich sei. Erk. vom 21. Dez. 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 35). Nach röm. Rechtsgrundsätzen ist das richtig. Vergl. Anm. 13 zu §. 246 u. Anm. 32, Abs. 2 zu §. 180. Aber nach dem A. L.R. ist es grundsatzwidrig. §. 246 u. Anm. 13 dazu. Durch eine solche prinziplose Kasuistik wird die konsequente Rechtsentwickelung nicht gefördert.

22) Der Fall, wo der Staat einen Durchstich angeordnet hat und in Folge dessen das Flußbette trocken gelegt worden ist, ist Th. II, Tit. 15, §§. 70 ff. vorgesehen.

22a) (5. A.) Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf den, bei Hochwasser regelmäßig oder gewöhnlich stattfindenden Austritt des Wassers auf benachbarte Grundstücke, sondern auf solche Ueberströmungen, welche durch besondere Ereignisse, durch ungewöhnliche Gewalt des Wassers herbeigeführt werden. Erk. des Obertr. vom 22. Okt. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 160).

*) (5. A.) Hierbei verläßt das Allgemeine Landrecht die Grundlage des Römischen Rechts. Vergl. E. G. Wächter, das Pflanzen (sog. implantatio) und das Säen (sog. satio), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 22, Nr. 3 u. S. 25, Nr. 4, mit m. Preußischen Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §. 249, Nr. I.

23) Bis dahin können sie vindizirt werden. Daher kann auch der Eigenthümer gestohlener Bäume sie nur so lange von dem redlichen Bodenbesitzer abfordern, als sie noch nicht eingewurzelt sind. Dies ist durch Sachverständige festzustellen, und dann als zweifellos anzunehmen, wenn sie Laub getrieben haben. Das Eigenthum wird übrigens doch nicht unbedingt erworben. S. Anm. 25.

24) Harmonirt mit dem §. 221 d. T. Der Röm. Grundsatz ist: solo cedit quod solo implantatur. L. 7, §. 13; L. 26, §. 2 D. de acquir. rer. dom. (XLI, 1). Dieser ist mit Absicht verlassen. Hinsichtlich der Baumpflanzungen führt der Grundsatz des L.R. dahin, daß der Nutzungsberechtigte Eigenthümer der Baumplantage auf fremdem Grunde und Boden wird, und bei Beendigung des Nutzungsrechts sämmtliche von ihm gepflanzte Bäume mitnehmen kann. Vgl. Tit. 22, §§. 243—245.

24a) (5. A.) Die preußische Jurisprudenz (Gerichtspraxis) vermag sich auch in den Obergerichten

§. 276. Will[25]) der Nutzungsberechtigte des Bodens die Früchte genießen, so muß er dem Andern den Werth des Saamens oder der Pflanzen, nebst den Bestellungskosten vergüten.

§. 277. Ist die Bestellung redlicher Weise geschehen, so müssen dem Bestellenden alle erweislich verwendete Kosten erstattet werden.

§. 278. Hat aber derselbe sich der Bestellung eines fremden Ackers unredlicher Weise angemaßt, so kann er den Ersatz der Kosten nur so weit fordern, als dieselben, nach der in jeder Provinz oder Gegend gewöhnlichen Art des Betriebs, wirthschaftlich verwendet worden.

§. 279. Will der Nutzungsberechtigte von der Bestellung keine Früchte ziehen, sondern den Boden anders nutzen, so kann ihm dergleichen Verfügung nicht gewehrt werden.

§. 280. Alsdann kann der Säende oder Pflanzende bloß den Saamen oder die Pflanzen, soweit es ohne Beschädigung des Grundstückes möglich ist, zurücknehmen[26]).

§. 281. Will der Nutzungsberechtigte des Bodens die Früchte des Gesäeten oder Gepflanzten dem Säenden oder Pflanzenden überlassen, so muß Letzterer dagegen dem Ersteren für die entzogene Nutzung des Bodens, nach Verhältniß des Grades seiner Verschuldung gerecht werden.

§. 282. Wenn das Grundstück selbst von dem Säenden oder Pflanzenden redlicher Weise besessen worden, so hat es, auch in Absicht der erfolgten Bestellung desselben, bei den wegen der Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers überhaupt vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen sein Bewenden. (Tit. 7, §. 189 sqq.)

---

mitunter noch immer nicht auf den Standpunkt der Wissenschaft zu erheben. Die hier in den §§. 275 ff. getroffenen Bestimmungen gehören der Lehre von der unmittelbaren Erwerbung des Eigenthums an, wie das Rubrum des Titels 9 und die §§. 5, 7 ff. ausdrücklich sagen. Diese Erwerbungsart unterscheidet sich von der mittelbaren darin, daß der Erwerber das Eigenthum ursprünglich erwerben will, d. h. daß er keinen Auktor oder Gewährsmann hat. Leitet er seine Erwerbung von einem Vormanne ab, so ist die Erwerbung, mag der Titel gültig sein oder nicht, eine mittelbare; ist der Titel ungültig, so ist auch die Erwerbung ungültig, wird dadurch aber keine unmittelbare. Nun vernünftelt ein Appell.-Gericht bei der Entscheidung eines Falles, in welchem Jemand das Grundstück eines Anderen, auf Grund eines lästigen aber nur mündlich geschlossenen Vertrages, in Nutzung erhalten und demzufolge bestellt und besäet hatte, wie folgt, um ihm die Ernte abzusprechen: „ein Recht dazu (sich die Aberntung anzumaßen) habe Kläger nicht auch etwa aus dem Umstande herleiten können, daß er den Acker gedüngt, gepflügt und bestellt hatte, vielmehr habe ihm deshalb nur ein Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Kosten gegen den Verklagten nach Maßgabe der Bestimmungen des A. L.R. I, 9, §§. 275 ff. gebührt, während der Verklagte vollkommen befugt gewesen sei, den Weizen für sich zu behalten." Das Obertr. sagt dazu sehr milde, daß auch hierbei bezüglich auf den von dem Kläger behaupteten mündlichen Vertrag (den das Appell.-Gericht auf Grund des §. 233, I, 21 für ein Prekarium erklärt hatte, s. Anm. 2 zu diesem §. 233) ein Mißverständniß zu Grunde liege. Diese Vorschriften, sagt Dass. weiter, fänden da nicht Anwendung, wo das Säen und Pflanzen in Folge eines, wenn auch hinsichts der Form mangelhaften, Vertrages, als Titels einer mittelbaren Erwerbungsart (bei der ein Auktor existire und eine Succession stattfinde), und einer darauf gegründeten Besitzeinräumung, also bei bestehendem Vertragsverhältnisse stattgefunden habe. Vielmehr gäben hierfür die auf diesen Titel (Vertrag) Bezug habenden Vorschriften, auch soweit sie über die Vertragsform und über die bei Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form eintretenden Folgen disponiren (d. h. mit Ausschließung jenes §. 233, I, 21), die Entscheidungsnorm. Dies habe hier der Appellationsrichter verkannt. Erk. vom 4. Februar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 31). Das ist dem Rechtsverständigen einleuchtend.

25) Die Eigenthumserwerbung geht also doch nicht unbedingt durch das Säen und Pflanzen von Statten, vielmehr erst durch den Willen des Nutzungsberechtigten. Dieser hat zwischen drei Zulässigkeiten die Wahl. Er kann die Pflanzung sich zueignen (§. 276); er kann die Wegschaffung fordern (§§. 279, 280); er kann sie dem Säenden oder Pflanzenden überlassen (§§. 281, 282).

26) Dies muß sofort nach der Erklärung des Nutzungsberechtigten geschehen, damit die Umackerung kein Hinderniß finde; widrigenfalls der Nutzungsberechtigte mit der Bodenbearbeitung ohne Rücksicht auf die darauf stehenden fremden Pflanzen vorgehen kann. Vergl. §. 295 d. T. Nur dürfen dem Säenden oder Pflanzenden keine Hindernisse in der Ausübung seines jus tollendi vorsätzlich bereitet werden.

§. 283. Wer selbst oder durch Andere auf seinem Grunde fremden Saamen säet, oder fremde Pflanzen einsetzt, muß dem Eigenthümer derselben allemal den höchsten Preis, so wie er zur Zeit der Bemächtigung des Saamens oder der Pflanzen gestanden hat, vergüten.

§. 284. Hat der Eigenthümer[27]) des Bodens betrüglich gehandelt, so ist er dem Eigenthümer des Saamens oder der Pflanzen auch allen Vortheil, welcher demselben bei dieser Gelegenheit entgangen ist, zu erstatten verbunden.

7. Vom Pflanzen der Bäume*).

§. 285. Das Eigenthum eines auf der Grenze stehenden Baumes gebührt dem, auf dessen Grunde und Boden der Stamm aus der Erde kommt.

§. 286. Steht der Stamm selbst auf der Grenze[28]), so haben beide Nachbarn das Miteigenthum des Baumes.

§. 287. Niemand ist die unter seinem Grunde und Boden fortlaufenden Wurzeln, oder die über seine Grenze herüber hangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet.

§. 288. Will er aber selbige weghauen, so muß er das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern[29]).

§. 289. Duldet er hingegen dieselben, so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbars zu berühren.

§. 290. Dergleichen Früchte darf der Eigenthümer auch nicht mit Instrumenten herüber langen, oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich ziehen.

§. 291. Dagegen ist der Eigenthümer des Baumes die auf den Grund des Nachbars hinüberhangenden Zweige auf seinem eigenen Grunde und Boden wegzuhauen wohl befugt.

§. 292. Früchte eines an der Grenze stehenden Baumes, welche durch die Gewalt des Windes über die Grenze getrieben werden, ist der Nachbar sich zuzueignen berechtigt[30]).

§. 293. Der Baum selbst aber, welcher durch Sturmwind ganz oder zum Theil auf den Grund des Andern geworfen worden, verbleibt dem vorigen Eigenthümer.

§. 294. Auch die Früchte, welche nach erfolgter Wegschaffung an dem Baume noch befestigt sind, gehören dem Eigenthümer[31]).

§. 295. Der Eigenthümer ist, bei Verlust seines Rechts, schuldig, einen solchen

---

27) Damit ist nur der Nutzungsberechtigte gemeint. §§. 276, 277, 279, 281.

*) (5. A.) Unter dieser Ueberschrift behandelt das A. L.R. die Materie der beiden interdicta de arboribus caedendis (Dig. XLIII, 27). — Guyet, Bemerkungen aus dem Oekonomierecht, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XVII, S. 31 ff.; — Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. II, S. 212 ff.; — Heimbach, interdicta de arboribus caedendis, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. V, S. 537 u. flg.

28) Nämlich auf dem Grenzraine, wenn auch nicht gerade auf der Linie. Wenn der Stamm auch nur theilweise auf dem Grenzraine steht, muß er doch für gemeinschaftlich gelten.

29) Damit soll ihm keine Handlung aufgelegt werden, vielmehr nur eine Duldung. Er muß die Abholung gestatten, ist aber nicht schuldig, sich dabei zu bemühen (vergl. §. 295); er ist vielmehr berechtigt, das Holz, wenn der Nachbar dasselbe auf die an ihn erlassene Aufforderung nicht wegholt, von seinem Grunde abräumen und bei Seite legen, und die ihm dadurch entstandenen Arbeitskosten erstatten zu lassen, auch bis dahin das Retentionsrecht auszuüben.

(3. A.) Aber „der Eigenthümer eines Grundstücks, in dessen Luftraume die Zweige der seinem Nachbar gehörigen Bäume überhangen, ist nicht berechtigt, von dem Letzteren zu verlangen, daß er die überhangenden Zweige wegschaffe, sondern Dieser ist nur verpflichtet, zu dulden, daß Jener dieselben aus dem Bereiche seines Eigenthums entferne, alsdann aber auch befugt, die Auslieferung des abgehauenen Holzes zu fordern." Pr. des Obertr. 2615, v. 6. Febr. 1855. (Entsch. Bd. XXX, S. 431.)

30) Was in des Nachbars Garten fällt, das ist sein. Dies ist der sog. Ueberfall, den das R.R. nicht kennt.

31) Auch diejenigen, welche durch den Ueberfall dem Nachbar zugefallen sein würden.

Baum auf Verlangen des Nachbars, ohne Zeitverlust[32]) von dem Grunde desselben wegzuschaffen.

§. 296. Den Schaden, welcher bei dem Wegschaffen auf dem Grunde des Nachbars angerichtet wird, muß der Eigenthümer des Baums allemal vergüten.

§. 297. Denjenigen Schaden aber, welchen der Baum selbst durch seinen Umsturz verursacht hat, muß er nur in so fern vergüten, als ihm dabei eine nach den Gesetzen verantwortliche Verschuldung zur Last fällt.

8. Von der Verbindung, Vermengung und Vermischung *); ingleichen von Verarbeitung fremder Materialien **).

§. 298. Hat Jemand fremde Sachen, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, mit der seinigen verbunden, vermengt und vermischt[33]), so müssen auf seine Kosten, beiderlei Sachen wiederum abgesondert und in den vorigen Stand gesetzt werden.

§. 299. Kann die Absonderung nicht mehr erfolgen, oder sind fremde Materialien ohne Wissen und Willen ihres Eigenthümers verarbeitet[34]) worden, so muß der, welcher einer solchen Verfügung über fremde Sachen betrüglicher[35]) Weise, und in der Absicht, seinen Vortheil mit dem Schaden eines Andern zu befördern, sich angemaßt hat, das Eigenthum des Ganzen dem Andern überlassen[36]).

§. 300. Dieser ist alsdann das Arbeitslohn, oder den Werth der dem Verfügenden zugestandenen verbundenen, vermengten, oder vermischten Sache, nur nach dem niedrigsten durch Sachverständige bestimmten Satze zu vergüten schuldig.

§. 301. Auch diese Vergütung wird dem Betrüger, zur Strafe, durch den Fiskus entrissen.

§. 302. Will derjenige, über dessen Sache von einem Andern solchergestalt betrüglicher[37]) Weise verfügt worden, das daraus entstandene Ganze nicht behalten, so muß ihm der Andere den höchsten Werth seiner Sache, so wie derselbe zwischen dem Zeitpunkte der widerrechtlichen Anmaßung und der zugestellten Klage gewesen ist[38]), erstatten.

§. 303. Kann derjenige, über dessen Sache solchergestalt verfügt worden, noch außerdem einen ihm dadurch entstandenen Schaden oder entgangenen Gewinn nachweisen; so muß ihm auch dieser, nach den Grundsätzen des Sechsten Titels, vergütet werden.

§. 304. Hat Jemand ohne Betrug[39]) fremde Materialien dergestalt verarbeitet,

---

32) Da der Verlust des Rechts an den Zeitverlauf geknüpft ist, so muß nothwendig eine bestimmte präklusivische Frist angenommen werden. Nach Analogie des Grundsatzes über sofortige Vollziehung einer Handlung oder Erklärung sind 24 Stunden anzunehmen. Tit. 4, §. 47. Vgl. Tit. 5, §. 95.

*) (5. A.) E. G. Wächter, Erwerbung beweglicher Sachen, welche als Nebensachen zu beweglichen hinzukommen; in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 80 ff., u. Heimbach, Confusio Nr. 1, ebd. Bd. III, S. 16 ff.

33) Das R. R. (oder vielmehr der Kunstausdruck der Neuern, denn in den Quellen wird der Ausdruck in dieser Bedeutung nicht gebraucht. Paulus, Sent. rec III, 6, §. 49; L. 60 pr. D. de verb. signif. [L. 16]) unterscheidet bekanntlich Adjunktion (Verbindung der Form nach) und Kommixtion oder Konfusion (Vereinigung oder Verbindung dem Stoffe nach). Das L. R. unterscheidet nicht, vielmehr gelten die folgenden Grundsätze von beiden Hauptarten der Vereinigung verschiedener Sachen.

**) (5. A.) Gesterding, ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum, Greifswald 1817, §. 35; Schweppe, Römisches Privatrecht, Bd. II, §. 241. — Vergl. Hellfeld, Jurisprudentia forensis, §. 1741. — Mein Preußisches Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §. 250, 251.

34) Spezifikation. Das L.R. weicht ganz ab von den Grundsätzen des R.R. Bei der Spezifikation wird nach dem L.R. nicht gefragt: ob der verarbeitete Stoff in seine frühere Form wieder herzustellen, oder nicht. Der frühere Eigenthümer braucht sich darauf in keinem Falle einzulassen.

35) D. h. unredlicher Weise. Die Anmaßung des Stoffes braucht nicht gerade durch Betrug geschehen zu sein.

36) Der Eigenthümer des Stoffes wird mithin von selbst Eigenthümer der Spezies.

37) S. o. die Anm. 35 und die Anm. 39.

38) Eine Anwendung des Grundsatzes Tit. 6, §. 85.

39) D. h. in gutem Glauben. Denn hätte Jemand z. B. Wolle gestohlen und sich daraus ein

daß dieselben dadurch ihre bisherige Form verloren, und eine neue Gestalt angenommen haben; so verbleibt[40]) die daraus entstandene neue Sache dem Verarbeitenden.

§. 305. Dieser aber muß dem Eigenthümer der Materie, nach dessen eigener Wahl, entweder eben so viel Materialien von gleicher Art und Güte zurückgeben, oder den Werth der Materialien, nach dem höchsten Preise zur Zeit der Verarbeitung, ersetzen.

§. 306. Ueberdies muß er, nach Maßgabe des Grades seiner Verschuldung, dem Eigenthümer der Materie für den durch die eigenmächtige Verarbeitung erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn, gerecht werden.

§. 307. Hat Jemand, ohne kunst- oder handwerksmäßige Verarbeitung, fremde Materialien mit den seinigen, jedoch nicht betrüglicher Weise, verbunden, vermengt oder vermischt, so muß untersucht werden: welchem von beiden an dem Werthe des nunmehrigen Ganzen, nach Verhältniß seiner beigetragenen Materialien, der beträchtlichste Antheil zukomme.

§. 308. Hat der, über dessen Sache solchergestalt ohne sein Zuthun verfügt worden, den beträchtlichsten Antheil, so steht ihm die Wahl frei: ob er das nunmehrige Ganze behalten[41]), oder dasselbe dem Andern überlassen wolle.

§. 309. Wählt er letzteres, so muß ihm der Verfügende seine Materialien nach der Bestimmung des §. 305 vergüten, und ihm noch außerdem, für den erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn, nach Vorschrift §. 306 gerecht werden.

§. 310. Will er aber das Ganze behalten, so muß er dem Verfügenden seinen Beitrag an Materialien, nach dem zur Zeit der Verfügung gestandenen gemeinen Werthe, vergüten.

§. 311. Uebersteigt dieser Werth den Werth der Verbesserung, welche bei der Sache durch die Verfügung entstanden ist; so muß der Verfügende mit Vergütung des letztern sich begnügen.

§. 312. Hat in dem §. 307 gesetzten Falle der Verfügende den beträchtlichsten Antheil an dem nunmehrigen Ganzen, so verbleibt ihm zwar das Ganze.

§. 313. Er muß aber dem Andern, über dessen Materialien er solchergestalt eigenmächtig verfügt hat, nach Vorschrift des §. 305, 306 Ersatz und Vergütung leisten.

§. 314. Bleibt es in dem §. 307 gesetzten Falle zweifelhaft, welchem von beiden Interessenten der größere[42]) Antheil an dem nunmehrigen Ganzen zukomme, so gebühret demjenigen, über dessen Sache solchergestalt ohne sein Zuthun verfügt worden, die Wahl nach den §§. 308—311 festgesetzten Bestimmungen.

§. 315. Hat Jemand Materialien verschiedener Eigenthümer, ohne deren Zuthun, verarbeitet, verbunden, vermengt oder vermischt, so ist die Frage: wem das nunmehrige Ganze verbleibe, zwischen ihm auf der einen, und den mehreren Eigenthümern zusammen genommen auf der andern Seite, nach obigen Grundsätzen §§. 298—314 zu bestimmen.

§. 316. Kommt es dabei auf eine Wahl von Seiten dieser Eigenthümer an, so entscheidet unter ihnen der Entschluß derjenigen, welchen, zusammen genommen, an dem Werthe der Materialien der beträchtlichste Antheil zukommt.

---

Kleid gemacht, so würde nicht der Grundsatz dieses §. 304, sondern der des §. 299 Anwendung finden. Vergl. die Anm. 35.

40) Im Falle der Redlichkeit wird mithin durch die Spezifikation Eigenthum erworben; der unredliche Verarbeiter erwirbt das Eigenthum der neuen Spezies dem Eigenthümer des Stoffes. §. 299.

41) Er wird also sofort bei Entstehung der neuen Spezies Eigenthümer der Sache, mit der Befugniß, dasselbe an den Anderen, selbst wider dessen Willen, zu übertragen. Vergl. die §§. 310 u. 312. Richtiger aber ist es, das Verhältniß in allen Fällen bis zur erfolgten Auseinandersetzung als Gemeinschaft aufzufassen, und die nachfolgenden Bestimmungen als Auseinandersetzungsvorschriften anzusehen.

42) Ist es unzweifelhaft, daß Keiner einen größeren Antheil hat, daß vielmehr die Antheile gleich sind, so sind Beide Miteigenthümer. §. 320.

§. 317. Bleibt dieses zweifelhaft, so entscheidet, unter mehreren Eigenthümern, über die von ihnen zu treffende Wahl, das Loos.

§. 318. Behalten nach diesen Grundsätzen die mehreren Eigenthümer der Materialien das Eigenthum des nunmehrigen Ganzen, und sind ihre Materialien gleichartig gewesen, so werden sie Miteigenthümer des Ganzen.

§. 319. Waren die Materialien ungleichartig, so hat derjenige das Vorrecht, dessen Antheil von größerem Werthe gewesen ist.

§. 320. War der Antheil der mehreren Interessenten von gleichem Werthe, so muß das Loos entscheiden[43]: wer das Ganze, gegen Abfindung der übrigen Interessenten, behalten[43a] soll.

§. 321. Die Abfindung wird nach Verhältniß des Werths der jedem Interessenten gehörig gewesenen Materialien, zu dem Werthe des daraus entstandenen Ganzen, so wie letzterer zur Zeit der Auseinandersetzung beschaffen ist, festgesetzt.

§. 322. Können die Interessenten über den Werth des nunmehrigen Ganzen sich nicht vereinigen, so muß derselbe durch eine unter ihnen anzustellende Licitation bestimmt werden.

§. 323. Der Meistbietende behält alsdann das Ganze, und muß die übrigen nach der Bestimmung des §. 321 abfinden[44].

9. Von Befruchtung fremder Thiere.

§. 324. Ist Jemandes Thier von dem Thiere eines Andern befruchtet worden, so verbleibt die daraus entstandene Frucht dem Eigenthümer der Mutter.

§. 325. Ist die Befruchtung mit Vorwissen und Genehmigung dieses letztern geschehen, so muß er dem Eigenthümer des befruchteten[45] Thieres eine in den Polizeigesetzen und Ordnungen jedes Orts, oder Distrikts, näher bestimmende Vergütung[46] leisten.

§. 326. In wiefern hingegen, falls die Befruchtung ohne Vorwissen und Genehmigung eines oder des andern Theils erfolgt ist, einer dem andern zur Schadloshaltung verpflichtet sei, ist nach den Grundsätzen des Sechsten Titels zu bestimmen[47].

10. Vom Bau auf fremdem Boden*), oder

§. 327. Hat Jemand ein für sich selbst bestehendes Gebäude[48] auf fremdem[48a] Grunde und Boden[49] ohne Vorwissen des Grundeigenthümers errichtet; so hängt es von dem Grundeigenthümer ab, das Gebäude zu erhalten, oder auf dessen Wegschaffung und Abbrechung zu dringen[50].

---

43) Bis dahin sind sämmtliche Theilhaber Miteigenthümer. Durch das Ausscheiden der Uebrigen wird der Gewinner Alleineigenthümer vermöge des Akkrescenzrechts. Er hat von Jedem für dessen Antheil Gewährleistung zu fordern, nach den Grundsätzen über die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache.

43a) Es geht mithin keine Besitzveränderung und keine neue Erwerbung vor sich. S. die vor. Anm. 3 zu §. 1, Tit. 11.

44) Die ganze in den §§. 315—323 abgehandelte Theorie ist ohne Geschichte.

45) Soll heißen: „befruchtenden". R. v. 29. Dez. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

46) Unter der Benennung: „Sprunggeld" bekannt. Dergl. Vergütung ist übrigens bei sog. kleinem Viehe nicht üblich.

47) In der That kann der Eigenthümer des Mutterthieres durch die ohne sein Wissen und Willen von einem Anderen vorsätzlich veranlaßte Befruchtung erheblich beschädigt werden. Man denke an die Bedeckung eines Vollblut-Renners von hohem Werthe durch einen Esel.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis, §§. 1742, 1743. C. G. Wächter, das Bauen (s. g. inaedificatio); in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 25, Nr. 5, lit. b. — Mein Preußisches Privatrecht, a. a. O. §. 249, II, 1.

48) Darunter ist jedes selbstständige Bauwerk zu verstehen, auch eine Mauer. Vgl. den Rechtsfall in Ulrichs Archiv X, 60. Nur muß die Bauanlage ganz auf fremden Boden gebaut werden, sonst kommen die Vorschriften §§. 340 ff. zur Anwendung. (4. A.) Vgl. Erk. des Obertr. v. 29. April 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 76).

48a) (4. A.) Oder gemeinschaftlichem. Erk. des Obertr. vom 9. Januar 1854 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XI, S. 216).

49) Oder auf eine fremde Mauer.

50) Wer aber inzwischen Eigenthümer des Gebäudes ist, weiß man hieraus nicht. Nach R. R.

§. 328. Wählt der Grundeigenthümer das letztere, so muß das Abbrechen und Wegräumen auf Kosten des Bauenden erfolgen; und dieser haftet noch außerdem, nach dem Grade seiner Verschuldung, dem Eigenthümer für den erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn.

§. 329. Verlangt der Grundeigenthümer die Erhaltung des Gebäudes, so kann er sich dasselbe entweder selbst zueignen, oder es mit dem dazu gehörenden Grunde und Boden dem Bauenden überlassen.

§. 330. Will der Grundeigenthümer das Gebäude behalten, so muß er dem Bauenden die verwendeten Baukosten, so weit sie den Werth des Gebäudes, nach der Schätzung der Sachverständigen, nicht übersteigen [51]), erstatten.

§. 331. Will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden überlassen, so muß dieser ihm den Werth des Grundes und Bodens vergüten, und noch außerdem denjenigen Schaden erstatten, welchen der Eigenthümer, durch Verengung des nöthigen Platzes, oder sonst, nach seiner Lage und seinem Gewerbe erweislich leidet.

§. 332. Hat der Eigenthümer [51a]) des Grundes und Bodens um den Bau gewußt [51b]), und nicht sogleich [51c]), als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen, so muß er mit der bloßen Entschädigung [51d]) für Grund und Boden sich begnügen [52]).

---

ist darüber kein Zweifel. S. o. Anm. 24 zu §. 275. Nach dem L.R. kann der Bauende für den Eigenthümer der Superfizies angesehen werden, mit den Verpflichtungen, welche ihm die Vorschriften §§. 328 ff. auflegen; es kann aber auch der Grundeigenthümer für den Eigenthümer der Anlage mit der Verpflichtung aus dem §. 330 gehalten werden, und dieses entspricht dem Rechtssysteme mehr, hat auch den Sinn des §. 330, welcher in dem Worte „behalten" liegt, für sich.

51) Er haftet unbedingt nur in quantum locupletior factus est. Der Satz ist entnommen aus Leyser, Med., sp. 447, m. 1 u. 2; und Müller, Promptuar. v. impensae, no. 7. Vergl. §. 30 Inst. de rer. divisione (II, 1); L. 23, §§. 4, 5 D. de rei vind. (VI, 1).

51a) (4. A.) Oder Miteigenthümer. Oben, Anm. 48a. — Der Eigenthümer muß völlig handlungsfähig sein; denn eine stillschweigende Willenserklärung hat nicht größere Kraft und Wirksamkeit als eine ausdrückliche. Ist daher das Gebäude auf dem Grundstücke einer Stadtgemeinde unter der Herrschaft der Städteordnung vom 30. Mai 1853 errichtet worden, so ist zur Anwendung des Grundsatzes von der Inädifikation im §. 332 die stillschweigende Einwilligung der Stadtgemeinde, vertreten durch den Magistrat und die Stadtverordneten, nicht genügend, sondern es ist auch noch die des Staates, vertreten durch die betreffende Bezirksregierung, erforderlich. Städteordnung vom 30. Mai 1853, §§. 36, 39, 50, 56, Nr. 5; Erk. des Obertr. v. 18. Dez. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 255).

51b) (5. A.) Der Begriff des Bauens auf fremdem Grunde und Boden nach §. 332 setzt die Neuerrichtung eines selbstständigen Gebäudes (§. 327) auf fremdem Grunde und Boden mit Vorwissen des Eigenthümers; der Begriff des Bauens an der Grenze nach den §§. 340 ff. dagegen setzt nur das Ueberschreiten der Grenze durch das Vorrücken des auf eigenem Boden errichteten Gebäudes in das Grundstück des Nachbars voraus. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 84).

51c) (4. A.) Darunter hat man hier 24 Stunden (Tit. 3, §. 47) verstanden, so daß der Grundbesitzer noch den folgenden ganzen Tag, nachdem er den Bau erfahren, zur Einlegung des Widerspruches Zeit hat, nur soll der Widerspruch nicht bloß im Laufe dieser Frist, sondern auch schon bei dem allerersten Zusammentreffen beider Theile erhoben werden. M. s. die Gründe zum Pl.-Beschl. des Obertr. v. 18. April 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 3 ff.).

(4. A.) Aus den §§. 327, 332 kann nur das Recht zum Besitze, nur eine petitorische Einrede bei Bauprozessen abstrahirt werden; in Possessorienprozessen kommen sie nicht in Betracht. Erk. des Obertr. v. 9. Dez. 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 121).

51d) (5. A.) Dieser Entschädigungsanspruch ist nur ein persönlicher. Erk. dess. v. 6. Juli 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 39).

52) Die Vorschrift hat folgende Voraussetzungen: 1. Der Bauende muß nicht Besitzer der Baustelle aus einem früheren rechtlichen Grunde sein; sonst kommen, wenn er das Grundstück ohne Titel ursprünglich in Besitz genommen hat, die Grundsätze des Tit. 7 von Meliorationen des Besitzes zur Anwendung, und wenn er einen Titel hat, die Regel von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums (des Grundstückes). Die Grundsätze von der Inädifikation sind mithin unanwendbar, wenn auf einen

durch Einräumung des Besitzes auf Grund eines mündlichen Vertrages erworbenen Acker gebaut wird; ein solchergestalt verkauftes und übergebenes Grundstück ist für den bauenden Käufer, dem Verkäufer gegenüber, kein fremdes Grundstück, der Verkäufer kann nicht vindiziren, er kann nur auf Grund des Rücktrittes von dem unverbindlichen Rechtsgeschäfte die Auflösung desselben unter gewissen Bedingungen fordern. Die bloße Einwilligung des Grundeigenthümers in den Bau aber, ohne Abschließung eines Ueberlassungsvertrages über die Baustelle, ändert die Erwerbungsart als eine unmittelbare nicht. Pr. des Obertr. vom 15. Dez. 1848 in der Sache Fink w. Fink, $^{768}/_{3040}$ III, 48. (3. A. Eine Anwendung von diesem Grundsatze macht das Ratiborer Appellationsgericht in einer Entscheidung vom 17. Okt. 1854 auf den Fall, wo Jemand auf dem Lande eine Ackerfläche von 104 □R. für 52 Thlr. mittelst mündlichen Kontrakts erkauft und übergeben erhalten, und mit einem Hause nebst Stallung bebaut, sowie einen Garten darauf angelegt hatte. Das Appellationsgericht sagt, der §. 332 gehöre in die Lehre von der inaedificatio, einer unmittelbaren Erwerbungsart, könne also da nicht zur Anwendung kommen, wo der Bauende aus irgend einem früheren Rechtsgrunde die Baustelle bereits im Besitze gehabt habe, sei es in Folge einer ursprünglichen Besitznahme ohne Titel, welchenfalls die Grundsätze des 7. Titels über Meliorationen des Besitzes, sei es auf Grund eines Titels, wo dann die Vorschriften über die mittelbare Erwerbung des Eigenthums Platz greifen müßten. Das ist juristisch vollkommen richtig. Das Obertr. aber, meinend, es sei unrichtig, hat diese Entsch. durch ein Urtel v. 30. März 1855 kassirt, wir werden gleich sehen, aus welchem Grunde. Vorab muß auf die Ungenauigkeit der Ueberschrift, welche dieses Urtel in der Entsch. des Obertr. Bd. XXX, S. 31 von den Herausgebern erhalten hat — ein Pr. ist es nicht — aufmerksam gemacht werden. Es heißt: „Die gesetzlichen Vorschriften vom Baue auf fremdem Boden sind dadurch, daß über die Abtretung der Baustelle ein unförmlicher Vertrag geschlossen worden, nicht ausgeschlossen." So allgemein wird der Satz von dem Obertr. nicht ausgesprochen, vielmehr behauptet dasselbe nur, daß in dem Falle, wenn die Baustelle gerade zu dem ausgesprochenen Zwecke, solche zu bebauen, erworben und überlassen worden sei, alsdann der §. 332 noch zur Anwendung komme. Die Herausgeber machen zu ihrem ungenau gefaßten Rechtssatze die Anmerkung, ich hätte hier in dieser Note gesagt, das Obertr. habe in dem von mir allegirten Präjudikate angenommen, der §. 332 sei auf den Fall eines mündlich geschlossenen Ueberlassungsvertrages nicht anwendbar. Das gedachte Präjudikat beschränke sich jedoch lediglich darauf, die Anwendbarkeit jenes §. 332 da auszuschließen, wo es nicht der Eigenthümer war, der um den Bau gewußt hat, sondern der Erbpächter. Diese Bemerkung berührt den besprochenen Rechtspunkt gar nicht. Die Frage ist: Finden die Grundsätze über die ursprüngliche Erwerbungsart, Inädifikation genannt, oder vielmehr die Grundsätze über mittelbare Erwerbung Anwendung, wenn der Boden, auf welchem später gebaut worden, dem Besitzer desselben vorher abgekauft und auf Grund dieses nur mündlich abgeschlossenen Kaufes der Besitz wirklich übertragen worden ist. Ob der Besitzer und Verkäufer wahrer Eigenthümer war oder ein anderes erbliches Besitzrecht hatte, ist eine Frage, die hierbei gar nicht in Betracht kommt, vielmehr in ein ganz anderes Kapitel gehört, aus welchem in jenem Rechtsfalle ein Rechtsstreit nicht entstanden und daher auch nicht zu entscheiden war. Bekanntlich kann man auch von einem Nichteigenthümer gültig kaufen, unbeschadet der Rechte des wahren Eigenthümers. — Kommen wir nun auf die Theorie des Obertr. Dieses sagt: Wenn gerade zu dem Behufe des Aufbaues eines Hauses der demnächst bebaute Platz mündlich verkauft worden ist, so haben wir es nicht mit einer mangelhaften mittelbaren Erwerbung zu thun, sondern mit der ursprünglichen Erwerbungsart der Inädifikation. Denn da nichts weiter als der demnächst bebaute Platz und gerade behufs Aufbaues eines Hauses durch einen unförmlichen Vertrag überlassen worden, so erhellet daraus ohne Weiteres, daß der Fall des §. 333 hier nicht in Frage steht. Das ist der eine Rechtsgrund, welcher dem rechtsverständigen Leser zur eigenen Würdigung anheimgegeben wird, mit dem Bemerken, daß der Gegenstand der Bestimmung des §. 333 nicht „ein ganzes Gut", worunter das Obertr. selbst ein jedes einzelnes selbstständiges Grundstück versteht [S. 36 a. a. O.], ist, sondern vielmehr der schon vor der Errichtung von Baulichkeiten erworbene Besitz des Grundstückes. Der Gegensatz, von dem die vorhergehenden §§. 327 ff. handeln, ist die erst mittelst der Bebauung geschehene Besitzergreifung. Uebrigens ist, was nur nebenbei bemerkt wird, auch die faktische Voraussetzung des Obertr. in dem entschiedenen Falle nicht richtig; denn es ist nicht bloß der bebaute Platz verkauft worden: ein Dorfhäusler kann 104 □R., auf welchem ein Gebäude von dem Umfange der Berliner Akademie errichtet werden kann, zum Aufbaue eines Hauses nicht brauchen, und in dem vorliegenden Falle haben dazu auch die 104 □R. nicht verbraucht werden sollen, vielmehr hat der Käufer darauf eine neue Häuslerstelle, bestehend aus Haus nebst Stallung und Garten, gegründet, wie derselbe in seinem Petitum wörtlich sagt [S. 32]. Dies nur was das Thatsächliche des Rechtsfalles und die Entscheidung des Prozesses betrifft; unsere Rechtsfrage wird davon nicht berührt, denn diese wirkliche Thatsache unterstellt das Obertr. seinem Rechtssatze nicht. — Ein zweiter Rechtsgrund des Obertr. für seinen Satz ist die Redlichkeit des Käufers in unserem Falle. „Darf sich darauf schon derjenige berufen, der ohne Widerspruch des Eigenthümers fremden Grund und Boden bebaut, um wieviel mehr muß es von dem geschehen können, der selbst in der Meinung redlich war, daß der Grund und Boden nicht dem Anderen mehr, sondern ihm gehöre." [S. 36.] Dahin läßt sich nicht mehr folgen; der gute Glaube hat, welche Vortheile damit auch für den Besitzer verknüpft sein mögen, doch in

keinem Falle und nach keinem positiven Rechte die magische Kraft, eine gewisse Erwerbungsart in eine wesentlich andere Erwerbungsart zu verwandeln; und wenn dies nicht behauptet werden kann, so fehlt es der Beweisführung für die Begründung des behaupteten Rechtssatzes an der juristischen Schlüssigkeit. Indeß findet sich in unserem Falle allerdings eine, von dem Obertr. freilich nicht beachtete, Rechtswahrheit: es treffen hier zwei Erwerbungsarten zusammen, die formlose mittelbare, und die ursprüngliche der Inädifikation; denn betreffs der letzteren ist die Einwilligung des bisherigen Eigenthümers, der einen Platz ausdrücklich zum Baue verkauft, in höherer Potenz vorhanden. Aber hierbei ist zu beachten, daß die zweite Erwerbungsart, die Inädifikation, in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht weiter zu reichen vermag, als der Bau geht: nur die Baustelle kann durch die Inädifikation rechtsgültig erworben werden; dasjenige, was an Grund und Boden mehr durch den formlosen Kauf [und die darauf gegründete Uebergabe] erworben worden ist, bleibt dem Schicksale der mündlichen Verträge unterworfen, doch mit der Einschränkung, daß der Uebernehmer an der Aufrufung des Geschäftes durch seinen Bau verhindert ist, weil er nicht das Ganze in seinem früheren Zustande zurückzugeben vermag. Der in Rede stehende Rechtsfall ist auch aus diesem Gesichtspunkte quantitativ unrichtig entschieden: die Baustellen waren unwiderruflich erworben, der Garten aber nicht.) 2. Der Bauende muß nicht unredlich handeln, d. h. er muß entweder in seinem Rechte, dort zu bauen, irren, oder er muß, obgleich er das Eigenthum eines Anderen kennt, einen vernünftigen Grund haben, anzunehmen, daß ihm der Eigenthümer die Baustelle überlassen werde. Wer in bösem Bewußtsein fremden Grund bebaut, kann dadurch nicht das Recht erwerben, den Eigenthümer zu nöthigen, ihm die Baustelle abzutreten. — Unter diesen Voraussetzungen bewirkt die Wissenschaft des Eigenthümers von dem unternommenen Baue, ohne Erforderniß der Anzeige seitens des Bauenden, und die Unterlassung des Widerspruches, daß der Bauende ihn zwingen kann, ihm die Baustelle käuflich zu überlassen. In diesem Falle kommen die Grundsätze vom nothwendigen Verkaufe zur Anwendung. Tit. 11, §. 3 ff. Die formlose Einwilligung des Grundeigenthümers z. B. ist dazu völlig hinreichend, wenn darauf wirklich gebaut wird. (4. A.) Das Bewußtsein der Ungültigkeit des Vertrages *als mittelbaren Erwerbungstitels* macht die *unmittelbare* Erwerbung durch bewilligte Inädifikation nicht fehlerhaft. Vergl. Erk. des Obertr. v. 12. März 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 63). Wenn aber der *als mittelbarer* Titel nicht gültige Vertrag gewisse Beschränkungen des Baues festsetzt, und der Bauende sich denselben nicht unterwirft, so ist auch die *unmittelbare* Erwerbung durch Inädifikation ungültig, weil in der Verabredung, wenngleich sie als Rechtstitel zur *mittelbaren* Erwerbung unkräftig ist, doch zugleich ein Widerspruch gegen eine gewisse Art des Baues ausgesprochen ist und diese Thatsache eben die *unmittelbare* Erwerbung durch Inädifikation hindert. Vergl. Erk. des Obertr. vom 5. Februar 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 70).

(4. A.) In der, im Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 80, mitgetheilten Entscheidung eines späteren Rechtsfalles, vom 12. Dez. 1859, hat das Obertr. seine, in den Entsch. Bd. XXX, S. 31 aufgestellte Ansicht dahin, daß die mittelbare Erwerbung die Anwendung des §. 332 nicht *unbedingt* (jetzt also nur bedingt, die Bedingung ist nicht bezeichnet) ausschließe, beibehalten. Die Entscheidung ist insofern auffallend, als sie, abgesehen von der streitigen Anwendbarkeit des §. 332, durch die Frage nach der sog. Aktivlegitimation, d. h. nach dem angewendeten Klagerechte des Klägers hinfällig wird. Der Fall war dieser: Einer von drei Miteigenthümern hatte eine gemeinschaftliche Baustelle durch einen formlosen Vertrag verkauft und übergeben. Hinterdrein verkauften alle Drei zusammen das Grundstück an einen Dritten. Dieser jüngere Käufer fordert das Grundstück nun dem älteren Käufer und Besitzer ab. Mit welchem Rechte? Das erfährt man nicht. Eigenthümer und Besitznachfolger der Verkäufer konnte er nicht geworden sein, denn das Grundstück hatte ihm nicht übergeben werden können, weil es ja ein Dritter im Besitze hatte; die Vindikationsklage aus eigenem Rechte stand ihm also nicht zu. Von einem Uebergange der Klagerechte der Verkäufer kommt auch nichts vor. Das Klagefundament ist daher räthselhaft. Es hätten die beiden beim ersten Verkaufe nicht beachteten Miteigenthümer die partielle Reivindikation gehabt. Diese ging aber durch den Kaufkontrakt auf den zweiten Käufer, den Kläger von selbst nicht über.

Uebrigens hat man sich in seiner Theorie über die Anwendbarkeit des §. 332 so verrannt, daß man es nicht merkt, den Rechtsboden ganz verloren zu haben. Die Inädifikation ist bekanntlich nichts anderes, als ein Fall der Adjunktion, d. h. der Verbindung oder Zusammenfügung zweier Sachen. Bei der Inädifikation werden bewegliche Sachen mit einer unbeweglichen Sache verbunden, wie Jedermann weiß. Durch das Bebauen eines Grundstücks wird der freie Platz (die area) in ein Gehöfte (insula) verwandelt. Ist das Eigenthum des Bodens und das der verbauten Sachen in den Händen verschiedener Personen, so nimmt das Bauen einen juristischen Charakter an und tritt als Erwerbungsart in Betreff des neuen Ganzen, des Gebäudes oder Gehöftes, auf. Nun ist die Frage keine andere als die: Soll der fremde Eigenthümer der Scholle, auf welcher das Bauwerk errichtet ist, oder der Eigenthümer der verbauten beweglichen Sachen (oder vielleicht gar der dritte Bauende) Eigenthümer des Ganzen sein? Soll es der Eigenthümer der Materialien oder der dritte Bauende sein, so ist er durch das Bebauen auch Eigenthümer der Stelle (area) geworden. Damit ist klar, daß durch die Inädifikation unmöglich mehr an Grund und Boden erworben werden kann, als die Gebäulichkeiten bedecken. Von diesem Axiom ist man bei der Eingenommenheit für jene Theorie ganz abgekommen;

§. 333. Wie es zu halten sei, wenn der Besitzer[53]) eines ganzen Guts Gebäude darauf errichtet, und hiernächst das Gut, nebst den Gebäuden, dem Eigenthümer zurückgeben muß, ist im Titel vom Besitz verordnet. (Tit. 7, §§. 204—211, §. 238)[53a]).

§. 334. Hat Jemand fremde Materialien, auf seinem eigenen Grunde und Boden, ohne Vorwissen des Eigenthümers, verbaut, so kann zwar letzterer weder die einmal verbaueten Materialien zurückfordern, noch das Eigenthum des Gebäudes verlangen[54]). mit fremden Materialien*), ingleichen

---

das Obertr. hat in der Anwendung seiner Theorie erkannt, daß die ganze auf Grund eines unkräftigen Titels erworbene weite Bodenfläche durch das Aufbauen eines wie immer gearteten unbedeutenden Gebäudes eigenthümlich erworben worden sei. Diese Theorie führt zu der Ungereimtheit, daß eine durch mündlichen Vertrag erworbene Bodenfläche von beliebiger Ausdehnung durch das dem Verkäufer bekannt gewesene und nicht verbotene Aufbauen eines Hundestalles zum unwiderruflichen Eigenthume des Bauenden wird. — (5. A.) Jemand hatte von einem Anderen durch mündlichen (also bei Parzellenkäufen nichtigen) Vertrag eine Ackerparzelle von 2 M. gekauft und übergeben erhalten, darauf einige Gebäude errichtet und den übrigen Theil derselben zu Hofraum und Garten verwendet. Der Thatbestand war sonach dem Falle, welcher durch das vorhin kritisirte Erk. vom 17. Okt. 1854 entschieden worden, ganz ähnlich. Der Verkäufer forderte das unverbindlich veräußerte Grundstück zurück, der Bekl. berief sich auf den §. 332 und das Gericht I. Instanz verurtheilte ihn zur Zurückgabe, behielt ihm jedoch das Retentionsrecht wegen der errichteten Gebäude (Meliorationen) vor. Diese dem §. 333 entsprechende Entscheidung änderte das Appell.-Gericht durch Abweisung der Klage ab, indem es den §. 332 für maßgebend hielt. Diesmal war das Obertr. damit nicht einverstanden, kassirte das Urtel und stellte das Erk. I. Instanz wieder her; „denn, wie schon in den Entsch. Bd. XXX, S. 35 ausgeführt ist, findet das Recht der Inädifikation da nicht Anwendung, wo das Bauen nicht an und für sich Zweck der Besitznahme des bebauten Grundes ist, und die Errichtung von Gebäuden nur als Verbesserung erscheint (§. 333)." Erk. vom 6. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 267). Ich halte diesen Satz nach wie vor für inkorrekt und aus den angeführten Gründen die unmittelbare Erwerbungsart der Inädifikation für ausgeschlossen, wenn ein Titel zur mittelbaren Erwerbung der Area vorliegt und auf Grund desselben die mittelbare Erwerbungsart (Tradition) vollzogen ist. Die Inädifikation setzt einseitige Besitzergreifung ohne einen Autor voraus und wirkt nicht weiter als die Adjunktion reicht, d. i. nicht weiter als soweit der Erdboden durch Gebäude bedeckt ist. Danach versteht es sich von selbst, was das Obertr. a. a. O. S. 269 wie einen Rechtsgrundsatz ausspricht, daß der Bauende durch den §. 332 noch kein Recht hat, zu verlangen, daß ihm der zur Benutzung der Baulichkeiten erforderliche Raum an Wegen ꝛc. eigenthümlich überlassen werde — das würde ja eine erzwungene mittelbare Eigenthumserwerbung ohne Titel darstellen —, und daß er nur die Einräumung einer Servitut unter den Bedingungen des Gesetzes (Tit. 22, §. 3) verlangen könne.

(5. A.) Der §. 332 redet, wie aus seiner Verbindung mit den vorhergehenden §§. 327 ff. erhellet, von für sich selbst bestehenden, auf fremdem Grunde und Boden errichteten Gebäuden. Dazu kann eine Schleusen-Anlage, welche nur theilweise auf fremdem Grunde und Boden, theilweise aber auf dem gemeinschaftlichen Grunde und Boden des den beiderseitigen Uferbesitzern eigenthümlich zugehörigen Privatflusses steht, und welche sich an das auf dem eigenen Boden des Bauenden befindliche Mühlengrundstück anschließt, nicht gerechnet werden, der §. 332 paßt demnach gar nicht auf den vorliegenden Fall und kann die Nichtanwendung des §. 135, I, 5 nicht begründen. Erk. des Obertr. v. 19. Dez. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 264).

53) Dies ist der Gegensatz zu dem §. 332. Unter dem „ganzen Gute" wird nicht etwa ein Landgut oder sonst eine eingerichtete Wirthschaft verstanden, sondern ein jedes Grundstück, z. B. ein Stück Waldgrund oder ein Stück wüstes Gebirgsland, worauf sich Jemand ansiedelt und ein Wohnhaus errichtet.

53a) (4. A.) Daß die §§. 327 u. 332 auch dann nicht maßgebend sind, wenn der Grund und Boden dem Bauenden in Folge eines zwischen demselben und dem Eigenthümer bestandenen Vertragsverhältnisses, z. B. auf Grund eines Pachtkontraktes, zur Benutzung übergeben worden ist, versteht sich ungesagt, und wird in dem Erk. des Obertr. vom 15. Februar 1855 angewendet. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 19.) — Das Gleiche gilt für das Verhältniß des Präkariums. Erk. dess. v. 11. Januar 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 128).

*) (5. A.) Hellfeld l. c. — C. G. Wächter a. a. O. S. 26, lit. a. — Mein Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §. 249, II, 2.

54) In diesem Falle gilt mithin der Röm. Grundsatz, daß der Grundeigenthümer durch Inädifikation auch Eigenthümer der Bauanlage wird, mit einer bloß persönlichen Verbindlichkeit gegen den Eigenthümer der Materialien. §. 335.

§. 335. Er muß aber von dem Bauenden, nach Maßgabe der demselben zur Last fallenden Verschuldung, für den Verlust seiner Materialien entschädigt werden.

auf fremdem Boden und mit fremden Materialien zugleich*).

§. 336. Hat Jemand fremde Materialien, auf fremdem Grunde und Boden, ohne Vorwissen beider Eigenthümer, verbauet, so ist die Frage über das Eigenthum[55], zwischen ihm und dem Grundeigenthümer, nach obigen Grundsätzen §§. 327—332 zu entscheiden.

§. 337. Dem Eigenthümer der Materialien muß der Bauende nach Vorschrift §. 335 gerecht werden[56].

§. 338. Hingegen hat der Eigenthümer der Materialien an den Grundeigenthümer, in sofern dieser an der Kränkung des erstern in seinem Eigenthume nicht Theil genommen hat, gar keinen Anspruch[57].

§. 339. Doch kann der Eigenthümer der Materialien, wegen seiner von dem Bauenden zu erhaltenden Entschädigung, an das, was der Grundeigenthümer dem Bauenden etwa noch zu leisten hat, sich vorzüglich[58]) halten.

Vom Bauen an der Grenze[58a]).

§. 340. Will Jemand einen Bau auf seiner Grenze führen, so muß er seinen Vorsatz, und wie weit er das Gebäude vorzurücken gedenke, den Nachbarn anzeigen[59].

---

*) (5. A.) C. G. Wächter a. a. O. S. 25. Mein Privatrecht a. a. O. Nr. 3.

55) Dabei konkurrirt der Eigenthümer der Materialien gar nicht.

56) An den Grundeigenthümer hat er gar keinen Anspruch, wenn derselbe auch das Eigenthum des Gebäudes erwirbt. Denn zwischen diesen Beiden besteht kein Rechtsverhältniß, weder ein persönliches noch ein dingliches (§. 338), der Eigenthümer hat lediglich den Bauenden abzufinden und es ist möglich, daß er diesem weit weniger zu geben hat, als der Bauende dem Eigenthümer der Materialien schuldig ist. §. 330.

57) S. die vor. Anm.

58) Wieder eine exceptionelle Anwendung der zweifelhaften Regel: pretium succedit in locum rei (Anm. 26 zu §. 36, Tit. 2), zu dem Zwecke, um dem Eigenthümer der Materialien einen Gegenstand seiner vorzüglichen Befriedigung zu schaffen. Die Gesetzgebung ist jedoch mit der Beilegung des Vorzugsrechts nicht ganz fertig geworden. Die Bestimmung ist bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs eingeschaltet und über deren Sinn geben die Materialien keinen Aufschluß. (G.-Rev. Pens. XIII, S. 114.) Das Vorzugsrecht ist ohne nähere Bestimmung geblieben und kann deshalb im Konkurse keine Anwendung finden. Vermuthlich soll das Vorrecht, welches der §. 424 der alten Konk.-O. demjenigen zuerkennt, welcher dem Gemeinschuldner Materialien zum Baue geliefert hat, zustehen, wenigstens scheint dies beabsichtigt worden zu sein, indem man die Forderung des Bauenden an den Eigenthümer als Gegenstand der vorzüglichen Befriedigung (Spezialunterpfand) an die Stelle des Gebäudes gesetzt hat. Aber der §. 488 a. a. O. verbietet jede Analogie in der Vorrechtsordnung, und überdies würde die analoge Anwendung des §. 424 nichts für sich haben, wogegen der §. 456 geradezu den Fall in sich faßt, indem derjenige, dessen bewegliches Eigenthum der Gemeinschuldner auf unerlaubte Art an sich gebracht hat, wegen der Entschädigung das Vorrecht der Sechsten Klasse haben soll, wenn die Sachen nicht mehr vorhanden oder nicht unterscheidbar sind und deshalb nicht vindizirt werden können. Der §. 424 dagegen setzt eine vertragsmäßige Lieferung der Baumaterialien voraus. Hiernach giebt die Bestimmung unseres §. 439 für den Hauptfall, d. i. im Konkurse, kein anderes Vorrecht als das der Sechsten Klasse, und zwar zunächst zur vorzüglichen Befriedigung aus dem Ertrage des Anspruches des Gemeinschuldners an den Eigenthümer, soweit derselbe nach Befriedigung der vorhergehenden Klassen noch übrig ist. Außer dem Falle des Konkurses würde der Eigenthümer der Materialien, bei eintretendem Konflikte mit anderen Gläubigern, nach diesen Grundsätzen nur denjenigen vorgehen, welche kein besseres Vorrecht als die Sechste Klasse haben. (4. A.) Die neue K.O. v. 8. Mai 1855 giebt für dieses Vorrecht keinen Raum.

58a) (4. A.) Hat bei aneinander stoßenden Gebäuden der eine Nachbar den anderen zum Abreißen des alten und Erbauen des neuen Giebels selber veranlaßt, so ist die Frage: ob er dennoch Zurückrückung dieses Giebels, beziehungsweise Wiedereinräumung des Grundes und Bodens, worauf letzterer steht, zu verlangen berechtigt sei, oder ob und welche andere Rechte ihm in dieser Beziehung zustehen, nicht nach den hier unanwendbaren §§. 340—342, sondern nur nach den sonstigen, für Fälle dieser Art maßgebenden Vorschriften zu entscheiden. Auf diesen Fall ist der §. 341 unanwendbar. Erk. des Obertr. vom 13. März 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 123).

59) Bei einem Baue an der Grenze wird, wenn die Anzeige an den Nachbar unterlassen, und die Grenze überschritten ist, die Klage auf Zurückrückung des Gebäudes nicht durch den Einwand be-

§. 341. Hat er dieses gethan, und ist die angegebene Linie von den Nachbarn genehmigt[60]), gleichwohl aber das Gebäude durch Zufall, geringes oder mäßiges Versehen, über die angegebene Linie vorgerückt worden, so darf er den Nachbar nur den Grund und Boden nach einer billigen Taxe vergüten[60a]).

§. 342. Hat aber der Bauende die Anzeige ganz unterlassen, oder hat er, des Widerspruchs der Nachbarn ungeachtet, über die wahre Grenzlinie[61]) fortgebauet; oder hat er die von ihnen genehmigte Linie aus Vorsatz oder grobem Versehen überschritten, so ist er schuldig, das Gebäude, auf seine Kosten, bis innerhalb seiner Grenzen[61a]) einzuziehen[61b]), und noch außerdem die Nachbarn zu entschädigen.

---

seitigt, daß der Nachbar um den Bau gewußt, und demselben nicht sofort widersprochen habe. Pr. des Obertr. 288, vom 30. Juni 1837. Vergl. §. 332 d. T. und die Anm. 48 zu §. 327. (5. A.) Die Anzeige braucht nicht an jeden von mehreren Miteigenthümern, sogar dann, wenn dieselben zum Theil an außerhalb gelegenen Orten wohnen, besonders zu geschehen; in der Regel wird es genügen, daß die Anzeige dem einen der Miteigenthümer, oder Demjenigen, welcher dessen Rechte wahrzunehmen hat, namentlich dann, wenn derselbe in dem Nachbargrundstücke selbst wohnt, gemacht wird. Erk. dess. v. 28. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 32).

60) Die Erklärung, mittelst welcher der Nachbar die Linie genehmigt, in welcher der Bau geführt werden soll, bedarf auch dann nicht der schriftlichen Form, wenn ihm bekannt ist, daß diese Linie die wahre Grenzlinie überschreitet. Pr. des Obertr. 668, vom 20. April 1839 (Pr.-Samml. I, S. 30). Die Mitwissenschaft des Bauenden um die Grenzüberschreitung entbindet den anderen Theil von den rechtlichen Folgen seiner Genehmigung und Kenntniß nicht. Erk. dess. vom 17. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 219). — Da eine formlose Erklärung genügt, so ist auch eine stillschweigende Genehmigung bindend. Tit. 4, §§. 58, 59, 61 und die Anm. dazu. — (3. A.) Ist die im §. 341 bezeichnete Baulinie vom Nachbar durch mündlichen Vertrag aber nur unter der Bedingung einer ihm zu gewährenden Gegenberechtigung genehmigt worden, so verliert diese Genehmigung ihre verbindliche Kraft, wenn der andere Kontrahent durch Zurücktreten von dem geschlossenen Vertrage sich der mündlich zugesagten Gegenleistung entzieht. Pr. des Obertr. vom 20. Okt. 1853 (Entsch. Bd. XXVII, S. 37).

60a) (5. A.) Die §§. 340, 341 beziehen sich nur auf die Ausführung eines Baues auf der Grenze; wenn es sich also nicht um eine solche handelt, vielmehr die Grenze bereits bebaut ist, und der Streit die einseitige Benutzung der auf der Grenze befindlichen gemeinschaftlichen Mauer durch deren Erhöhung betrifft, so finden jene Vorschriften keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 25. Okt. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 242).

(5. A.) Die Vorschriften der §§. 340, 341 passen nicht auf einen Bau auf einer an der Grenze stehenden Mauer des Nachbars oder einer gemeinschaftlichen Mauer, denn sie gestatten unter den angegebenen Umständen nur den Erwerb des Grundes und Bodens des Nachbars nach einer billigen Taxe, enthalten aber keine Bestimmungen über den Erwerb und die Benutzung der an den Grenzen stehenden Mauern des Nachbars oder einer gemeinschaftlichen Mauer, vielmehr kommen in Beziehung auf letztere die §§. 133 ff., I, 8 zur Anwendung. Erk. dess. vom 6. November 1866 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 121).

61) Unter der wahren Grenzlinie ist hier nicht die in §§. 139 ff., Tit. 8 vorgeschriebene Baulinie von resp. 3 u. 1½ Werkschuhen, sondern die Eigenthumsgrenze zu verstehen. Dies war streitig, ist aber als richtiger Rechtssatz angenommen durch den Plenarbeschluß (Pr. 1283) des Obertr. v. 18. April 1843. (Entsch. Bd. IX, S. 3.)

61a) (4. A.) Weiter nicht. Ob der Grundeigenthümer auch die konfessorische Klage auf Wiederherstellung des interstitii, d. h. auf Zurückziehung des Gebäudes bis auf die gesetzliche Baulinie (Tit. 8, §§. 139, 140) begründen könne, hängt davon ab: ob er, sobald er von dem Baue Nachricht erhalten, Widerspruch dagegen erhoben hat. Tit. 22, §. 43 u. Pl.-Beschl. v. 18. April 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 3). Aber die Klage auf Zurückziehung bis innerhalb der Grenzen des Bauenden kann nicht durch den Einwand beseitigt werden, daß der Nachbar um den Bau gewußt und demselben nicht sofort widersprochen habe. Erk. des Obertr. v. 9. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 216).

61b) (5. A.) Die Einziehung, resp. die gänzliche oder theilweise Kassirung, des an der Grenze aufgeführten Bauwerkes ist von der vorgängigen Ermittelung der wahren Eigenthumsgrenze abhängig; daher kann, ohne Feststellung derselben, eine solche Demolirung nicht im possessorischen Wege ausgesprochen werden. Erk. dess. vom 13. Oktober 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 218).

## Siebenter Abschnitt.

### Von Preis gegebenen Sachen oder Geldern.

§. 343. Die Erwerbung von Sachen oder Geldern, die in der Absicht ausgeworfen werden, daß der, welcher sie in Besitz nimmt, Eigenthümer davon werden solle, geschieht nach den Regeln der ursprünglichen[62]) Besitzergreifung. (§§. 7—13.)

§. 344. Dergleichen Sachen und Gelder werden so lange, bis sie wirklich in Besitz genommen worden, als herrenlos angesehen.

§. 345. Hat jedoch Jemand Sachen oder Gelder nur für gewisse Personen Preis gegeben, so können auch nur diese das Eigenthum durch Besitznehmung erwerben.

§. 346. Diese haben daher das Recht, alle Andere von der Besitzergreifnng auszuschließen, und die dazu erforderlichen Anstalten vorzukehren.

§. 347. Haben Andere, denen die Sachen oder Gelder nicht bestimmt waren, sich deren bemächtigt, so kann sie der vorige[63]) Eigenthümer von ihnen zurückfordern.

§. 348. Niemand darf, ohne Genehmigung[64]) der Polizeiobrigkeit, wegen sonst zu besorgender Unordnungen, öffentlich Gelder auswerfen, oder Sachen Preis geben.

§. 349. Hat er es ohne dergleichen Erlaubniß gethan, oder die von der Polizei vorgeschriebenen Maßregeln nicht beobachtet, so haftet er für allen Schaden.

## Achter Abschnitt.

### Von Erwerbung*) der Erbschaften.

Das Gemeine Recht ist im Wesentlichen aufgegeben und dient daher wenig zum Verständniß des Allgemeinen Landrechts.

Nach chronologischer Folge bietet die preußische Literatur nachbezeichnete Schriften über das Erbrecht:

Gründler, die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen Preußischen Rechts. Nürnberg 1798.

Crelinger, System des Preußischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das Römische und Gemeine Erbrecht; nebst einem Anhange, den Erbschaftsstempel betreffend. Breslau 1834.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, Bd. 6. Berlin 1839.

Gruchot, Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen. 8 Bde. Hamm 1865 bis 1867. Der 1ste Bd., erste Hälfte enthält den Abschnitt 8 dieses Titels, von Erwerbung der Erbschaft.

Mein Preußisches Erbrecht, aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt. Berlin 1866. Hierher gehört das 3. Buch, erste Abschn. von Erwerbung der Erbschaft, §§. 142 ff.

Was zur Erbschaft gehört, oder nicht gehört.

§. 350. Die Erbschaft eines Verstorbenen oder für todt Erklärten[1]) besteht aus dem Inbegriffe aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten[2]).

---

62) Anders nach R. R. Dieses betrachtet die Auswerfung von Missilien und die Besitznehmung derselben als eine Uebergabe an unbestimmte Personen. „— interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, et ecce, qui missilia jactat in vulgus: ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit; et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit.“ L. 9, §. 7 D. de acquir. rer. dom. (XLI, 1). Eben so §. 46 J. de rer. div. (II, 1). Hiernach findet eine mittelbare Erwerbungsart, eine Succession statt, worin eine Schenkung enthalten ist. Das ist der wichtige praktische Unterschied zwischen dem R. R. und dem A. L.R. Nach dem L.R. kann Jemand sein ganzes Vermögen auf diese Weise an Andere übertragen, indem er z. B. Staatspapiere Preis giebt für gewisse Personen, er vollzieht dadurch keine Veräußerung im juristischen Sinne, mithin ist die darauf folgende (originäre) Erwerbung unanfechtbar.

63) Vielmehr der unveränderte Eigenthümer. Denn da er nur mit Vorbehalt die Sache Preis gegeben hat, so geht keine Veränderung in der Person des Eigenthümers vor sich, wenn nicht die gewissen Personen den Besitz ergreifen. Vergl. die vor. Anm.

64) Genau gesprochen kann wohl nicht die Genehmigung der Polizei erforderlich sein, vielmehr bedarf es, zur Begegnung von Unordnungen, nur der Beaufsichtigung, wie bei allen Oeffentlichkeiten.

*) Nur von der Erwerbung der Erbschaft wird hier gehandelt. Das L.R. nennt den ganzen In-

§. 351. Was wegen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten überhaupt vorgeschrieben ist, findet auch bei Erbschaften Anwendung. (Tit. 2, §. 32 sqq.)

§. 352. In wiefern die Erbschaft durch das, was gewisse Miterben bei der Thei-

---

begriff des Vermögens einer Person, wenn die Rechtsfähigkeit derselben aufgehört hat, sei dies durch den leiblichen Tod, oder durch Todeserklärung, oder durch freiwillige Ablegung der Rechtsfähigkeit (Klostergelübte), — deren Verlassenschaft (Tit. 2, §. 34). Von dem Uebergange der herrenlos gewordenen Vermögensmasse als eines Ganzen an einen anderen Herrn handelt das Erbrecht; in Beziehung auf diesen Erwerber nennt das L.R. die Masse Erbschaft (Tit. 2, §. 35). Zur Erwerbung der Erbschaft ist nach der Theorie des L.R. ein Titel, d. h. ein Anfallsgrund, und die Handlung der Erwerbung erforderlich; in der Wirklichkeit aber fällt die zweite weg, indem der Anfallsgrund ganz allein, ohne Dazutritt einer Handlung des Nachfolgers, die Erbschaft auf diesen überträgt. (§§. 367, 368 d. T.) Um so weniger läßt sich von der Erwerbung einer Erbschaft erschöpfend handeln, ohne die verschiedenen Anfallsgründe zu beachten. In dem Systeme des L.R. aber findet sich keine passende Stelle für das Erbrecht im Zusammenhange. Denn die Verfasser haben die dinglichen Rechte nur als Folgen oder Entwickelungen der Obligationen und sonstigen Rechtshandlungen aufgefaßt und daher diese als Erwerbungsmittel dinglicher Rechte in Betracht gezogen. Dadurch ist man genöthigt worden, die Lehre von dem Uebergange der Vermögensmasse einer Person nach dem Wegfalle ihres Eigenthümers stückweise an mehreren Stellen vorzutragen, und das, wofür sich keine passende Stelle gefunden hat, ganz wegzulassen. So ist man dazu gekommen, die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft als unmittelbare Erwerbungsart, und die Testamente als Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums zu behandeln, die übrigen Anfallsgründe gelegentlich an verschiedenen anderen Stellen vorzutragen, und das Verhältniß mehrerer Miterben unter sich und zu Dritten in den Titel vom gemeinschaftlichen Eigenthume zu verweisen. Weggelassen hat man die allgemeinen Grundsätze über die Unwürdigkeit, über das Anwachsrecht bei anderen Anfallsgründen als dem Testamente, über das zur Anwendung kommende Erbrecht bei mehreren Wohnsitzen des Erblassers, worüber man jetzt streitet (s. o. Anm. 30 zu §. 23 der Einl.) u. dergl.

1) Es versteht sich, daß hinsichtlich eines für todt Erklärten nur die Vermögensmasse als Erbschaft behandelt werden kann, welche an den Orten befindlich ist, wo er für verschollen gilt. Die Todeserklärung ist nichts als die preuß. Form der missio des nächsten Erben eines Abwesenden in possessionem.

2) Die in diesem §. gegebene Begriffsbestimmung der Erbschaft ist nicht verschieden von der in §§. 34 und 35, Titel 2; denn sie umfaßt hier, wie dort, alle Vermögensrechte. (5. A.) Dazu gehören also z. B. auch die Rechte, welche der Erblasser aus einem Versicherungsvertrage mit dem Versicherer erlangt hat, und der Erbe, welcher lediglich als solcher in diese Rechte eingetreten ist, hat keine Befugniß, sie nicht als einen Bestandtheil des Nachlasses zu betrachten, resp. die dadurch erlangten Mittel für sich zu behalten, ohne sie zur Deckung der Nachlaßschulden zu verwenden. Erk. des Obertr. vom 8. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 339). — Ferner gehören dazu die anhängigen Injurienklagen; desgleichen das Recht des Wechselnehmers, einen nicht vollständig ausgefüllten Wechsel durch das Hinzufügen des Zahlungstages und des Remittenten ergänzen zu dürfen. S. Anm. 8ª zu §. 360 d. T. — Daß dort der „Pflichten" nicht gedacht ist, während hier von „Rechten und Pflichten" gesprochen wird, darf nach der Sprechweise des L.R. nicht Anstoß geben, indem das L.R. unter „Rechten und Pflichten" die Obligationen versteht. S. o. die Anm. 97 zu §. 92 der Einleitung, und die Anm. 25 zu §. 33, Tit. 2. An andere Pflichten als vermögensrechtliche (Obligationen) ist nicht zu denken. §. 360 d. T. Der dem gemeinen Sprachgebrauche angehörige Ausdruck: „welche an der Person haften", veranlaßt die wunderlichsten Streitigkeiten. An der Person des Rechtssubjekts haftet Alles, was ihm zusteht. So hat man darüber gestritten, und das Obertr. macht eine sehr wichtige Miene bei der Findung der Entscheidung: ob ein Verstorbener (in der Person seiner Erben) schuldig sei, ein verbindliches Eheverlöbniß in eine Ehe zu verwandeln, d. h. der Frauensperson die Rechte einer Wittwe des Verstorbenen beizulegen. Man s. den Rechtsfall in den Entsch. des Obertr. Bd. XXII, S. 264, noch dazu ein Plenarbeschluß. Was soll man dazu sagen! Der Rechtsgrundsatz ist: es erlischt Alles mit dem Untergange der Person, was in das Personenrecht, d. h. zu den Standesrechten (Statusrechten) und Familienrechten gehört. (5. A.) Daher sagt das Obertr. zutreffend, es enthalte einen Widerspruch, wenn der Appellationsrichter das Anerkenntniß einer Frauensperson, sie sei unehelich geboren, für die Erben derselben bindend erachte und zugleich eben wegen dieses Anerkenntnisses ihnen ein Erbrecht an dem Nachlaß eines legitimen Seitenverwandten der danach unehelich geborenen Mutter abspricht. Denn die eheliche Geburt mit den davon abhängigen Familien- und Erbrechten ist kein vererbliches, zur Erbschaft gehöriges Vermögensrecht, und kein Gegenstand, über welches die betreffende Person durch ein Anerkenntniß gültig bestimmen und ihre Erben irgendwie binden könnte. Erk. vom 18. Juni 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 146).

lung unter einander einwerfen müssen, einen Zuwachs erhalte, ist gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 17, Abschn. 2)[3]).

§. 353. Alles, was an fremdem[4]) Eigenthume, oder dessen Zuwüchsen, in der Gewahrsam des Verstorbenen gefunden worden, gehört nicht zu seiner Erbschaft[4a]).

---

3) Statt „Tit. 17, Abschn. 2" ist zu lesen: §. 303 ff., Tit. 2, Th. II. R. vom 5. Mai 1834 und vom 29. Dezbr. 1837 (Jahrb. XLIII, S. 445 und Bd. L, S. 469).

4) Dazu gehören auch a) die in dem Nachlasse eines Civil- oder Militärbeamten vorfindlichen Sammlungen, Schriften oder Zeichnungen, welche sich auf den Staatsdienst beziehen, oder vermöge seiner dienstlichen Stellung in seine Gewahrsam gekommen sind. A. G.O. II, 2, §. 129; R. vom 8. Juli 1822 (Jahrb. Bd. XX, S. 44). b) Die in jenem Nachlasse befindlichen Zeichnungen von Festungsplänen; gezeichnete Pläne, Risse, Profile einzelner Befestigungsanlagen oder Festungstheile; Entwürfe zur Befestigung im Lande gelegener Orte und Gegenden; die gezeichneten Aufnahmen, Nivellements, Terrains, Rekognoszirungen, Situationszeichnungen, und die sonstigen gezeichneten Karten, Pläne und Risse, mit Ausnahme der zu landwirthschaftlichen Zwecken, zu Gemeinheitstheilungen und dergleichen aufgenommenen Karten. Gerichte und Auktionskommissarien haben von solchen in einem Nachlasse oder in einer zu verauktionirenden Masse vorfindlichen Gegenständen ein Verzeichniß anzufertigen und dem Generalkommando der Provinz zuzustellen; und die Erben haben für die ihnen entzogenen Sachen dieser Art den Taxwerth zu erwarten. R. vom 22. Mai 1818 (Jahrb. Bd. XI, S. 243). c) Dem Erblasser verliehen gewesene Ordensinsignien und Ehrenzeichen, welche an die General-Ordenskommission, so wie Kriegsdenkmünzen, welche an die Kirchspiele abzuliefern sind. K.O. v. 7. Febr. 1815 (G.S. S. 10); R. vom 10. November 1817 (Jahrb. Bd. X, S. 250); Bekanntmachung der General-Ordenskomm. vom 20. Mai 1840 (J.M.Bl. S. 195). Ordensdekorationen in Brillanten, so wie Duplikate von Insignien, welche die Besitzer aus eigenen Mitteln angeschafft haben, königl. französische Orden und fremde Verdienstmedaillen brauchen nicht abgeliefert zu werden. Bekanntmachung der General-Ordenskomm. vom 21. Juli 1840 (J.M.Bl. S. 252). Desgleichen die Auszeichnung für Dienste in der Landwehr nicht. R. vom 12. Febr. 1842 (J.M.Bl. S. 66). Außer den königl. französischen sollen auch ausländische Orden und Ehrenzeichen, so wie überhaupt mit den Ordens- und Ehrenzeichen auch die Zeugnisse über deren Verleihung, mit Ausnahme der von dem Könige selbst vollzogenen Ordenspatente, an die Ordenskommission eingesendet werden. R. v. 25. Mai 1841 (J.M.Bl. S. 186). Die von der Stadt Hamburg aus Anlaß des großen Brandes gestiftete Erinnerungsmedaille soll nebst dem Patente darüber an das Min. der ausw. Angel. zur weiteren Beförderung eingesendet werden; doch können die Hinterbliebenen das Patent auch behalten, wovon jedoch dem Min. bei Einsendung der Medaille jedesmal Anzeige zu machen ist. K.O. vom 20. August 1844 (J.M.Bl. S. 187).

4a) (4. A.) Was nicht zur Erbschaft gehört, kann seitens der Miterben dem Erbschaftsbesitzer auch nicht zur Theilung abgefordert werden. Denn zur Begründung der Theilungsklage in Betreff einer einzelnen Sache (actio communi dividundo) gehört die Behauptung des Miteigenthums, ohne welches eine Theilung nicht gefordert werden kann, auch wenn der Besitzer selbst nicht Eigenthümer wäre. Gegen diese Rechtswahrheit verstößt das Erk. d. Obertr. v. 19. Oktbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 109). Dort behauptet dasselbe: Ein Miterbe und Besitzer der Erbschaft kann die Theilung einer mit diesem Nachlasse in Besitz genommenen Sache nicht deshalb verweigern und seinen Miterben gegenüber für sich in Anspruch nehmen und behalten, weil ein Dritter Eigenthümer derselben zu sein behaupte und er dieses Eigenthum anerkenne. Das ist eine unerwiesen gebliebene und auch unerweisliche Behauptung. Im weiteren Verlaufe der Entscheidungsgründe wird davon Umgang genommen und zu anderen Behauptungen übergegangen. Der Gegenstand des Streites war ein westphälisches Kolonat. Der im Erbschaftsbesitze befindliche Miterbe sagte, dasselbe sei Zeitpacht und gehöre dem Gutsherrn, die übrigen als Theilungskläger auftretenden Miterben behaupteten Erbpacht. Nach dem oben angegebenen Erfordernisse der Theilungsklage hätten sie dieses Fundament und somit ihr Miteigenthum an der angeblichen Erbpachtsgerechtigkeit behaupten und beweisen müssen. Davon kommt nichts vor; das Obertribunal sagt vielmehr über das Fundament: „An und für sich ist der Antrag der Kläger auf Verurtheilung des Beklagten, das Kolonat als zum Nachlasse — gehörig, unter den Miterben zur Theilung zu bringen, durch das Miterbrecht der Kläger an dem Nachlasse x., welches sie zur Erbtheilungsklage berechtigt, insofern begründet, als das Kolonat sich im Besitze des Erblassers bei seinem Tode befand und also thatsächlich zu dessen Nachlasse gehörte. Hiermit ist das richtige Fundament der Theilungsklage gegen den beklagten Miterben, der das Kolonat mit dem Nachlasse seines Vaters in Besitz genommen hat, gegeben." Das ist thatsächlich und rechtlich unrichtig. Von der Erbtheilungsklage konnte keine Rede sein; denn die Erbschaft war schon vorher getheilt worden und es war nur das Kolonat als eine einzelne Sache, wegen des streitigen Anrechtes daran, einer späteren Theilung vorbehalten geblieben. Deshalb war nur die gemeine Theilungsklage anwendbar. Für diese kann bekanntlich das Miterbrecht des Klägers nicht das Fundament sein; das Miterbrecht dient hier nur als fundamentum intermedium, wenn die Sache (das Kolonat) zur Erbschaft gehört. Das war aber bestritten und das

§. 354. Auch dürfen Lehne [5]) und Fideikommisse [6]), welche der Erblasser besessen hat, dazu nicht gerechnet werden.

§. 355. In sofern aber dem Erblasser auf dergleichen fremde Sachen (§§. 353, 354) Rechte zukommen, welche ihrer Natur nach durch den Tod nicht erlöschen, machen diese Rechte einen Theil der Erbschaft aus.

---

Obertribunal nimmt diese Zugehörigkeit ohne alles Weitere für wahr an, bloß deshalb, weil die angeblich fremde Sache sich im Nachlasse befunden hatte. Dann wird, ohne logischen Zusammenhang, fortgefahren: „Er (der Bekl.), der die Sache mit dem Nachlasse des Erblassers in Besitz genommen hat, ist nicht befugt, diesen Besitz eigenmächtig in einen Besitz Namens des vorgeblichen Eigenthümers, seinen Miterben gegenüber, zu verwandeln, und die Sache auf solche Weise, ohne Zustimmung der am Nachlasse mitbetheiligten Miterben, dem Nachlasse zu entziehen." Warum denn aber nicht? Wenn das Kolonat wirklich eine fremde Sache war, so ging dieselbe die Miterben, welche sich nicht im Besitze befanden, gar nichts an; die Erwägung trägt daher zur Begründung der Entscheidung nichts bei. Von dem Beweise darüber: daß die Sache zur Erbschaft gehöre, kommt keine Silbe vor, in dieser Beziehung wird sogar die Parteistellung umgedreht. Der Bekl. hatte nämlich, nach der Erbtheilung, von dem Gutsherrn das Kolonat durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag erblich gewonnen. Mit Bezug hierauf wird gesagt: „Er (der Bekl.) konnte den Rechten seiner Miterben: auf Theilung dieses Zugehörs des Nachlasses gegen ihn anzutragen, durch seine einseitigen Verträge mit dem Eigenthumsprätendenten (Gutsherrn) nichts vergeben." Das mag unter der gemachten Voraussetzung richtig sein, aber die Hauptsache ist übergangen: wo ist der Nachweis „dieses Zugehörs"? Der Vertrag mit dem Gutsherrn soll, den Miterben gegenüber, eine res inter alios acta sein, auf die sich der Beklagte nicht soll berufen dürfen. Das mag wahr sein, thut aber nichts zum Vortheile der Kläger bezüglich auf die Begründung ihrer Klage: der Bekl. braucht nur das Eigenthum des Erblassers und folgeweise das Miteigenthum der Kläger zu bestreiten. „Aus eigenem Rechte," wird weiter gesagt, „darf daher der Beklagte der Theilungsklage nicht widersprechen." Das kann er auf sich beruhen lassen, er, als Besitzer, kann aber der Klage widersprechen, weil er das Miteigenthum der Kläger bestreitet. — Schließlich heißt es: „Es fragt sich nur noch: ob der Bekl. als Erwerber der Ansprüche der Gutsherrschaft anzusehen sein und als Nachfolger in deren Rechte das Eigenthum des Kolonats gegen den elterlichen Nachlaß (?) in Anspruch nehmen, mithin auf diesem Wege die Theilung abwenden könne? Es hat aber weder die Gutsherrschaft, noch der Beklagte selbst einen solchen Vindikationsanspruch förmlich erhoben, Bekl. hat nicht reconveniendo auf Zuerkennung des Eigenthums, seinen Miterben gegenüber, angetragen, was der richtige Weg gewesen wäre." Hierdurch werden die Besitz- und Rechtsverhältnisse, sowie die Stellung der Parteien völlig umgekehrt: dem Besitzer wird die Nothwendigkeit der Vindikation der Sache, die er eben besitzt, oktroyirt. Damit hat die ernstliche Disputation ein Ende. Das Sach- und Rechtsverhältniß war dieses: Der Bekl. war Erbschaftsbesitzer. In der Erbschaft befand sich eine einzelne Sache, die ein Fremder als die seinige in Anspruch nahm. Der Erbschaftsbesitzer erkennt das Recht des Prätendenten an. Er hätte nun dem Prätendenten die Sache ausantworten können. Dadurch würde er den Miterben, die nicht im Besitze waren, verantwortlich geworden sein, wenn er sich ein Versehen hätte zu Schulden kommen lassen, und sie hätten die Sache von dem Fremden vindiziren können. Statt dessen kauft er dem Fremden die Sache für sich selbst ab und macht sich zum Besitzer derselben. Hat sich denn dadurch das Verhältniß der nicht im Besitze befindlichen Miterben zur fremden Sache verändert? Die Sache steht so wie in jenem Falle. Wenn die Miterben solche als eine dem Erblasser zugehörig gewesene heraus haben wollen, so müssen sie und nicht der Besitzer, dieselbe vindiziren. — (5. A.) In einem anderen ähnlichen Falle sagt das Obertr.: Wenn der das Antheilsrecht der Miterben bestreitende Miterbe nicht ein eigenes, das prätendirte Antheilsrecht ausschließendes Recht auf im Nachlasse des Erblassers befindliche Sachen geltend macht, so läuft der Einwand, daß der Erblasser nicht Eigenthümer derselben gewesen sei, auf eine unzulässige exceptio de jure tertii hinaus. Erk. vom 24. Juni 1864 (Arch. für Rechtsf. Bd. LIII, S. 318). Auch diese Sentenz verfehlt ihr Ziel. Es handelte sich auch in diesem Falle um einige einzelne Stücke, welche nach der Erbtheilung im Besitze des einen Miterben sich befanden und von anderen Miterben mit der Theilungsklage verfolgt wurden. Der beklagte Besitzer bestritt das Miteigenthum der Kläger und daraus wird hier eine exceptio de jure tertii gemacht, um die negative Litiskontestation zu neutralisiren. Diese vermeintliche exceptio kommt hier gar nicht zur Existenz.

5) Die Errichtung von Lehen ist untersagt. Der in Bezug auf die vorhandenen Lehen noch bestehende Lehnsverband soll durch gesetzliche Anordnung aufgelöst werden. Diese Bestimmungen finden auf Thronlehen und auf die außerhalb des Staates liegenden Lehen keine Anwendung. G. vom 5. Juni 1852 (G.S. S. 319).

6) Das Staatsgr.-G., Art. 40 und 41, enthielt die gleiche Bestimmung (Anm. 5) auch hinsichtlich der Familien-Fideikommisse. Dies ist durch das G. vom 5. Juni 1852 (G.S. S. 319) wieder aufgehoben.

§. 356. Insonderheit gehört alles, was der Erblasser wegen der auf solche Sachen verwendeten Kosten zu fordern berechtigt wäre, zu seiner Erbschaft.

§. 357. In wiefern vorhandene oder rückständige Früchte und Nutzungen solcher Sachen zur Verlassenschaft gehören, oder nicht, ist nach dem Unterschiede der Vermögensarten durch besondere Gesetze bestimmt. (Tit. 18, Abschn. 1; Th. II, Tit. 4.)

§. 358. Der, welchem dergleichen fremde Sachen zugehören, oder vermöge der Gesetze zufallen, ist dieselben aus dem Nachlasse eigenmächtig an sich zu nehmen nicht befugt.

§. 359. Vielmehr muß er die Ausantwortung derselben von dem Erben erwarten, oder durch richterliche Hülfe bewirken[7]).

§. 360. Rechte, Verbindlichkeiten, Lasten und Strafen, welche bloß an der Person des Erblassers haften[8]), sind zu seiner Erbschaft nicht zu rechnen[8a]). (Einleit. §. 106[9]); Tit. 2 §. 40.)

§. 361. In sofern aber aus Rechten oder Pflichten, die mit dem Tode des Erblassers erlöschen, noch bei seiner Lebenszeit Folgen entstanden sind, die ein nach Gelde zu schätzendes Interesse begründen, gehört dieses Interesse allerdings zu seinem Nachlasse[10]).

§. 362. Rechte und Pflichten aus Verträgen[10a]), ingleichen diejenigen, welche den Ersatz eines aus unerlaubten Handlungen[10b]) entstandenen Schadens betreffen, werden in der Regel der Erbschaft beigerechnet.

§. 363. Geldstrafen sind aus der Erbschaft nur in sofern zu entrichten, als sie gegen den Erblasser wirklich schon erkannt[11]), oder doch die Untersuchung[12]) gegen ihn schon so weit geschlossen worden, daß der rechtlichen Festsetzung ferner nichts im Wege steht[12a]).

§. 364. Sachen aber, die wegen eines daran[12b]) begangenen Verbrechens dem

---

7) Der Fideikommißfolger steht zu dem Erben in dem Verhältnisse eines Legatars.

8) Dazu gehört auch der Besitz, dieser kann, als ein thatsächliches Verhältniß des Erblassers, nicht ohne die besitzende Person fortdauern, folglich auch nicht auf den Erben übergehen. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. VIII, S. 8. S. auch o. die Anm. 2. — Desgleichen die gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit. Unten, Anm. 48 zu §. 647, Tit. 2, Th. I. (3. A.) Auch die Haftbarkeit der persönlichen Freiheit ist nicht vererblich, daher gegen den Erben der Schuldarrest wegen einer auf ihn vererbten Schuld nicht zulässig ist. Vergl. A. D. W.O. Art. 2, Nr. 1 und Code civil, Art. 174.

8a) (5. A.) Ueber die Vererblichkeit der Injurienklage s. m. unten, II, 20, §. 160, Anm. 85, lit. a, und m. Erbrecht §. 7, Nr. 4, lit. a (S. 90).

(5. A.) Das Recht des Wechselnehmers, einen nicht vollständig ausgefüllten Wechsel durch das Hinzufügen des Zahlungstages und des Remittenten ergänzen zu dürfen, geht auf die Erben über. Erk. des Obertr. vom 13. Juli 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 331). M. s. auch oben, Anm. 2 zu §. 350 d. T.

9) Statt „106" ist „102" zu lesen. R. v. 14. Juli 1837 (Jahrb. B. L, S. 469).

10) Z. B. die Kosten aus Prozessen der Ehefrau. R. v. 18. April 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 519).

10a) Vergl. Tit. 5, §. 415.

10b) Vergl. Tit. 6, §. 28 und die Anm. 16b dazu.

11) Wenngleich nur durch ein Resolut der Finanz- oder Polizeibehörde. R. vom 29. Januar 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 18). Vorausgesetzt jedoch, daß gegen ein solches Resolut nicht mehr die Berufung auf rechtliches Gehör zulässig ist. Ist dies der Fall, so kann das Resolut nicht rechtskräftig werden, denn die gerichtliche Untersuchung ist unmöglich geworden.

12) Darunter ist die gerichtliche Untersuchung (der strafrechtliche Prozeß) zu verstehen.

12a) (3. A.) Die ganze Bestimmung des §. 363 ist durch den §. 20 des St.G.B. dahin abgeändert, daß Geldstrafen in den Nachlaß eines Angeschuldigten nur dann vollstreckt werden können, wenn derselbe bei Lebzeiten rechtskräftig verurtheilt worden ist.

12b) (5. A.) „Daran", wie z. B. bei der Steuerdefraudation die Waaren, oder auch „damit", wie bei Jagdfreveln und Wilddiebereien die Jagdgeräthe und bei Verbrechen überhaupt die Instrumente, mit welchen das Verbrechen verübt ist. Krim.-Ordn. §. 638.

Fiskus verfallen sind, müssen demselben aus dem Nachlasse verabfolgt werden [12c]), auch wenn der Erblasser den Abschluß der Untersuchung und die Eröffnung des Konfiskationsurtels nicht mehr erlebt hat.

§. 365. Die Kosten der Untersuchung treffen in allen Fällen den Nachlaß, sobald erhellet, daß der Verstorbene zu der Untersuchung auch nur durch Versehen, oder unvorsichtiges Betragen, gegründeten Anlaß gegeben habe.

§. 366. Mit den Rechten und Pflichten in Ansehung der Konventionalstrafen hat es eben die Bewandtniß, wie mit andern aus Verträgen entspringenden Befugnissen und Verbindlichkeiten [13]).

Vom Erbanfall.

§. 367. Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt ist [14]), fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder, in deren Ermangelung [15]), die Vorschriften der Gesetze [16]) dazu berufen.

§. 368. Dieser erlangt das Eigenthum [17]) der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung [18]) bedarf [19]).

---

12c) (5. A.) Die gegen einen Nachlaß geltend zu machende Konfiskation ist ausschließlich im Wege des Untersuchungsverfahrens zu bewerkstelligen, auch wenn gegen den Thäter bei seinen Lebzeiten noch keine Anklage erhoben worden war. Unten, Anm. 37 zu §. 20 des Str.G.B.

13) Weil Konventionalstrafen nur ein voraus verabredetes Interesse sind. Uebrigens ist die ganze Kasuistik von §§. 353—366 ohne ein ausgesprochenes Rechtsprinzip; dieses muß aus der Kasuistik erst abstrahirt werden. Vergl. Anm. 2 a. E.

14) Als Todestag gilt dann der Tag, an welchem das Todeserklärungsurtel rechtskräftig wird. Th. II, Tit. 18, §. 835. Vergl. o. die Anm. 39 zu Tit. 1. — Ueber den Zeitpunkt, mit welchem ein Todeserklärungs-Urtel für rechtskräftig anzusehen, wenn ein Rechtsmittel gegen dasselbe nicht eingelegt worden ist, s. m. unten die Anm. 74 zu §. 835, II, 18.

15) Nicht bloß in deren Ermangelung, sondern auch dann, wenn Pflichttheilsberechtigte vorhanden sind, welche, ohne daß die Erbeseinsetzung nichtig wird, nebenher contra tabulas succediren. Dieser Punkt, aus welchem manche andere Sätze klar werden, ist einer von denen, welche bei der zerrissenen Behandlung des Erbrechts ganz verloren gegangen sind, ohne daß doch eine Aenderung des Rechtszustandes hat stattfinden sollen.

16) Welcher? Darüber s. o. die Anm. 25 zu §. VIII des Publ.-Patents, u. 30 zu §. 23 der Einl.

17) Nicht aber den Besitz; dieser muß besonders ergriffen werden. So auch nach R. R. L. 23 pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2). Der Erbe hat daher nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung seines Rechts zum Besitze nach dem Anfalle, jedoch vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist. Pr. 1190, vom 13. Septbr. 1842 und Pl.-Beschl. (Pr. 2161) des Obertr. vom 7. Novbr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 3). Wohl aber geht die Possessorienklage wegen einer schon vor dem Tode des Erblassers vorgefallenen Besitzentziehung oder Störung auf den Erben über, gemäß §. 361 d. T. — (4. A.) Das wird auch von dem Obertr. in dem Erk. vom 10. Mai 1861 (Archiv für Rechtss. Bd. XLI, S. 241) anerkannt und angewendet. (5. A.) Doch ist das Gesagte bei dem interdictum retinendae possessionis (wegen bloßer Störung) nur vom Schadensersatze, insoweit das Interdikt nach seinem Prinzip auch auf einen solchen geht, zu verstehen, denn hinsichtlich der Hauptsache (Schutz im Besitze gegen fernere Störung) ist der Uebergang des Interdikts nicht denkbar, weil der zu schützende Besitzer nicht mehr vorhanden ist.

(5. A.) Zur Erlangung des Besitzes der Erbschaftsstücke hat der Erbe, wenn die außergerichtliche Besitzergreifung unthunlich ist, folgende Rechtsmittel: 1) er kann die einzelnen Sachen, welche ein Dritter okkupirt hat, von diesem als einem possessor pro possessore vindiciren, oder, wenn sein Eigenthum bestritten wird, mit der Erbschaftsklage abfordern, L. 16 §. 4 D. de hered. pet. (V, 3); 2) er kann von dem interdictum quorum bonorum Gebrauch machen, s. unten, Anm. 95, Abs. 1 a. E. und L. 2, 3 C. quorum bonorum (VIII, 2); 3) hat er ein förmliches Testament für sich, so kann er eine missio in bona fordern, Tit. 12, §. 244 und L. 3 C. de edicto D. Hadriani toll. (VI, 33).

18) Die Erbschaft wird in dem Augenblicke des Anfalles, ohne Zuthun, selbst ohne Wissen und Willen des Erben, ipso jure erworben. Suarez giebt über den, in den §§. 367 u. 368 enthaltenen Rechtssatz folgende Rechtfertigung: Der Satz scheine zwar der Regel des R. R. entgegen: hereditas non adita non transmittitur. Erwäge man aber etwas genauer die vielen Ausnahmen von dieser Regel (Hellfeld, ad P., §. 1496), so werde man finden, daß sie die Regel (die ohnehin nur auf der Jurisprudentia formularia und der Theorie von actibus legitimis bei den Römern beruhe) ganz aufhöben; zumalen bei uns, wo jeder Erbe, der sich in der bestimmten Frist nicht erkläre, ipso

§. 369. Ist aber Jemandem eine Erbschaft unter einer zu Recht beständigen aufschiebenden Bedingung hinterlassen worden, so wird er nur von der Zeit der Erfüllung dieser Bedingung Eigenthümer der Erbschaft[20]).

§. 370. Stirbt der Erbe, noch ehe er die Erbschaft in Besitz genommen hat, so geht dennoch sein Recht daran[21]) auf seinen Erben über.

§. 371. Hängt die Frage: wem eine Erbschaft angefallen sei, davon ab: ob eine bei dem Tode des Erblassers vorhandene Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde, so muß dieser Erfolg abgewartet[22]) werden.

§. 372. Würde die Leibesfrucht, wenn sie zur Welt käme, alle Andern ausschließen, so muß derjenige, welcher vermöge der Gesetze, oder richterlicher Anordnung, Kurator derselben ist, zugleich zum Verlassenschafts[23])-Kurator bestellt werden.

---

jure für einen Benefizialerben angenommen werde. Dazu ist von Goßler angemerkt: „Ist auch schon in praxi angenommen." (Jahrb. Bd. XLI, S. 12.) Daraus erkennt man den Weg, auf dem man sich befand. Der angenommene Grundsatz ist der uralte, nicht im Bewußtsein gewesene deutschrechtliche: der Todte ergreift den Lebendigen (le mort saisit le vif). Er wurzelt in dem deutschen Gesammteigenthume der Familie. Dieser unbewußt in das L.R. eingeführte Grundsatz paßt jedoch nicht zu dem römischen Institute des Inventariums; denn dieses setzt eine bewußte Erwerbung der Erbschaft durch Antretung voraus. Daher kommt es, daß das Volk dieses zufällig zusammengewürfelte Erbrecht nicht kennt, und Viele durch die Versäumung der rechtzeitigen Einbringung des Inventariums, das sie nicht für nöthig halten, weil sie meinen, nicht Erbe geworden zu sein, gefangen werden. Die vorlandrechtliche Gesetzgebung in der Kur- und Neumark war nicht so unlogisch. Dort ist nach dem Erbschafts-Ed. v. 30. April 1765, Abth. 2, der berufene Intestaterbe nicht ipso jure Erbe, sondern er wird es nur durch seinen ausdrücklich erklärten oder, bei unterlassener Erklärung binnen der in den Gesetzen bestimmten Frist stillschweigend vorausgesetzten Willen. Dagegen setzen die Vorschriften des L.R. über die Fristen zur Erklärung über die Antretung einer Erbschaft und über den Verlust der Rechtswohlthat des Inventars (§§. 383 ff., 424 ff.) die Erbschaftserwerbung, sobald der Erblasser verstorben oder für todt erklärt ist, voraus. Daher steht nach jenem Provinzialrechte dem Berufenen, so lange er nicht pure sich für Erben erklärt hat oder dafür rechtskräftig erkannt worden, immer noch frei, der Erbschaft zu entsagen. Aus eben denselben Gründen steht daher auch in der Kur- und Neumark gegen die Nichterbeserklärung, wenn hiernächst über das Vermögen des Berufenen Konkurs eröffnet wird, seinen Gläubigern ein Widerspruchsrecht nicht zu. Pr. des Obertr. 42 u. 43, v. 21. u. v. 10. Febr. 1834, welche unmittelbar zwar nur von dem hinterbliebenen Ehegatten sprechen, aber doch nur in Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes. Vergl. auch die Entsch. des Obertr. v. 7. April 1834, in Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 60.

19) Die Worte: „ohne daß es einer Besitzergreifung bedarf", sind an sich überflüssig, denn zur Erwerbung der Erbschaft (der universitas juris) bedarf es auch nach Röm. und Gem. R. keiner Besitzergreifung. Es soll aber damit auch nur ausgedrückt werden, daß es zur Erwerbung der Erbschaft als Ganzes überhaupt gar keiner Erwerbungsart bedarf.

20) Bis dahin ist der Intestaterbe Eigenthümer der Erbschaft, und steht zu den bedingt berufenen Testamentserben in dem Verhältnisse eines Fiduziars. Tit. 12, §. 478.

21) Nämlich die Erbschaft selbst; denn der Erbe hat sie schon im Augenblicke der Eröffnung ipso jure erworben. S. die Anm. 18. (5. A.) Der allgemeine Ausdruck umfaßt aber auch den Fall des §. 369 und insofern ist die Bestimmung des §. 370 wichtig, es werden dadurch zugleich die Substituten und die Intestaterben ausgeschlossen. Vergl. Tit. 4, §. 161 u. Tit. 12, §. 485. (Anders nach öst. G. B. §. 809. Dort wird die Erbschaft nicht ipso jure erworben, §. 547, aber doch vor der Uebernahme transmittirt, §. 537, wenn nicht Substituten bestellt sind, §. 809.) — Der allgemeine Ausdruck sagt zugleich auch, daß der Erbeserbe so wenig wie der Berufene gezwungen werde, die transmittirte Erbschaft anzunehmen. Vergl. unten §. 397. Ferner trifft der allgemeine Ausdruck auch den Vertragserben und dessen Erben, und endlich enthält er die Voraussetzung, daß der Transmissar Erbe des Transmittenten geworden sein muß, was gemeinrechtlich streitig ist. Vergl. Glück, Bd. XLIII, S. 214 u. 493.

22) Dem schon erzeugten Kinde wird die Erbschaft, welche ihm zufallen würde, wenn es schon geboren wäre, bis zu seiner Geburt aufbewahrt. S. die Anm. 14 zu §. 12, Tit. 1. — L. 26 D. de statu hom. (I, 5); L. 3 D. si pars (V, 4); L. 7 D. de reb. dubiis (XXXIV, 5); L. 36 D. de sol. (XLVI, 3).

23) Der Kurator hat mithin zwei verschiedene Kuratelen. Warum der Kurator der Leibesfrucht als solcher nicht zugleich in Besitz und Verwaltung der Erbschaft gesetzt werden kann, wie es nach R. R. geschah [L. 20 D. de tutor. et cur. (XXVI, 5); L. 1, §. 18 D. de ventre in poss. (XXXVII, 9)], ist nicht zu finden. In der That ist keine Personenverschiedenheit vorhanden. Vergl. die §§. 373, 374.

§. 373. Dieser muß, unter Aufsicht des Gerichts, den Nachlaß für die Leibesfrucht verwalten; er darf aber wegen der Substanz desselben, ohne Zuziehung und Einwilligung derjenigen, welche in Ermangelung der Leibesfrucht die nächsten zur Erbschaft sein würden, nichts verfügen.

§. 374. Ueberhaupt muß er die einem Kurator unbekannter oder abwesender Erben unten (§. 471 sqq.) zu ertheilenden Vorschriften beobachten.

§. 375. Kommt keine lebendige Leibesfrucht zur Welt, so wird die Sache so genommen, als wenn der Anfall sofort an diejenigen gediehen wäre, welche zur Zeit des Todes, durch Gesetze oder Willenserklärungen, nächst der Leibesfrucht dazu berufen waren.

§. 376. Diesen Erben müssen daher auch alle in der Zwischenzeit gefallene Nutzungen des Nachlasses mit der Substanz zugleich verabfolgt werden.

§. 377. Doch müssen dieselben nicht nur die Administrations-Kosten, sondern auch alles, was zum Besten der Leibesfrucht und zur Verpflegung der Mutter[24]), aus dem Nachlasse und dessen Nutzungen verwendet worden, sich anrechnen lassen.

§. 378. Würde die Leibesfrucht, wenn sie lebendig zur Welt käme, nicht alle Andern ausschließen, sondern nur mit Andern zugleich an der Erbschaft Theil nehmen, so können die übrigen Erben verlangen, daß ihnen die Verwaltung des Nachlasses aufgetragen werde.

§. 379. Sie müssen aber dabei den Kurator der Leibesfrucht zuziehen, und sind in ihrer Verwaltung an eben die Einschränkungen gebunden, welche dem Verlassenschafts-Kurator nach §§. 373, 374 vorgeschrieben sind.

§. 380. Die Theilung der Erbschaft muß so lange ausgesetzt bleiben, bis entschieden ist: ob die Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde.

§. 381. Die Administrations-, ingleichen die Verpflegungskosten der Leibesfrucht und ihrer Mutter[25]), werden auch in diesem Falle, ohne Unterschied: ob erstere lebendig zur Welt kommt oder nicht, von der ganzen Masse, vor der Theilung abgezogen.

§. 382. Mehrere zugleich zu einer Erbschaft berufene Personen werden Miteigenthümer derselben. (Tit. 17, Abschn. 2.)

§. 383. Jeder, dem eine Erbschaft anheim gefallen ist[26]), hat die Wahl: ob er dieselbe mit vorstehenden Rechten und Pflichten übernehmen, oder ihr entsagen wolle[26a]). Von der Ueberlegungsfrist.

§. 384. Zur Erklärung hierüber wird demselben eine Frist von Sechs Wochen[27]), nach erlangter Wissenschaft[28]), verstattet.

---

(5. A.) Aber in der Wirklichkeit hat der Verlassenschaftskurator doch ein anderes Offizium als der Kurator der Leibesfrucht, er ist Sequester im Interesse dieser nicht allein, sondern auch des nach ihr Berufenen, so daß er, wie sie nicht lebend zur Welt kommt, im Namen des Letzteren besessen und verwaltet hat. Vergl. m. Erbrecht, §. 143.

24) Stimmt mit dem Tit. D. de ventre in poss. mittendo et curatore ejus überein, wonach der schwangeren Frau zu ihrer und mittelbar zu des Kindes Erhaltung das Bedürfniß aus der Erbschaft angewiesen werden konnte.

25) S. die vor. Anm.

26) Auch der Fiskus, welchem eine erblose Verlassenschaft anheimfällt, ist als Erbe anzusehen und der Erbschaft zu entsagen befugt. Pr. des Obertr. 1025, v. 26. Juni 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 155).

(5. A.) Wem sie nicht angefallen ist, weil er sich derselben durch einen Erbentsagungsvertrag entschlagen hat, braucht sich über nichts zu erklären. Uluten, Anm. 5, Abs. 2 zu §. 484, Tit. 2, Th. II.

26a) Wer eine ihm angefallene Erbschaft ausschlagen oder nur mit Vorbehalt antreten will, hat auch dann, wenn der Konkurs über das Vermögen des Erblassers eröffnet, und bei dessen Ableben noch nicht beendet war, der Erbschaft rechtzeitig zu entsagen oder beziehungsweise ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß innerhalb der gesetzlichen Frist niederzulegen. Pr. des Obertr. 878, v. 30. Mai 1840 (Entsch. Bd. V, S. 351).

27) S. unten die Anm. 48 zu §. 412.

28) Die dem Erben gesetzlich zustehende Ueberlegungsfrist beginnt für einen Pflegebefohlenen erst

§. 385. Ist der Aufenthalt des Erben über vierzig Meilen von dem letzten Wohnorte des Erblassers entfernt, so kommt ersterem eine dreimonatliche Frist zu Gute.

---

mit dem Tage, an welchem der demselben bestellte Vormund von dem Anfalle der Erbschaft an Ersteren Kenntniß erhalten hat. Pr. des Obertrib. 1893, v. 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 126). Auf die Kenntniß des Vormundes vor seiner Bestellung kommt nichts an, diese Zeit wird nicht mitgerechnet. Auch die Kenntniß eines Anderen, als: der Mutter, des Vormundschaftsrichters, ist unerheblich.

Diese Frist ist gegen den, welchem die Erbschaft durch Entsagung eines Anderen zugefallen ist, von dem Tage an zu berechnen, an welchem er durch den Richter von der erfolgten Entsagung in Kenntniß gesetzt worden ist — nicht von dem Tage der erlangten Privatwissenschaft. Pr. des Obertrib. 1704, vom 21. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 140). Vergl. die §§. 421, 427 d. T.

Die Pflicht zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft läuft auch gegen denjenigen in einem Testamente eingesetzten Erben, welcher ein Pflichttheilsberechtigter ist, erst von dem Tage, an welchem ihm das Testament eröffnet worden. Dieser Satz war streitig und ist durch den Pl.-Beschl. (Pr. 2264) v. 6. Januar 1851 für richtig erklärt worden. (Entsch. Bd. XX, S. 10.) Der Satz ist aber unrichtig und die Minorität, welche den s. g. Notherben als einen Erben von Rechtswegen von jedem anderen Erben unterschieden wissen will, hat tiefer geblickt als die Majorität. Die Begründung und Rechtfertigung des Satzes seitens der Majorität ist nicht gründlich geschöpft. Es wird behauptet, das Recht des Notherben sei kein qualitativ verschiedenes Erbrecht; denn die Erbschaft werde deferirt nach R. R., wie nach dem L.R., erstens durch Testament, zweitens durch das Gesetz. Nach R. R. ist das vollkommen falsch. Die testamentarische und die gesetzliche Erbfolge sind freilich gleichartig, indem der Testamentserbe ganz dieselbe Bedeutung und Berechtigung hat wie der Intestaterbe, denn Beide sind Erben kraft des Willens des Erblassers. Der Wille ist nur auf verschiedene Weise ausgedrückt, und nach den beiden Ausdrucksweisen werden zwei Delationsgründe: letzter Wille und Gesetz, angegeben. §. 6 J. per quas personas cuique (II, 9). Aber die Majorität ignorirt, daß das R. R. noch einen dritten Delationsgrund hat, der jenen beiden nicht gleichartig ist, nämlich: die absolute Berufung gewisser Personen, ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers, durch positive Vorschrift von zwingender Natur, wodurch die Erbfolge selbst gegen den letzten Willen (successio contra tabulas) begründet wird. Das Erbrecht dieser Personen ist allerdings ein qualitativ verschiedenes. (3. A. In neuerer Zeit hat der dritte Delationsgrund auch die Ehre einer Art von Anerkennung seitens des Obertr. gefunden, welche jedoch abgelehnt werden muß. „Der Notherbe ab intestato hat ein wahres Forderungsrecht an den Nachlaß, ein qualifizirtes Erbrecht," heißt es in dem Erk. v. 22. Mai 1854, Entsch. Bd. XXVIII, S. 95. Das ist ein innerer Widerspruch: „ein wahres Forderungsrecht" ist kein Erbrecht, und ein Erbrecht ist kein Forderungsrecht. Dem Urtelsfasser sind die wesentlich sehr verschiedenen Begriffe unklar und deshalb nicht geläufig gewesen, denn einige Zeilen darauf sagt er wieder: „Der Pflichttheil ist ein Erbrecht, welches der testamentarischen Dispositionsbefugniß des Erblassers vorgeht." So ist es freilich, aber doch fehlt die bewußte und logisch konsequente Anwendung dieses Rechtsbegriffes. Dagegen kommt in dem Erk. v. 4. April 1855 die Anerkennung des in Rede stehenden Delationsgrundes zum bewußten Ausdrucke in den Worten: „Der Notherbe ist eben Erbe wider den Willen des Erblassers." — „Der Pflichttheilsberechtigte ist an und für sich, selbst, wenn er mit einem bloßen Legate, oder sonst mit einer bestimmten Summe bedacht sein sollte, als Notherbe stets wahrer Erbe, und ein Erblasser hat gar keine Befugniß, ihm die Erbesqualität zu nehmen und ihn zum Legatar zu machen." Entsch. Bd. XXXI, S. 40. So ist es.) Was in der Begründung jenes Satzes aus dem R. R. beigebracht wird, das Alles bezieht sich gar nicht auf die successio contra tabulas, sondern auf das Verhältniß der andern beiden Anfallsgründe zu einander. Außer allem Zusammenhange mit der Sache und gegen den Quelleninhalt ist u. A. der Grund, warum das Erbrecht dieser gewissen Personen (der Notherben) kein qualitativ verschiedenes sein soll. „Denn," heißt es, „wenn auch der römisch rechtliche Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, durch das A. L.R. (§. 45, I, 12) aufgehoben ist, so hebt doch die Existenz eines solchen Verwandten die Befugniß, zu testiren, nicht auf, sondern das Recht des Notherben bezieht sich nur auf einen ideellen Theil der Erbschaft, und, wenn dieses Recht gewahrt ist, bleibt das Testament in allen übrigen Beziehungen gültig, so daß in jedem Falle dasselbe den nächsten und daher ausschließlichen Grund der Delation der Erbschaft bildet." Der Schluß folgt nicht aus der Voraussetzung. Jener Satz: nemo pro parte etc. ist, in Beziehung auf den Notherben, nicht erst durch das L.R. aufgehoben, sondern er galt schon nach R. R. bei der successio contra tabulas nicht, vielmehr konnte diese mit der testamentarischen konkurriren. L. 1 pr. D. de bonor. poss. contra tabulas (XXXVII, 4); L. 4 pr., L. 19 D. eodem. Das Verhältniß der drei Anfallsgründe zu einander war dieses: das Testament schloß die Intestaterbfolge ganz aus, wurde selbst aber durch den dritten Grund, in tantum beseitigt. Das L.R. hat darin weiter nichts geändert, als daß das Testament auch mit dem Gesetze konkurriren kann, die Erbfolge des Notherben aber ist unverändert geblieben. Hiernach beginnt die Frist für den Testamentserben mit dem Tage der Publikation oder, wenn er dabei nicht gegenwärtig war, mit dem Tage der Zustellung der Testamentsaus-

§. 386. Während dieser Frist ist der Erbe auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger sich einzulassen[28a]), und Prozesse, die von dem Erblasser oder gegen ihn angestellt worden, fortzusetzen[29]), nicht schuldig.

§. 387. Doch können die Gläubiger in allen Fällen, wo ein Arrestschlag nach den Gesetzen zulässig ist, auf die Versiegelung des Nachlasses antragen[30]).

§. 388. Der Erbe selbst kann, während der Ueberlegungsfrist, zum Besten des Nachlasses solche Handlungen, die keinen Aufschub leiden, vornehmen[31]).

Von Antretung und Entsagung der Erbschaften überhaupt.

§. 389. Nur derjenige, welcher die freie Verwaltung seines Vermögens hat, kann sich über die Annahme oder Entsagung einer Erbschaft[32]) rechtsgültig erklären.

§. 390. Steht der Erbe unter Vormundschaft oder Kuratel, so muß die Erklärung von dem Vormunde oder Kurator[33]) abgegeben werden[33a]).

---

fertigung; für den Notherben aber, wie für den zuerst berufenen Intestaterben, mit dem Tage, an welchem ihm der Tod des Erblassers bekannt geworden. Denn wenn auch bei dem testamentarisch eingesetzten Notherben zwei Anfallsgründe zusammentreffen, so verdankt er sein Erbrecht auf einen gewissen Theil des Ganzen doch nicht dem Willen des Erblassers, sondern dem absolut gebietenden Gesetze, er weiß mithin, daß er Erbe jedenfalls geworden, mag der Wille des Erblassers ihm günstig sein, oder nicht. — Uebrigens aber paßt das römische Institut der Deliberation und des damit zusammenhängenden Inventariums durchaus nicht zu dem adoptirten deutschrechtlichen Grundsatze über die Erwerbung der Erbschaft.

28a) (5. A.) Die während des Laufs der Ueberlegungsfrist aus den Verpflichtungen ihres Erblassers verklagten Erben sind berechtigt, die Abweisung der Klage zur Zeit zu verlangen, und nicht verpflichtet, sich mit einer bloßen Sistirung des Prozesses bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist zu begnügen. Erk. des Obertr. vom 23. November 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 256).

29) Die Prozesse müssen bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist ruhen, wenn der Erbe sich nicht schon früher erklärt. Vergl. L. 7 pr., §. 2 D. de jure deliberandi (XXVIII, 8), und L. 12, §. 1 C. de heredit. petitione (III, 31).

Stirbt eine Partei kurz vor oder bald nach Insinuation des Erkenntnisses erster oder zweiter Instanz, so läuft die ihren Erben zustehende Deliberationsfrist neben, d. h. gleichzeitig mit den in den §§. 21 u. 22 d. V. v. 14. Dezember 1833, Art. 13 der Dekl. v. 6. April 1839, und §§. 17, 27 d. V. v. 21. Juli 1846 über die Anmeldung und Einführung der Rechtsmittel festgesetzten Fristen, in sofern jene Frist, gemäß §§. 383 ff. d. T., nicht erst nach deren Ablaufe beginnt. Pr. 1964, v. 25. Januar 1848.

30) Dieser Antrag muß in einem förmlichen Arrestgesuche, mit oder ohne die Hauptklage, bei dem Prozeßrichter angebracht und das Verfahren nach Vorschrift des Tit. 29 der Pr.-O. eingeleitet werden, so daß, wenn der Arrestschlag bewilligt und die Versiegelung ausgeführt wird, der Termin zur Justifizirung desselben und zur Klagebeantwortung so anzuberaumen ist, daß er in die Zeit nach Ablauf der Ueberlegungsfrist fällt. — (3. A.) Hinsichtlich der Exekutionsinstanz trifft der §. 15, Tit. 24 der Pr.-O. Bestimmung.

31) Dergleichen Handlungen in dringenden Fällen gelten nicht für eine Einmischung in die Erbschaft. Vergl. §. 420 d. T.

32) Nämlich einer bereits angefallenen (§. 383); eine frühere Entsagung ist nichtig. Eine Ausnahme macht der §. 652, Tit. 12.

33) Auch der Kurator eines Abwesenden kann für den Abwesenden Erbschaften antreten, obgleich er wesentlich ein bloßer Güterpfleger ist. §. 469 d. T. Nach G. R. ist dies streitig. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. II, S. 171 ff. Das Obertr. hat angenommen, daß nach heutigen gemeinen Rechten das Gleiche gelte. Pr. v. 6. April 1848, Nr. II (Entsch. Bd. XVII. S. 87). Das ist nicht anzuerkennen. Vergl. Glück, Komment., Bd. XXXIII, S. 292 u. Bd. XLII, S. 465.

33a) (5. A.) Der §. 390 erledigt eine gemeinrechtliche Kontroverse, nämlich die Frage über die Antretung einer Erbschaft durch Stellvertretung. Im heutigen Röm. R. wird der Rechtsgrundsatz allgemein anerkannt: „per procuratorem hereditatem acquiri non posse.“ L. 90 pr. D de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 77 D. de reg. jur. (Die L. 54 pr. D. de acquir. rer. dom. [XLI, 1], welche man auch noch heranzieht, berührt die Frage nicht.) Die Beibehaltung dieser Regel nach Aufhebung der förmlichen Kretion ist inkonsequent; ein innerer Grund, warum nunmehr der Erwerb der Erbschaft nicht ebenso gut, wie schon vorher die Agnition der bonorum possessio durch Stellvertreter hätte zugelassen werden können, findet sich nicht, auch fehlt jeder praktische Unterschied. Daher wurde die Anwendbarkeit der alten Regel in der neuern Praxis streitig gemacht. Vergl. Stryk, Us. mod. XXIX, 2, §. 7 i. f.; Lauterbach, Colleg. theor. pract. XXIX, 2, §. 20 i. f., u. A. Schwierigkeiten und besondere Streitigkeiten machte die Anwendung der Regel bei Handlungs- und

§. 391. Ist zur Zeit des Anfalls über das Vermögen des Erben Konkurs eröffnet, so ist zur Rechtsgültigkeit seiner Erklärung der Beitritt des Kurators und die Genehmigung des den Konkurs dirigirenden Gerichts erforderlich[34]).

§. 392. Die Erklärung muß überhaupt mit allen Erfordernissen einer rechtsgültigen Willensäußerung versehen sein, und bei dem Gerichte, unter welchem der Erblasser zuletzt seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt hat, abgegeben werden. (Tit. 5, §. 133.)

§. 393. Doch verliert die Erklärung bloß dadurch, daß sie aus Versehen bei einem nicht gehörigen Gerichte geschehen ist, ihre rechtlichen Wirkungen noch nicht, in sofern nur der Erbe, sogleich nach erhaltener Bedeutung darüber, dieselbe gehörigen Orts angebracht hat.

§. 394. Außer dem unten §. 420 sqq. bestimmten Vorbehalte können der Erklärung keine Bedingungen mit rechtlicher Wirkung beigefügt werden[34a]).

---

Willensunfähigen schon unter den römischen Juristen. Nach dem Pandektenrecht konnte der Vormund die Erbschaft für seinen Pflegebefohlenen nicht antreten und dieser selbst konnte, wenn er infans war, auch tutore auctore nicht erwerben. L. 5 C. de jure deliberandi (VI, 30). Eben so wenig konnte nach R. R. der Kurator eines Minderjährigen für diesen eine Erbschaft antreten, und in der gemeinrechtlichen Praxis war darüber Ungewißheit, ob der Minderjährige allein antreten dürfe oder wie es sonst damit zu halten. Dieser unsichere Rechtszustand wird durch den §. 390 geregelt. Die Bestimmung hat indeß für das preußische Recht keine Bedeutung, sie ist vielmehr in sich widersprechend; denn nach dem Prinzip des §. 368 erwirbt jeder Erbe die Erbschaft ipso jure. Daraus folgt, daß der Erwerb völlig unabhängig ist von den Bedingungen einer rechtsgültigen Willenserklärung. Es kommt auf Willensfähigkeit nicht an, auch willenlose Personen erwerben die Erbschaft ipso jure. Nur zur Abstention (Entsagung) ist eine Willenshandlung erforderlich und diese konnte der Vormund von jeher mit rechtlicher Wirkung formlos vollziehen. L. 21 D. de auctor. tutor. (XXVI, 8) verb.: „abstineo pupillum."

34) Die erst nach der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner anfallende Erbschaft gehört nicht zur Konkursmasse, sondern macht eine neue Masse aus, bei welcher die Erbschaftsgläubiger den persönlichen Gläubigern des Gemeinschuldners vorgehen und die Konkursgläubiger nur wegen ihres Ausfalles, mit den jüngeren persönlichen Gläubigern des Schuldners zugleich, konkurriren. Pr.-O. Tit. 50, §. 41. Die Erklärung des Kurators ist hier gar nicht erforderlich, vielmehr ist lediglich die Erklärung des Gemeinschuldners entscheidend. Die Vorschrift dieses §. kann mithin nur auf den Fall bezogen werden, wenn die Erbschaft noch vor der Konkurseröffnung angefallen ist und der Schuldner sich noch nicht erklärt hat. Wenn der Kurator aus irgend einem Grunde bei der Theilung einer dem Gemeinschuldner nach eröffnetem Konkurse angefallenen Erbschaft konkurrirt, so muß er, den Miterben gegenüber, sich die Anweisung auf dasjenige, was der Gemeinschuldner dem Nachlasse schuldig ist, zur Berichtigung des Erbtheils des Ersteren, soweit dasselbe hinreicht, gefallen lassen. Pr. des Obertrib. vom 15. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 206). (3. A.) Die neue K.O. hat den Rechtsstand in der Art geändert, daß die nach der Konkurseröffnung anfallende Erbschaft wirklich zur Konkursmasse gehört. (§§. 1. 4.) Die Gläubigerschaft tritt aber lediglich in die Stelle des Gemeinschuldners und muß daher, wenn sie die Erbschaft annimmt, die Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse ebenso befriedigen, wie es der Gemeinschuldner selbst würde haben thun müssen. Vergl. §. 262 der K.O. (5. A.) Der Masse-Verwalter ist nicht berechtigt, ohne den Willen des Kridars, der sich bei der letztwilligen Anordnung seiner Eltern beruhigt, selbstständig den Pflichttheil zu wählen; dieses Wahlrecht ist ein höchst persönliches Recht des Pflichttheilserben. Erk. des Obertr. vom 16. April 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 250). Vergl. L. 8 pr. D. de inoff. testamento (V, 2). Uebereinstimmend wie in diesem Erk. hat das Obertr. auch in dem Erk. vom 18. Juni 1866 ausgesprochen: „Diese Wahl zwischen dem Erwerber seiner dereinstigen vollen Intestatportion oder dem Anspruche auf sofortige Herausgabe des bloßen Pflichttheils bildet keinen Gegenstand des „der Exekution unterliegenden" Vermögens (§. 1 der Konk.-Ordn.), sie kann mithin auch nicht an seiner Stelle durch die Gesammtheit der Konkursgläubiger (die Gläubigerschaft) und insbesondere also auch nicht durch den sie vertretenden Massen-Verwalter selbstständig und gegen den Willen des eigentlichen Pflichttheilsberechtigten ausgeübt werden. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 241.)

34a) (5. A.) Nach der Meinung einzelner gemeinrechtlicher Schriftsteller soll die bedingte Antretung der Erbschaft nach Gemeinem Rechte zulässig sein. Lobethan sagt z. B. in seiner Lehre von der Erbfolge (Halle 1776) §. 125: nach neuerem Rechte könne die Antretung der Erbschaft sowohl als die Ausschlagung derselben unbedingt und auch unter einer Bedingung geschehen. Man beruft sich dafür auf die L. 6 D. de bonor. poss. sec. tabulas (XXXVII, 11). Dort kommt von einer bedingten Erbschaftsantretung nichts vor. Derselben Meinung sind auch Stryk, Usus mod. XXIX, 2,

§. 395. Auch muß die Erklärung über die ganze Erbschaft, und nicht bloß auf einen Theil derselben, gerichtet sein[34b]).

§. 396. Erklärungen, bei welchen gegen diese Vorschriften (§. 394, 395) gehandelt worden, werden für nicht geschehen[35]) geachtet. (§. 427.)

§. 397. Stirbt der Erbe, ehe die Ueberlegungsfrist verlaufen ist, so haben seine Erben, zur Erklärung über den ersten Anfall, eben die Frist, welche ihnen in Ansehung des zweiten zu Statten kommt[35a]).

Von Entsagungen insonderheit.

§. 398. Die Entsagung einer Erbschaft muß von dem Entsagenden allemal bei Gerichten[36]), entweder in Person, oder durch eine von ihm eigenhändig unterschriebene[36a]) Vorstellung, erklärt werden[37]).

§. 399. Im letztern Falle muß die Unterschrift gerichtlich, oder durch einen Notarius[38]) beglaubigt sein.

§. 400. Ist diese[38a]) Form zwar verabsäumt, es kann aber nachgewiesen werden, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei, so verliert letztere durch die Verabsäumung der Form nichts an ihrer Wirksamkeit[39]).

---

§. 8, Leyser, Med. ad Pand. p. 370. m. 9 und Hellfeld, jurispr. §. 162 u. §. 1491 i. f., welche zwar die L. 51, §. 2 D. de acquir. vel omitt. her. (XXIX, 2) und L. 77 D. de reg. juris und die darin enthaltene Nichtigerklärung der bedingten Erbschaftsantretung anerkennen, aber im heutigen Gemeinen Rechte nicht mehr für anwendbar erklären, weil die feierlichen Rechtshandlungen, wovon in der L. 77 cit. Rede, schon von Justinian aufgehoben worden seien. Allein nicht aus einem formellen Grunde, sondern aus einer inneren Nothwendigkeit ist die bedingte Erbschaftsantretung wirkungslos, weil nämlich eine Erbschaft nur so wie sie angetragen wird, angenommen werden kann, oder abgelehnt werden muß, wie es mit jedem Antrage der gleiche Fall ist. Die Frage gilt unter den gemeinrechtlichen Rechtslehrern auch nicht für streitig, unser §. 394 entscheidet daher nicht etwa eine Kontroverse, sondern nimmt vielmehr das gemeinrechtliche Prinzip auf und paßt es in das landrechtliche Erbrechts-System ein. Da nach diesem eine Erbeserklärung zur Erwerbung der Erbschaft nicht erforderlich ist, so kann, wenn der Erbe doch die Erbschaft mit ausdrücklichen Worten annimmt, durch eine hinzugefügte Bedingung nicht die längst geschehene Erwerbung wieder vernichtet werden, sondern die ex post gestellte Bedingung ist wirkungslos. Vergl. §. 396.

34b) (5. A.) War schon vorher unstreitig. L. 1, 2; L. 80 pr. D. de acquir. vel omitt. herod. (XXIX, 1); L. 26 C. de jure delib. (VI, 30).

35) Wenn einer Erbschaft unter Bedingungen entsagt worden ist, so wird die Entsagung selbst, und nicht bloß die beigefügte Bedingung für nicht geschehen erachtet. Die unter Bedingung geschehene Entsagung erlangt dadurch keine Gültigkeit, daß sie zu Gunsten eines Miterben erfolgt ist. Pr. des Obertr. 1212, vom 1. Nov. 1842 (Entsch. Bd. VIII. S. 244). Die Folge einer solchen Entsagung wird sein, daß der Entsagende als unbedingter Erbe für die Schulden haften muß, weil er in der Meinung, nicht Erbe zu sein, die Einbringung des Inventariums versäumen wird. §. 427 d. T.

35a) (5. A.) Vergl. oben §. 368, von welchem die Bestimmung des §. 397 eine konsequente Folge ist. Die erste Erbschaft ist bereits ein Bestandtheil der zweiten. Jedoch haben die Erbeserben zugleich auch das ihrem Erblasser zustehende Recht der Ablehnung der ersten Erbschaft übernommen, insofern derselbe dieses Recht noch nicht durch Einmischung oder Vermischung jener Erbschaft mit seinem eigenen Vermögen verloren hatte, und ihre Ueberlegungsfrist in Betreff der ersten Erbschaft fällt mit der, welche ihnen wegen ihrer unmittelbaren Erbschaft zusteht, zusammen, ist also insoweit verlängert.

36) Auch Auskultatoren sollen gültige Erbschaftsentsagungen aufnehmen, ohne Unterschied, ob die Partei Analphabet ist, oder nicht. R. v. 23. Juni 1840, Nr. 2 (J.M.Bl. S. 235). Nur versteht sich, daß bei einem Analphabeten ein Unterschriftszeuge zugezogen werden muß.

36a) (4. A.) Eine bloß mündliche Erbschaftsentsagung ist ungültig und erlangt auch durch nachheriges schriftliches Anerkenntniß keine Gültigkeit. Oben, Anm. 77a zu §. 185, Tit. 5.

37) Dazu hat der Entsagende nicht nöthig, sich als Erbe zu legitimiren, wie es bisweilen verlangt worden ist. Geschieht die Entsagung ausdrücklich zu Gunsten eines Miterben, so hält der J.M., nach den Erlassen vom 30. Januar 1836 und 6. Juli 1840, die Legitimation in dem Falle für nöthig, wenn der Begünstigte nicht der alleinige Miterbe ist, weil solche Entsagung als eine Abtretung des Erbrechts durch Schenkung anzusehen sei. (J.M.Bl. 1840, S. 239, 240.) Doch beweist dieser Grund die Behauptung nicht, wenn die übrigen Miterben das Miterbrecht des Entsagenden nicht bestreiten; denn nur diese berührt es, daß der Begünstigte zwei Portionen prätendirt.

38) R. v. 2. März 1835, Nr. 1. (Jahrb. Bd. XLV. S. 179.)

38a) (4. A.) Nämlich die im §. 399 erwähnte gerichtliche oder notarielle Form. M. s. Anm. 36a.

39) Die gerichtliche oder notarielle Form (§§. 398 u. 399) dient mithin nur zur Beglaubigung;

§. 401. Dem in einem rechtsgültigen Testamente ernannten Erben steht es nicht frei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen, und den Nachlaß als gesetzlicher Erbe in Besitz zu nehmen[40]).

§. 402. Ist er aber durch die Verordnung des Erblassers an einem ihm gebührenden Pflichttheile verkürzt worden, so kann er auf dessen Abreichung oder Ergänzung antragen. (Th. II, Tit. 2, Abschn. 5.)

§. 403. Die Entsagung einer Erbschaft begreift die Begebung solcher Forderungen, welche den Erben an den Nachlaß aus einem andern[40a]) Grunde zukommen, nicht unter sich.

§. 404. Wer also einer Erbschaft entsagt, begiebt sich dadurch nicht der durch den Erblasser auf ihn verfällten Lehne, Fideikommisse oder anderer Vermögensstücke, welche ihm nach Verträgen oder Gesetzen, ohne Rücksicht auf die Eigenschaft eines Erben, zukommen.

§. 405. Wer einer durch Testament ihm angetragenen Erbschaft entsagt, verliert dadurch noch nicht sein durch einen Vertrag erworbenes Erbrecht[41]).

§. 406. So weit ein Erbe der Erbschaft gültig entsagt, tritt derjenige, welchen der rechtsbeständige Wille des Erblassers oder in dessen Ermangelung die Gesetze[42]), als den nächsten nach ihm, berufen, an seine Stelle[43]).

---

zur Gültigkeit genügt die privatschriftliche Form. Darüber ist man jedoch nicht einig. Nach der Meinung des Revisors soll der §. 400 erst bei der letzten Revision des Entwurfs, offenbar aus dem Grunde, eingeschoben worden sein, um von demjenigen, welcher eine formell ungültige Erklärung abgegeben, dieselbe jedoch für gültig gehalten hat, die Nachtheile der Verabsäumung der rechtzeitigen Einbringung des Inventariums abzuwenden. Die Vorschrift des §. 400 soll daher nur zu Gunsten des Entsagenden in Anwendung kommen, nicht aber zu dessen Nachtheile wirken, dergestalt, daß er selbst die Erklärung jederzeit widerrufen, aber sich damit auch gegen die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und der Legatarien schützen könne. (Bornemann, System, Bd. II, S. 456.) Diese Deutung widerspricht dem deutlichen und unzweifelhaften Wortsinne des §. 400. Um davon abzugehen und die Fassung des Gesetzes zu ändern oder zu ergänzen, muß der Ausleger ganz besondere und schlagende Gründe haben. Vergl. Einl. §. 46 und Anh. §. 2 und die Anm. dazu. An einem solchen Grunde fehlt es hier gänzlich. Das Befremdliche, daß im §. 400 die privatschriftliche Form für genügend erklärt wird, nachdem unmittelbar vorher in den §§. 398 u. 399 die gerichtliche oder notarielle Form unbedingt vorgeschrieben worden zu sein scheint, verschwindet bei dem Umstande, daß der §. 400 erst in den fertigen Entwurf eingeschaltet worden ist. (Ges.-Rev. Pens. XVI, Mot. zu Tit. 9, Abschn. 8, S. 12.) Dadurch ist die Bestimmung der §§. 398 und 399 eben verändert worden, ohne daß die Fassung entsprechend abgerundet worden ist, was oft vorkommt. Vergl. u. die Anm. 54 zu §. 415. (4. A.) Die Praxis hat in letzter Instanz angenommen, daß die Vorschrift des §. 400 nicht bloß zum Vortheile, sondern auch zum Nachtheile des Entsagenden gelte, nur ist zur Gültigkeit der schriftlichen Erbschaftsentsagung eine ausdrücklich erklärte Entsagung erforderlich. Erk. des Obertr. v. 23. Jan. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 263).

(5. A.) Auch auf Erbschaftsentsagungen ist die Rechtsregel: locus regit actum, anwendbar. Eine in Frankreich erklärte Erbschaftsentsagung, welche wegen Formmangels dort keinen rechtlichen Erfolg haben würde, hat in Preußen rechtliche Wirkung, wenn jene Erklärung den Erfordernissen einer gültigen Erbschaftsentsagung nach preußischem Rechte entspricht. Erk. dess. vom 6. März 1868 (Entsch. Bd. LIX, S. 50).

40) Man kann zwischen der testamentarischen und der Intestaterbfolge darum nicht wählen, weil beide auf gleichem Grunde ruhen, nämlich auf dem Willen des Erblassers: der lediglich durch den Willen des Erblassers berufene Erbe kann nicht seinen Willen zum Delationsgrunde machen. Wer aber unabhängig von dem Willen des Erblassers, selbst gegen dessen Willen, succediren kann, braucht sich nach demselben nicht zu richten. Daher die Vorschriften der folg. §§. 402 u. 405 d. T. und des §. 642, Tit. 12. Vergl. II, 1, §§. 490, 491, 498. So ist es auch nach R. R. Die L. 39 u. 22 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2), welche der Verf. der Motive des o. in der Anm. 28 gedachten Pl.-Beschl. heranzieht, beziehen sich durchaus gar nicht auf den Notherben.

40a) Z. B. aus einem Vermächtnisse (Prälegate). Der ausscheidende Testamentserbe muß von dem an seine Stelle tretenden Erben das ihm ausgesetzte Legat erhalten. S. auch §. 279, Tit. 12. Vergl. L. 87, 88 D. de legatis I. — (5. A.) Dies halte ich nach neuerer Prüfung für irrig. M. s. mein Erbrecht §. 13 a. E.

41) Vergl. die vor. Anm. 40.

42) S. o. die Anm. 25 zu §. VIII des Publ.-Patents.

§. 407. Ist bekannt, wer dieser nächste sei, so muß der Richter denselben von der erfolgten Entsagung benachrichtigen; im entgegengesetzten Falle aber finden die Vorschriften §. 471 sqq. Anwendung.

§. 408. Demjenigen, welchem eine Erbschaft erst durch die Entsagung eines Andern zufällt, kommen zu seiner Erklärung: ob er diese Erbschaft annehmen wolle oder nicht, eben die Fristen, wie dem ersten Erben, vom Tage der ihm bekannt[44]) gewordenen Entsagung zu Statten.

§. 409. Obige Vorschriften (§§. 406, 407, 408) finden nicht nur bei der ersten, sondern auch bei jeder folgenden Entsagung statt.

§. 410. Sobald aber die Entsagung von einem Erben nicht ausdrücklich zu Gunsten[45]) des auf ihn folgenden geschieht, sind die Gläubiger des Erblassers, nach näherer Bestimmung der Konkursordnung, auf Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu dringen, berechtigt.

Anh. §. 9. Es bedarf daher keiner[46]) Erklärung des Fisci über die Antretung oder Entsagung der Erbschaft.

§. 411. Eine gültig geschehene Erbschaftsentsagung kann unter keinerlei Vorwande widerrufen werden[47]).

§. 412. Dagegen kann auch der Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen, oder sich innerhalb der gesetzmäßigen[48]) Frist gar nicht erklärt hat, derselben zum Nachtheile[49]) eines Dritten[50]) nicht mehr entsagen[51]).

---

43) Also von Zeit des Todes des Erblassers an. Alle Successionsfähige sind gleichzeitig berufen, doch so, daß die hinter dem Nächstberufenen nur bedingt berufen sind. Daher kommt es bei der Frage, wer nach der Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge als Intestaterbe berufen sei, nicht auf die Zeit der Ausschlagung, sondern auf die der Eröffnung der Erbschaft (Tag des Todes oder der Todeserklärung) an. Die Meinungen darüber sind uneins. Witte, Intestaterbrecht, S. 27, 28, ist anderer Meinung. (3. A.) Zu vergl. Th. II, Tit. 4, §. 203.

44) Und zwar durch die Benachrichtigung des Richters bekannt gewordenen Entsagung. Die Privatwissenschaft genügt nicht, sie giebt keine rechtliche Gewißheit. S. oben Anm. 28, Alinea 1 zu §. 384. — Zu vergl. unten, Anm. 56a zu §. 277, Tit. 12.

45) Eine Erbschaftsentsagung zu Gunsten des nächstfolgenden Erben verliert den Gläubigern des Entsagenden gegenüber, nicht schon um deshalb jede rechtliche Wirkung, weil der dadurch begünstigte Erbe nicht der alleinige nächste Erbe ist. Pr. des Obertr. vom 15. März 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 121). Gegen den Satz ist ein Zweifelsgrund nicht aufzubringen, denn eine solche Erbschaftsentsagung enthält eine Verfügung über den erworbenen Antheil. Vergl. o. die Anm. 37. Dennoch hatte das Cösliner Appel.-Gericht die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen. Uebrigens ist dem R. vom 14. Febr. 1834, Nr. 1 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 97) darin beizustimmen, daß unter der Entsagung zu Gunsten des Nächstberufenen nur gemeint sei, daß man in diesem Falle, nämlich wenn die Entsagung ausdrücklich zu Gunsten des Nächsten geschehe, nicht an eine Unzulänglichkeit der Erbschaft denken könne, während, wenn die Erbschaft schlechtweg ausgeschlagen werde, dieser Fall einer von denjenigen sei, wo das Unvermögen für klar und notorisch angenommen wird. Proz.-O. Tit. 50, §. 4, Nr. 2 u. Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, Art. 325, Ziff. 3. Denn zu Gunsten eines entfernteren Successionsberechtigten oder gar eines Fremden kann eine Entsagung mit der Wirkung, daß der Begünstigte an die Stelle des Entsagenden tritt, nicht geschehen; die Entsagung überträgt nichts, sie macht nur Platz für den Nächstberufenen.

46) Der Fiskus wird als wirklicher Erbe angesehen. S. o. Anm. 26. Dazu harmonirt die Vorschrift des Anh. §. 9 nicht. Denn der wirkliche Erbe, welcher sich nicht erklärt und auch kein Inventarium einbringt, haftet unbedingt. Vergl. das Pr. 878 in der Anm. 26a zu §. 383, und unten die Anm. 69 zu §. 431.

47) Ein Irrthum des Entsagenden über die Größe der Erbschaft macht dessen Entsagung nicht ungültig. Pr. des Obertr. 752, v. 9. Nov. 1839.

48) Die gesetzmäßige Frist ist die in den §§. 384 ff. bestimmte Ueberlegungsfrist. In dem in Simon's Rechtspr. Bd. IV, S. 59 mitgetheilten Rechtsfalle ist von dem Appell.-Gerichte und dem Obertr. angenommen worden, daß die Entsagung nicht innerhalb der Ueberlegungsfrist, sondern erst in der darauf folgenden Inventarienfrist zu erfolgen brauche. Auch in den Gründen des, Entsch. Bd. I, S. 309 befindlichen, Rechtsfalles sagt das Obertr.: „Sie (die Erben) hatten sich nach abgelaufener Ueberlegungsfrist zu erklären" u. s. w. Der Ausdruck ist jedoch für ungenau zu neh-

Von Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt.

§. 413. Die Antretung[52]) einer Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventarii geschehen.

§. 414. Die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, muß eine deutliche und bestimmte Entsagung[53]) dieser Rechtswohlthat enthalten.

§. 415. Es muß dabei die §§. 398, 399 vorgeschriebene Form beobachtet werden[54]).

---

men; es kam auf denselben in diesem Falle nichts an. Dagegen sagt das Obertr. in der Begründung des jüngeren Präj. 1893 vom 2. Juli 1847, wo es auf die rechte Frist ankam: „Die Vorschrift des §. 412 drückt vielmehr aus: daß die Entsagung des Erben, die erst **nach** Ablauf der gesetzlichen Ueberlegungszeit geschieht, einem Dritten gar nicht entgegengesetzt werden darf." (Entsch. Bd. XVI, S. 130.) — (3. A.) Die von dem Erben **nach** Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die letztere geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen. Erk. des Obertr. vom 25. Nov. 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 253), u. vom 24. April 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 44).

49) Gleichviel, von welcher Art der Nachtheil ist; nur muß er ein vermögensrechtlicher sein.

50) Nicht bloß dem Erbschaftsgläubiger, sondern auch dem Miterben gegenüber kann derjenige Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen, oder sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist gar nicht erklärt hat, der Erbschaft nicht mehr entsagen. Pr. des Obertr. 1583, v. 28. Juni 1845. (Präj.-Samml. I, S. 32.)

51) Diese Vorschrift muthet solchem Dritten nicht den Beweis eines, ihn durch die verspätete Erbesentsagung treffenden materiellen Schadens zu; vielmehr darf der Erbe einem Dritten gegenüber sich auf eine solche Entsagung überhaupt nicht berufen. Pr. des Obertr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 125) u. Erk. vom 27. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 161). Das hat den Sinn, daß der Erbe zwar nicht unter allen Umständen gezwungen werden könne, die angetretene Erbschaft zu behalten, daß aber kein dabei betheiligter Dritter genöthigt werden könne, die verspätete Entsagung gegen sich gelten zu lassen; vielmehr kann dieser den Entsagenden immer als den wirklichen Erben ansehen und behandeln. (Entsch. a. a. O. §. 130.) Ein solcher Fall ist z. B. die verspätete Entsagung eines Wittwers auf die Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau zu Gunsten der mit ihr erzeugten Kinder, in Beziehung auf den Erbschaftsstempel: der Wittwer muß dem Fiskus den Stempel von seiner Portion entrichten. Vergl. das R. des J.M. vom 18. Dez. 1841 (J.M.Bl. S. 375). — (5. A.) Wem die Erbschaft nicht angefallen ist, weil er durch einen mit dem künftigen Erblasser geschlossenen Erbentsagungsvertrag sich seiner gesetzlichen Erbesqualität begeben hat, der braucht sich nach eingetretenem Erbfalle gar nicht zu erklären, um den Ansprüchen der Legatare und Erbschaftsgläubiger zu entgehen. Unten, Anm. 5, Abs. 2 zu §. 484, Tit. 2, Th. II.

52) Die Antretung einer Erbschaft ist keine Intercession oder Einstehung für eine fremde Obligation, vielmehr ganz eigentlich eine eigene Angelegenheit. Deshalb bedarf es bei der Erklärung der Frauenspersonen keiner Certioration, zumal das bloße Stillschweigen dieselben Wirkungen wie die wörtliche Willensäußerung hervorbringt. Darüber ist man in Zweifel gewesen, welchen der J.M. durch ein R. v. 11. Jan. 1830 (**Mannkopf**, L.R. I. Nachtr. S. 9) in demselben Sinne entschieden hat. Auch das Obertr. in dem Erk. vom 30. Okt. 1840 (Schl. Arch. Bd. V, S. 348).

Aus den nämlichen Gründen ist auch zur Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt nicht eine Spezialvollmacht erforderlich, d. h. es genügt dazu eine Vollmacht zum Betriebe aller die Regulirung des Nachlasses betreffenden Angelegenheiten. R. v. 14. Febr. 1820. (Jahrb. Bd. XV, S. 5.) Entweder ermächtigt die Vollmacht zu Vertretung des Erben, oder sie ermächtigt nicht. Im ersten Falle versteht sich Alles von selbst; im zweiten Falle ist Nichts geschehen, folglich erledigt sich die Frage durch Ablauf der Zeit. Nur wenn vor Ablauf der Frist zur Einbringung des Inventariums der Bevollmächtigte desavonirt würde, könnte man über die Wirksamkeit der ausdrücklichen Erklärung streiten. Doch ist auch in diesem Falle der Umstand entscheidend, daß die Gesetze hier eine Spezialvollmacht nicht erfordern.

53) Eine ausdrückliche Entsagung des beneficii inventarii ist nicht erforderlich, vielmehr genügt die Erklärung, daß der Erklärende unbedingt Erbe sein, oder daß er von dem Beneficium keinen Gebrauch machen wolle, obgleich er wisse, daß er in diesem Falle für die Schulden persönlich (über die Kräfte der Erbschaft) hafte. Vergl. R. v. 1. Juli 1817. (Jahrb. Bd. IX, S. 187.)

54) Obgleich hier der §. 400 nicht genannt wird, so hat man doch angenommen, daß die vorgeschriebene Form auch für die Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt nur zur Beglaubigung diene. Pr. des Obertr. v. 30. Okt. 1840 (Schles. Arch. Bd. V, S. 335 ff.). Vergl. o. die Anm. 39. Davon ist man jedoch zurückgekommen. Das jüngere Pr. des Obertr. 2379, v. 27. April 1852, spricht

§. 416. Der Erbe, welcher dergleichen Erklärung während der gesetzlichen Ueberlegungsfrist abgegeben hat, kann sie nur bis zum Ablaufe dieser Frist, jedoch nur gerichtlich, zurücknehmen.

§. 417. Hat er aber über die Substanz des Nachlasses verfügt, so findet kein Widerruf der einmal abgegebenen Erklärung mehr statt.

§. 418. Wer eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, muß für alle daran zu machenden Forderungen[55]) haften[56]).

§. 419. Er kann sich mit dem Einwande, daß die Schulden das Aktiv-Vermögen der Erbschaft übersteigen, gegen diese Vertretung niemals schützen.

Mit Vorbehalt*).

§. 420. Wer solche Verfügungen über die Erbschaft trifft, woraus die Absicht, dieselbe nicht bloß einstweilen verwalten, sondern sich ihrer als wirklicher Erbe anmaßen zu wollen, klar erhellet, der wird demjenigen, welcher eine Erbschaft unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii ausdrücklich angenommen hat, gleich geachtet.

§. 421. Eben das gilt von demjenigen, welcher die gesetzmäßigen[57]) Fristen, ohne sich zu erklären, verstreichen läßt[57a]).

§. 422. Wer eine Erbschaft nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii angenommen hat, der darf alle daran zu machenden Forderungen nur so weit[58]), als das Vermögen des Nachlasses hinreicht, vertreten[58a]).

§. 423. Ein solcher Beneficialerbe muß aber auch ein vollständiges Inventarium[59]) über den Nachlaß aufnehmen, und gerichtlich[60]), allenfalls versiegelt[61]), niederlegen[62]).

---

aus: daß die Vorschrift des §. 400 auf die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen (§§. 413, 414, 415), keine Anwendung finde. Das entspricht dem Wortlaute des §. 415.

55) Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses, gerecht werden. Pr. des Obertr. 1170, vom 8. August 1842. (5. A.) Vergl. Tit. 12, §. 296.

Dieses bezieht sich nur auf das Verhältniß der Erben zu dritten Personen. Ein mit einem Prälegate bedachter Erbe kann, bei versäumter rechtzeitiger Niederlegung des Inventars und dadurch für die Erben eingetretenem Verluste der Rechtswohlthat, wegen jenes Prälegats den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen, und nicht Befriedigung von ihnen, auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus, verlangen. Pr. des Obertr. 1394, vom 18. Dez. 1843 (Entsch. Bd. XI, S. 276). (3. A.) Dieser Grundsatz findet seine Anwendung auch wegen solcher Forderungen des Miterben, in Betreff deren er als Nachlaßgläubiger seinen Miterben gegenüber tritt. Pr. des Obertr. 2478, vom 22. September 1853.

56) Ueber die Haftung mehrerer Erben s. Tit. 17, §. 127 und die Anm. dazu, besonders §. 134.

*) (5. A.) J. N. Hertii Diss. de effectibus non confecti inventarii, in opusc. II, 3, pag. 161. Marezoll, im Archiv für civilistische Praxis Bd. VIII, 268 f. Buchholz, über den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. X. S. 386 u. flg. Heimbach, beneficium inventarii, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 909 ff.

57) S. o. die Anm. 48 zu §. 412.

57a) Die erst nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf. Oben Anm. 48 zu §. 412 a. E.

58) Einen diesen Gegenstand betreffenden Rechtsstreit nach Kur- und Neumärkischem Provinzialrechte s. in Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 279.

58a) (4. A.) Auch diejenigen, welche aus der Verwaltung entspringen. Wenn daher z. B. der zwischen einem Gläubiger und dem Erblasser bestandene Geschäftsverkehr von dem Benefizialerben und dem Gläubiger lediglich zum Zwecke der Abwickelung der laufenden Geschäfte fortgesetzt worden ist, so haftet der Erbe auch wegen der aus diesem späteren Geschäftsverkehre entstandenen Forderungen des Gläubigers nur als Benefizialerbe. Erk. des Obertr. vom 24. April 1856 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXI, S. 132).

59) Ueber die Form s. u. §§. 434 u. 438 d. T. und die Anm. 71 u. 72.

60) Und zwar bei dem zuständigen Erbschaftsgerichte. Doch ist dies streitig. Nach einer Mei-

§. 424. Diese Niederlegung muß längstens binnen sechs Monaten[63]) nach dem Ablaufe der gesetzmäßigen Erklärungsfrist (§§. 384, 385) erfolgen.

§. 425. Ist jedoch die Erbschaft besonders weitläufig und verwickelt, so kann der Richter, auf Anrufen des Erben, nach geprüften Gründen desselben, die Frist zur Einreichung des Inventarii verhältnißmäßig verlängern.

§. 426. Auch kann diese Frist auf den Antrag auch nur Eines Erbschaftsgläubigers oder Legatarii, nach Bewandtniß der Umstände und Beschaffenheit des Nachlasses, von dem Richter verkürzt werden[64]).

§. 427. Wer die vom Gesetze oder von dem Richter bestimmte Frist, ohne das Inventarium gehörig einzubringen, verstreichen läßt[64a]), wird der Rechtswohlthat

---

nung soll die Niederlegung willkürlich bei jedem Gerichte mit Erfolg geschehen können, weil nur die Verdunkelung der Masse verhütet werden solle, welcher Zweck durch die Niederlegung bei jedem Gerichte erreicht werde. R. vom 18. Mai 1816 (Jahrb. Bd. VII, S. 182). Allein es handelt sich hier nicht um einen Akt der Beglaubigung, sondern um eine obrigkeitliche Mitwirkung bei Feststellung der Erbschaft, als Grundlage zu einem vielleicht folgenden Rechtsverfahren, und das Gesetz schreibt dieselbe in dem Falle, wo noch etwas mehr als die Aufbewahrung, nämlich die Aufnahme des Inventariums verlangt wird, ausdrücklich dem kompetenten Richter zu. A. G.O. II, 5. Die Aufnahme ist eine untergeordnete Handlung des Erben selbst, den das Gericht eigentlich nur bedient, denn der Erbe steht für die Richtigkeit so ein, als wenn er es selbst verfaßt hätte. Wird schon bei dieser Geschäftsbesorgung die Zuständigkeit des Gerichts verlangt, so ist sie bei der eigentlichen Haupthandlung des Gerichts selbst, nämlich der Aufbewahrung, um so mehr erforderlich, wenn sie als eine richterliche gelten soll: nur der kompetente Richter kann richterliche Handlungen vollziehen. Das gerichtlich niederzulegende Inventarium wird nicht ersetzt durch ein von der Steuerbehörde, zum Zwecke der Bestimmung der Stempelsteuer, eingefordertes Inventarium.

61) Man nimmt das versiegelte Packet, worin das Inventarium befindlich sein soll, zu den Akten, d. h. man bewahrt es in dem Aktenschranke auf, ohne daß eine depositalmäßige Verwahrung eintritt. Vergl. §. 400, Tit. 18, Th. II, und R. des J.M. v. 7. Juni 1838 (Jahrb. Bd. LI, S. 363). Der Ort der Aufbewahrung beim Gerichte ist gleichgültig.

62) Auch wenn gar keine Aktivvermögen, sondern nur Schulden vorhanden sind, muß ein vorschriftsmäßiges Inventarium binnen der gesetzlichen Frist gerichtlich niedergelegt werden, wenn der Erbe sich die Rechtswohlthat des Inventars erhalten will. Pr. des Obertr. vom 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 304), und Pr. 242, v. 7. März 1837 (Präj.-Samml. I, S. 33). Das O.A.Gericht des Königreichs Baiern hat durch Pl.-Beschl. v. 4. Dez. 1844 das gerade Gegentheil als echten Rechtssatz des A. L.R. angenommen. (Schles. Archiv Bd. VI, S. 173.) Die Begründung ist jedoch nicht zutreffend. Sie besteht in der Behauptung, daß nach dem A. L.R. zum Begriffe einer Erbschaft das Vorhandensein eines positiven Faktors gehöre, folglich Schulden ohne Sachen und Rechte eine Erbschaft nicht bilden. Dies ist irrig. Das A. L.R. bestimmt den Begriff einer Erbschaft nicht neu. Nach dem unverändert gebliebenen Begriffe von Erbschaft ist dieselbe ein Rechtsbegriff (juris nomen) und besteht auch ohne einzelne Rechtsgegenstände. „Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet." L. 50 pr. D. de heredit. pet. (V, 1). Allerdings ist die Satzung des L.R. hart, das aber kommt von der unpassenden Verknüpfung des röm. beneficii inventarii mit dem deutschen Grundsatze über die Erwerbung der Erbschaft, §. 368.

63) Der Erbe kann das Inventarium auch gerichtlich aufnehmen lassen. §. 436. Hat er innerhalb der hier vorgeschriebenen Frist den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Erbschaftsinventars gestellt, so wird durch diesen Antrag ohne Rücksicht darauf: ob und wann das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Benefizial-Erbenqualität gewahrt. Pr. des Obertr. v. 23. November 1846. (Entsch. Bd. XV, S. 109.) — S. auch o. Anm. 28 zu §. 384 d. T.

64) Die Anwendung hat ihre Schwierigkeiten, da die Umstände, nach deren Bewandtniß die Bestimmung erfolgen soll, doch untersucht und dabei beide Theile gehört werden müssen. Ein Verfahren ist jedoch nicht vorgeschrieben. Unterdessen ist dann die Zeit von selbst lange vergangen. Die Vorschrift ist unpraktisch. Man setzt meistens, entweder ohne den Andern zu hören, oder allenfalls nach Zufertigung des Antrags zur Gegenerklärung binnen einer bestimmten Frist, den verlängerten oder verkürzten Termin dnrch ein Dekret fest, gegen welches die Beschwerde frei steht. Doch entspricht dieses Verfahren nicht der Wichtigkeit des Gegenstandes. Der §. 428 kommt einigermaßen zu Hülfe.

64a) (5. A.) Die rechtliche Wirkung der unterlassenen Einbringung eines Inventars Seitens des Erben bleibt dann ausgeschlossen, wenn ein anderweit auf Grund gesetzlicher Bestimmungen vorschriftsmäßig aufgenommenes, formell beweisendes Inventarium vorhanden ist, welches den Umfang des Nachlasses des Erblassers zur Zeit seines Todes erkennbar macht. Für ein solches Inventarium muß dasjenige gelten, welches der Vorschrift des §. 153 der Konkursordnung entsprechend zum Zwecke des über

verlustig [65]), und für einen solchen, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat [66]), geachtet. (§§. 418, 419.)

das Vermögen des Erblassers gerichtlich eröffneten Konkurses, während dessen Dauer derselbe gestorben ist, errichtet worden ist. Erk. des Obertr. v. 28. Nov. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 158).

65) Ipso jure. Suarez sagt zur Rechtfertigung dessen Folgendes: „Diese Vorschrift weicht von dem Erbschaftsedikte darin ab, daß das beneficium, sobald die Frist abgelaufen ist, ipso jure verloren geht; wohingegen nach dem Edikte erst auf die Privation desselben geklagt werden und sententia judicis hinzukommen muß. Der Grund der Abweichung ist, die Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten, und die weitläuftigen und kostbaren Prozesse zu vermeiden, welche zu entstehen pflegen, wenn oft viele Jahre nach dem Tode auf das beneficium provozirt wird, und alsdann ein Inventarium angefertigt werden muß, von dem so wenig Zuverläßigkeit als Vollständigkeit zu erwarten, und das also zu einem weitläuftigen Defektatorio öfters Anlaß giebt." (Jahrb. Bd. XLI, S. 12, besonders S. 26.) Dadurch ist das G.R. wieder hergestellt. Es liegt in der Natur der Sache, daß man sich auf das beneficium inventarii nur dann berufen kann, wenn ein Inventarium vorhanden ist. Das beneficium geht in solchem Falle nicht verloren, vielmehr steht es so, daß es gar nicht erworben worden ist, wenn man das Inventarium innerhalb der vorgeschriebenen peremtorischen Frist nicht errichtet hat. L. 22, §§. 1, 12 C. de jure delib. (VI, 30). — (4. A.) Ob diese Vorschrift des L.R., als allgemeines Landesgesetz, auch da gelte, wo das Erbschaftsedikt v. 30. April 1765 als Provinzialgesetz gegeben worden, ist die Frage. Das Obertr. hat in einem, im Centralbl. 1842, Kol. 635, mitgetheilten Erk. (Datum fehlt), in Uebereinstimmung mit dem Appellat.-Gerichte, ausgeführt, daß die I. Abth. des Erbschaftsedikts, worin von der Erbeserklärung, dem benef. inventarii ꝛc. gehandelt wird, ein allgemeines Landesgesetz und als solches durch das A.L.R. aufgehoben; wogegen nur die II. Abth., von der Erbfolge zwischen Eheleuten in der Kur- und Neumark, ein Provinzialgesetz sei. Damit stimmt auch die Einleitung und der Schluß des Edikts überein, namentlich wird im Schlußsatze oder in dem Einführungsakte das Edikt als eine „allgemeine Verordnung" bezeichnet, über welche „in unserem Königreiche Preußen und allen unseren Provinzen und Landen genau zu halten, jedoch daß deren zweite Abth. nur hauptsächlich die Kur- und Neumark angehet." Es sind jedoch, vermuthlich später, folgende Rechtssätze angenommen:

1. Die im A. L.R. vorgeschriebenen Fristen über die Antretung einer Erbschaft, oder deren Entsagung, und zur Einreichung des Inventars, finden mit gleicher Wirkung bei deren Versäumnisse auf den Nachlaß eines Ehegatten in der Kur- und Neumark nicht Anwendung; vielmehr muß es hinsichtlich der Ehegatten in der Mark bei den Bestimmungen des Erbsch.-Ed. vom 30. April 1765 verbleiben. Erk. vom 7. April 1834 (Simon's und v. Strampff's Rechtsspr. Bd. IV, S. 60).

2. Wenn der überlebende Märkische Ehegatte erst nach abgelaufener Ueberlegungsfrist sich der Theilnahme an der Erbschaft des Erstverstorbenen begiebt, so ist das Verhältniß seiner Miterben lediglich nach den Vorschriften der §§. 3 ff., Abth. II des Erbschaftsedikts zu beurtheilen, namentlich aber bleibt die Vorschrift des §. 427, Tit. 9, Th. I des A. L.R., wonach der Verlust der Rechtswohlthat des Inventariums bei nicht rechtzeitig niedergelegtem Inventarium von selbst eintritt, auch in Beziehung auf die Miterben des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen. Pr. 1788, v. 8. Oktober 1846 (Sammlung I, S. 297).

3. Die Annahme, daß nach den Vorschriften der Art. 1—3 u. 18 des Publ.-Pat. zum A. L.R. der §. 427 d. T. an die Stelle der ersten Abtheil. des Erbsch.-Ed. vom 30. April 1765 trete, sei unrichtig. Der Beweis besteht in der Berufung auf die beiden vorhergehenden Präjudikate. Erk. v. 7. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 132).

Der Verlust tritt nur Dritten gegenüber ein, nicht in dem Verhältnisse der Miterben gegen einander. S. das Pr. des Obertr. 1394, oben in der Anm. 55. Vergl. Erk. v. 6. Dez. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 63). (4. A.) Der Verlust tritt auch einem solchen Dritten gegenüber nicht ein, welcher den Erben an der Errichtung des Inventariums verhindert hat. Wenn z. B. ein Nachlaßgläubiger, welcher bis zum Ablaufe der dem Erben zur Legung des Inventars gesetzlich zustehenden Frist in dem alleinigen Besitze des Nachlasses sich befunden, dem Erben die zur Anfertigung des Inventars erforderlichen Materialien nicht an die Hand gegeben hat; so kann er auf Grund der unterbliebenen Legung des Inventars den Erben nicht als Erben ohne Vorbehalt in Anspruch nehmen. Erk. des Obertr. v. 14. Nov. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd XVI, S. 24). Der Grund ist der Dolus des Gläubigers, die an sich begründete Klage wird durch die exceptio doli entkräftet.

Eine verheirathete, mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft lebende Erbin hatte die Niederlegung des Inventars versäumt und wollte sich gegen die Folgen durch die Ausrede schützen, daß sie, wegen der Gütergemeinschaft, nicht ohne Zustimmung ihres Ehemannes die Erbschaft ohne Vorbehalt habe antreten können. Diese Ausrede wurde verworfen. Pr. des Obertr. vom 18. Febr. 1837 (Schles. Arch. Bd. I, S. 542 u. Entsch. Bd. II, S. 232). Ganz natürlich. Dem Manne, als Miteigenthümer der der Frau angefallenen Erbschaft, fiel ja die Versäumniß mit zur Last; die Belastung der Gütergemeinschaft war keine einseitige der Frau. Und wenn auch.

Ueber die Erhaltung des beneficii durch den bloßen Antrag bei Gericht, innerhalb der Frist, ein Inventarium aufzunehmen, s. o. die Anm. 63.

66) Die Wirkungen des Verlustes der Rechtswohlthat des Inventars reichen eben so weit, wie

§. 428. Soll jedoch dieser Nachtheil den Beneficialerben, wegen Versäumung einer kürzern von dem Richter bestimmten Frist (§. 426) treffen, so muß er darüber rechtlich gehört werden [67]).

§. 429. Wer, auch nur auf den Antrag Eines Gläubigers oder Legatarii, der Rechtswohlthat verlustig erklärt worden, der kann davon auch gegen alle übrigen Gläubiger und Legatarien ferner keinen Gebrauch machen.

§. 430. Vormünder oder Kuratoren können zwar durch Verabsäumung der Fristen ihre Pflegebefohlenen und Kuranten der Rechtswohlthat nicht verlustig machen [68]);

§. 431. Sie müssen aber von den Gerichten [69]) zur gehörigen Einbringung des Inventarii durch Strafen und Exekution angehalten werden.

§. 432. Andere [70]) Verwalter fremder Angelegenheiten schaden durch ihre Verabsäumung ihrem Prinzipal; sie werden aber nicht nur diesem wegen des daraus entstehenden Nachtheils, sondern auch den Erbschaftsgläubigern, wegen Verdunkelung der Masse, verhaftet.

§. 433. Ein nach §. 423 versiegelt eingebrachtes Inventarium darf nicht eher, als bis sich der Erbe gegen einen der Gläubiger oder Legatarien auf die Rechtswohlthat beruft, geöffnet werden.

---

der ausdrückliche Antritt der Erbschaft ohne Vorbehalt. Pr. des Obertr. v. 18. Dez. 1843 (Entsch. Bd. I, S. 276).

67) Die Versäumniß der durch Dekret des Erbschaftsrichters abgekürzten Frist wirkt hiernach nicht ipso jure. Vergl. o. die Anm. 64. (5. A.) Man s. hierüber m. Erbrecht, §. 148, Nr. I.

68) Nach erreichter Großjährigkeit treten, in Betreff der Pflicht zur Einreichung eines Inventars und der Folgen der hierzu gesetzlich bestimmten Frist für den gewesenen Kuranden, die sonst bestehenden Vorschriften §§. 423 ff. d. T. ein. Pr. 1930, v. 8. Nov. 1847. Mit dem Tage der Volljährigkeit fängt mithin dem großjährig gewordenen Erben die Frist zur Einreichung des von dem gewesenen Vormunde versäumten Inventariums zu laufen an.

(4. A.) Die Kirchengesellschaften und die ihnen nach §. 42, Tit. 19, Th. II gleichgestellten Armenanstalten genießen in Ansehung der Einreichung des Erbschaftsinventars die im §. 430 d. T. den Minderjährigen eingeräumten Rechte nicht, weil ihre Vorsteher nicht unter der Aufsicht der Gerichte (§. 431) stehen. Erk. des Obertr. vom 4. Februar 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 43).

69) Nämlich von den Gerichten, unter deren Aufsicht und Leitung sie stehen, also von dem Vormundschaftsgerichte. Daraus erhellet, daß solche gesetzliche Stellvertreter, welche nicht unter der Aufsicht einer Vormundschaftsbehörde stehen, wie Väter, Gemeinderepräsentanten, Vertreter des Fiskus, nicht gemeint sind, vielmehr zu den „anderen Verwaltern fremder Angelegenheiten" des folgenden §. 432 gehören.

Wenn nur einer von mehreren Miterben das Inventarium einbringt, so wird dies nach den Grundsätzen des L.R. auch den Uebrigen die Rechtswohlthat erhalten oder vielmehr erwerben, weil nicht von jedem Einzelnen eine bestimmte Handlung oder Mitwirkung dabei gefordert wird. [Anders nach R.R. L. 22, §. 2 C. de jure lib. (VI. 30).] Daher genügt es auch hinsichtlich der Großjährigen, wenn unter mehreren Miterben Minorenne sind und für diese der Vormund das Inventarium einreicht. Dagegen können sich die Großjährigen, im Falle der gänzlichen Versäumniß, nicht auf die den Minorennen zustehende Rechtswohlthat berufen.

70) S. die vor. Anm. 68. — (2. A.) Den Satz hat, in Beziehung auf Väter, auch das Obertr. in dem Pr. 2372, v. 28. April 1852, angenommen: „Ein Vater macht durch Verabsäumung der Fristen zur Einreichung des Inventars von einer, seinem minderjährigen Kinde angefallenen, zu dessen nicht freiem Vermögen gehörenden Erbschaft, dasselbe der Rechtswohlthat verlustig." (Entsch. Bd. XXIII, S. 73.) Die Begründung wird hauptsächlich aus dem eigenen Rechte entnommen, vermöge dessen der Vater nicht aus einem übertragenen Rechte, sondern als ein eigenberechtigter Verwalter und Nießbraucher handelt, wogegen er hinsichtlich des freien Vermögens nur eine vormundschaftliche Verwaltung hat (§. 159, Th. II, Tit. 2) und wie ein Vormund förmlich unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde gestellt ist (Th. II, Tit. 18, §. 984 ff.). Aus diesen Gründen läßt sich nun zwar mein Satz von Gemeindevertretern und vom Vertreter des Fiskus nicht direkt beweisen, aber er erhält seine Gültigkeit gleichfalls aus der Stellung dieser Verwalter als solcher, welche nicht, wie die §§. 430, 432 voraussetzen, unter der Aufsicht und Leitung der Gerichte stehen und nicht durch diese zur Beobachtung der Ordnung angehalten werden können. (Dieser Grund ist denn auch von dem Obertr. in dem Erk. v. 4. Febr. 1862, oben in der Anm. 68, Abs. 2, anerkannt.) Deshalb kann die Vorschrift nicht ausdehnend erklärt werden.

Vom Inventario *).

§. 434. Ein jedes Inventarium muß ein möglichst vollständiges Verzeichniß aller zum Nachlasse [70a]) gehörigen Vermögensstücke, und aller daran gemachten Ansprüche, so weit beide zur Zeit der Inventur, und durch die bei derselben angestellten Nachforschungen und Erkundigungen bekannt geworden sind, enthalten.

§. 435. Die Angabe des Werths der Vermögensstücke, oder doch eine solche Beschreibung derselben, woraus der Werth erforderlichen Falls näher beurtheilt werden könne, ist bei einem jeden Inventario nothwendig [71]).

§. 436. Ob der Erbe das Inventarium gerichtlich aufnehmen lassen, oder es selbst anfertigen wolle, hängt in der Regel von seiner Wahl ab.

§. 437. Ist jedoch der Nachlaß, auf den Antrag der Gläubiger, zu ihrer Sicherheit gerichtlich versiegelt worden (§. 387); oder können dieselben wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß, daß der Nachlaß unzureichend sein werde, nachweisen; so muß das Inventarium, auf ihr Andringen, gerichtlich aufgenommen werden.

§. 438. Auch Privatinventaria sind nach dem den Landes-Justizcollegiis jeder Provinz vorgeschriebenen Formular einzurichten [72]).

§. 439. Wenn einem Privatinventario die §§. 434, 435 vorgeschriebenen Erfordernisse dergestalt ermangeln, daß dadurch die Ausmittelung der Beschaffenheit des

*) (5. A.) Rößlin, von Inventuren und Erbtheilungen, nach dem gemeinen Rechte. Mannheim, 1780. Hochstetter, Anleitung zu Inventur- und Theilungsgeschäften, Stuttgart 1782. Gros, Abhandlung von Inventur- und Theilungen. Hadamar 1801, 1817. Buddeus, Inventarium, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. V, S. 798 flg. — Vergl. Allg. Gerichtsordnung, Th. II, Tit. 5, §§. 43 und flg.

70a) (4. A.) Die im Testamente ihres Ehemannes zur Universalerbin eingesetzte Wittwe hat dem mitberufenen Pflichttheilserben nur ein Inventarium des dem Erblasser eigenthümlich zugehörig gewesenen Vermögens vorzulegen, und ist nicht verpflichtet, auch solche ihr selbst eigenthümlich gehörende Vermögensstücke in dasselbe aufzunehmen, welche der Erblasser vermöge seines ehemännlichen Nießbrauchs in seinem Besitze gehabt hat. Erk. des Obertr. v. 4. Nov. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 281). Die Frage ist wegen der Revenüen des laufenden Quartals, in welchem der Nießbrauch beendet worden ist, zweifelhaft. Denn diese gehören jedenfalls mit in das Inventarium.

71) Die §§. 434 und 435 schreiben die wesentlichen Erfordernisse vor, ohne welche das Inventarium ungültig ist. Vergl. §. 439. Die eigenhändige Unterzeichnung und die Versicherung der Richtigkeit, welche die L. 22, §. 2 C. de jure delib. (VI, 30) gleichfalls fordert, ist hier nicht vorgeschrieben. Auch von der Form ist hier nicht die Rede. Darüber verhält sich die A. G.O. Th. II, Tit. 5. Vergl. die folgende Anm. 72. Wegen Nichtbeobachtung der für gerichtliche Inventarien vorgeschriebenen Form ist das Inventarium noch nicht ungültig. §. 56 a. a. O.

72) S. A. G.O. Th. II, Tit. 5, §. 53. Die ältere Praxis des Obertr. nahm an, daß die Nichtbeobachtung des vorgeschriebenen Formulars, insbesondere der Rubriken I, II, III, XX, XXI, die Ungültigkeit des Inventars, folglich den Verlust der Rechtswohlthat zur Folge habe. Pr. v. 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 311) und Pr. v. 8. August 1842 (Ulrich, Arch., Bd. IX, S. 213). Die Meinungen darüber waren aber widersprechend. Durch Pl.-Beschl. (Pr. 1546) v. 28. Febr. 1845 ist das Obertr. zur entgegengesetzten Meinung übergetreten, indem es als echten Rechtssatz angenommen hat: „Die Verabsäumung des im Th. II, Tit. 5, §. 53 A. G.O. für Nachlaßinventarien vorgeschriebenen Formulars, insbesondere der Rubriken I, II, III, XX u. XXI, hat den Verlust der Rechtswohlthat des Inventars nicht zur Folge." (Entsch. Bd. X, S. 273.) Ich halte das Gegentheil für wahr. Die Rechtsgründe s. m. in der Beurtheilung der Entsch. S. 704. — (4. A.) In dem Erk. dess. vom 4. Mai 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 237) ist denn auch nachgegeben, daß doch ein jedes Inventarium, wenn ihm die Wirkungen eines solchen beigelegt werden sollen, von einer derartigen Beschaffenheit sein müsse, daß sich aus den in demselben enthaltenen Data die Beschaffenheit des Nachlasses übersehen läßt, und auf Grund derselben die Ausmittelung des Nachlasses möglich gemacht wird, wie in den §§. 434, 435, 439 d. T. ausgesprochen ist. Aber eben zu diesem Zwecke ist ja die Form vorgeschrieben, und wenn an die Nichtbeachtung derselben auch nicht die Nichtigkeit des Inventars ausdrücklich geknüpft ist, so hat der Gesetzgeber dieselbe doch als ein Kriterium des Vorhandenseins der von ihm als wesentlich bezeichneten Erfordernisse eines jeden Inventariums vorgeschrieben, um Streitigkeiten und Prozessen über das Vorhandensein eines gehörigen Inventariums vorzubeugen. Die Einrede, daß durch die Beobachtung der Form ein gehöriges Inventarium nicht dargestellt werde, weil es unrichtig oder unvollständig verfaßt sein könnte, trifft die Frage nicht, denn Unrichtigkeit und Unvollständigkeit wird durch die Form in keinem Rechtsverhältnisse und bei keiner Rechtshandlung gedeckt.

Nachlasses unmöglich wird, so findet gegen den Erben die Vorschrift §. 427 Anwendung [73]).

§. 440. Ein jedes Privatinventarium muß, auf Erfordern derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, von dem, welcher es aufgenommen hat, eidlich bestärkt werden [74]).

§. 441. Auch ein gerichtliches Inventarium muß der Erbe eidlich bestärken, wenn entweder gar keine Siegelung vorhergegangen ist, oder wenn er dieselbe später als vier und zwanzig Stunden nach der Zeit, da der Erblasser verstorben, oder dessen Ableben ihm bekannt geworden ist, nachgesucht hat.

§. 442. Gegen jedes Inventarium kann ein Interessent, der zu dessen Aufnehmung nicht [75]) mit vorgeladen, oder dabei zugezogen worden, Erinnerungen machen, und Erläuterungen darüber fordern.

Einschränkungen der Rechte eines Benefizialerben.

§. 443. Wer eine Erbschaft bloß mit Vorbehalt antritt, der erlangt nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses [76]).

§. 444. Er muß also den Erbschaftsgläubigern, wenn er sich dieses Vorbehalts gegen dieselben bedienen will, über den Nachlaß, dessen Verwaltung [77]) und Nutzungen, Rechenschaft ablegen [78]).

---

73) Die Anwendung dieses Rechtssatzes kann, nach preuß. Prozeßrechte, entweder so geschehen, daß der Gläubiger die Hauptklage gegen die Person des Erben unbedingt richtet und den Einwand des beneficii inventarii erwartet, um denselben replicando zu widerlegen, oder so, daß er besonders auf Absprechung der Rechtswohlthat klagt.

Wenn ein Nachlaßgläubiger im Wege der Exekution ein Aktivum zur eigenen Einziehung sich hat überweisen lassen, so entzieht solches ihm nicht das Recht, gegen den Erben auf Absprechung der Rechtswohlthat des Inventars Klage zu erheben. Pr. des Obertr. v. 9. Mai 1845, Nr. 1. (Entsch. Bd. XI, S. 216.) Ganz natürlich, die bloße Anweisung zur Einziehung (Assignation) tilgt die Forderung nicht, der Gläubiger kann davon wieder abgehen und unmittelbare Befriedigung verlangen.

Der Verlust der Benefizqualität wird durch die Unvollständigkeit des Nachlaßinventars an sich herbeigeführt; und weder dadurch beseitigt, daß von dem klagenden Gläubiger ein besonderer, ihm aus der Unvollständigkeit, oder nicht rechtzeitigen Einreichung des Inventars entstandener Schaden nicht nachgewiesen worden, — noch dadurch, daß dem Kläger der Zustand des Nachlasses anderweitig bekannt geworden, — noch endlich dadurch, daß es unter Beseitigung des von dem Erben gelegten Inventars, auf andere Art möglich geworden ist, die Beschaffenheit des Nachlasses auszumitteln. Dass. Pr. Nr. 2 (Entsch. Bd. XI, S. 216). — (5. A.) Der §. 439 findet dann nicht Anwendung, wenn der Erbe zur Zeit der Errichtung eines Inventars keine Kenntniß von einer in demselben nicht aufgeführten Forderung oder einem sonstigen Vermögensstücke gehabt hat und ihm bei der Nichtaufnahme in das Inventar weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fällt; durch diese Nichtaufnahme in das Inventar wird die Möglichkeit der Ausmittelung der Beschaffenheit des Nachlasses unbedingt nicht ausgeschlossen. Erk. dess. vom 5. April 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 58).

Für die Kosten der von ihm geführten Prozesse haftet der Benefizialerbe immer persönlich mit seinem eigenen Vermögen; denn die Prozeßführung ist sein eigenes Geschäft. Vergl. auch das R. v. 16. März 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 182). Dies gilt jedoch nur dem Prozeßgegner und dem Gerichte gegenüber, nicht im Verhältniß zu den Gläubigern. §. 444.

74) Einen anderen Beweis der Richtigkeit hat der Erbe nicht zu führen. Wer die Unrichtigkeit behauptet, muß sie nachweisen. Die Folge der Unrichtigkeit ist nicht bestimmt. Nach der L. 22 C. de jure delib. (VI, 30) mußte der Erbe das Doppelte des Uebergangenen hergeben. Nach dem L.R. müßte die wissentliche Verheimlichung von Nachlaßstücken den Verlust der Rechtswohlthat zur Folge haben, weil die Bedingung der Wohlthat, die Einbringung eines vollständigen Inventariums, nicht erfüllt ist. §§. 439 und 434, 423.

75) Auch die Vorgeladenen und Zugezogenen sind durch die Ladung und Zuziehung mit ihren Erinnerungen, zu deren Anbringung ohnehin bei der Aufnahme des Inventars kein Raum ist, nicht ausgeschlossen; vielmehr steht jedem Betheiligten frei, seine Monita im Wege des Defektoriums anzubringen und zu bewahrheiten. Der §. 442 will nur den negativen Satz außer Zweifel stellen, daß die unterlassene Vorladung oder Zuziehung die Inventarserrichtung nicht ungültig mache, welche Bestimmung wegen der Nov. 1, c. 2, §. 1 zweckmäßig war.

76) Die Konfusion beider Vermögensmassen wird durchaus verhindert. Tit. 16, §§. 486, 487; Pr.-O. Tit. 51, §. 80, Nr. 4. Vergl. L. 22, §. 9 C. de jure delib. (VI, 20).

77) Wenn, nach eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse, der in der Administration verbliebene Benefizialerbe Verträge, die Masse angehend, schließt, so tritt der andere Kontrahent nach

§. 445. Doch haftet er denselben nur für ein grobes und mäßiges Versehen.

§. 446. Seine Verfügungen über den Nachlaß sind, so lange ihm darunter nicht, auf Antrag der Gläubiger, gerichtliche Schranken gesetzt worden, in Ansehung des Dritten, der sich redlicher Weise in Verhandlungen mit ihm eingelassen hat, gültig [79]).

---

§§. 269, 370, Tit. 50 der Pr.-O. in das Verhältniß solcher Personen, die mit der Masse kontrahirt haben. Pr. des Obertr. 963, v. 12. Dezbr. 1840.

Das ist nicht zweifelhaft; der Benefizialerbe ist auch schon vor Eröffnung des Liquidationsprozesses Verwalter der Masse in der Bedeutung, daß er Alles, was er in der Verwaltung ausgegeben und auf sich genommeu hat, in Rechnung bringen und dadurch jedes Geschäft auf den Stand bringen kann, auf welchen das Pr. 963 sich bezieht. Er ist namentlich, wenn er während seiner Verwaltung ausstehende Nachlaßforderungen eingezogen und Nachlaßschulden berichtigt hat, nach hiernächst eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse nicht verpflichtet, die eingezogenen Gelder zu der unter gerichtliche Administration gestellten Masse herauszuzahlen und statt der befriedigten Gläubiger zu liquidiren. Pr. des Obertr. v. 26. März 1828 (Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 63). (4. A. Die gerichtliche Administration kann bei dem neuen erbschaftlichen Liquidationsverfahren [K.O. §§. 342 ff.] nicht mehr vorkommen.) Es wird dort noch beigefügt: sondern es gebühre ihm ein Kompensationsrecht. Diese Auffassung ist unrichtig. Ein Verwalter, welcher einnimmt und ausgiebt, kompensirt nicht die Ausgaben, denn er selbst giebt nichts her, erwirbt also seinerseits keine Forderung für sich, welche er kompensiren könnte. S. auch die folgende Anmerkung.

(4. A.) Der Benefizialerbe, welcher behufs Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts neue Kaufverträge abschließt, vollzieht nicht Akte der Nachlaßverwaltung, sondern verpflichtet sich persönlich, sagt das Obertr. in einem Erk. vom 22. Septbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 73), da die Verwaltung einer Vermögensmasse nur in deren Erhaltung und nöthigenfalls Verwerthung, nicht aber in der Vergrößerung von außen her bestehe. Von einer Vergrößerung des Handelsgeschäfts läßt sich nicht sprechen bei der bloßen Erneuerung eines ausgegangenen Artikels. Aber ein Sachverständiger, nämlich ein richtiger Kaufmann, wird das Obertribunal fragen: wie den anderen Erfordernissen, d. i. der Erhaltung und Verwerthung entsprochen werden soll, wenn der Verwalter einer Handlung oder Apotheke die eingegangenen (verkauften oder verdorbenen) Artikel nicht durch frische ersetzen darf. Das Obertribunal verwechselt einen Ausverkauf mit der Verwaltung.

78) Vergl. Pr.-O. Tit. 51, §. 73. Er kann Alles in Ausgabe stellen, was er zum Zwecke der Verwaltung ausgegeben, beziehungsweise vorgeschossen hat. Insbesondere auch Prozeßkosten aus Prozessen, welche er wegen Erbschaftsgegenstände zu führen Anlaß gehabt hat, wenn ihm deshalb ein Versehen nicht vorgeworfen werden kann (§. 445). Auch bezahlte Schulden zu dem Betrage, welcher zur Tilgung verwendet worden ist, gehören in die Rechnung. Vergl. u. die Anm. 81. Das Obertr. hat den Satz ausgesprochen: „Hat der Benefizialerbe die Forderung eines Dritten gegen den Nachlaß für einen geringeren Preis, als die Summe der Forderung beträgt, an sich gebracht, so kann seinem Verlangen auf volle Bezahlung derselben, von Seiten der Erbschaftsgläubiger, nicht durch den Einwand begegnet werden, daß er nur Bevollmächtigter der Gläubiger gewesen." Pr. v. 13. Sptbr. 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 225). Der Satz ist mit Vorsicht aufzunehmen; er beruhet ganz allein auf der juristischen Thatsache des „an sich gebracht Habens". Die Frage ist aber: wodurch ein Benefizialerbe die Forderung eines Erbschaftsgläubigers an die Nachlaßmasse an sich bringt. Daß dies dadurch geschehen könne, daß er den Gläubiger aus den Mitteln der Masse befriedigt, muß durchaus geleugnet werden: durch Verwendung der Erbschaft kann der Benefizialerbe nichts an sich bringen, d. h. für seine eigene persönliche Vermögensmasse erwerben.

Die Rechenschaft muß übrigens auch von einem einzelnen Miterben über die ganze Erbschaft, nicht bloß über seine Portion, gegeben werden. Pr. des Obertr. v. 4. März 1843 (Entsch. Bd. IX. S. 241). (4. A.) Unzweifelhafte Pflicht des Erben ist es, den Nachweis zu führen, daß die ganze vorhanden gewesene Aktivmasse zur Befriedigung besser berechtigter Gläubiger verwendet worden sei. (Vergl. §. 455.) Erk. des Obertr. v. 18. Februar 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 209).

(4. A.) Zu Veräußerungen von Nachlaßsachen ist jeder Miterbe dritten Personen, namentlich den Nachlaßgläubigern gegenüber, berechtigt (§. 446); nur den anderen Miterben steht ein Anfechtungsrecht gegen den Veräußerer zu. Daher ist nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß der Verwalter der Masse nicht berechtigt, die vorher von Einem der Benefizialerben vorgenommene Veräußerung anzufechten. Erk. des Obertr. v. 11. Septbr. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 45).

79) Einen Vertrag, wodurch der Benefizialerbe Nachlaßsachen an einen Gläubiger verkauft und dieser ermächtigt wird, seine Forderung auf das Kaufgeld abzurechnen (was eigentlich eine datio in solutum ist), sind, wenn vor der Uebergabe der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet wird, die Gläubiger nicht schuldig zu erfüllen. Der Käufer muß seine Forderung liquidiren und kann die Uebergabe der gekauften Sache nicht verlangen. Ein solcher Rechtsfall ist in diesem Sinne entschieden von dem Obertr. durch Erk. vom 24. März 1838 (Centralbl. 1839, Kol. 1139). (4. A.) Jetzt kann dieser Rechtssatz nur auf den Konkurs über die Erbschaft Anwendung finden. K.-O. §§. 342 ff.

§§. 447 bis 451. Aufgehoben[79a]).

G. V. vom 28. März 1840, betr. die Befugniß des Benefizialerben. (G.S. S. 103.)

Da die bestehenden Vorschriften über die Beschränkung der Dispositionsbefugniß eines Benefizialerben in Bezug auf die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke dem Erben zu großer Belästigung gereichen, ohne jedoch den Erbschaftsgläubigern entsprechende Vortheile zu gewähren, so verordnen Wir für diejenigen Provinzen Unserer Monarchie, in welchen das A. L.R. und die A. G.O. Kraft haben, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten einer aus Mitgliedern des Staatsraths ernannten Kommission, was folgt:

§. 1. Dem Benefizialerben wird die Befugniß beigelegt, sofern er sich der Verwaltung des Nachlasses nicht begeben hat, und ihm auch nicht auf den Antrag der Gläubiger oder Legatarien vom Richter Schranken gesetzt worden sind, über die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke und Gerechtigkeiten eben so, wie über die beweglichen Sachen, zu verfügen.

§. 2. Bei der Berichtigung des Besitztitels für einen Erben soll die Einschränkung, daß er nur als Benefizialerbe besitze, in das Hypothekenbuch nicht ferner eingetragen werden.

§. 3. Die Vorschriften des A. L.R. Th. I, Tit. 9, §§. 447—451 und der A. G.O. Th. I, Tit. 50, §. 280 werden aufgehoben. Jede auf Grund derselben bereits eingetragene Einschränkung eines Benefizialerben ist nach Ablauf von sechs Monaten, von dem Tage der Publikation dieser Verordnung an gerechnet, von Amtswegen zu löschen, wenn nicht bis dahin ein Erbschaftsgläubiger bei dem Hypothekenrichter sich meldet und nachweist, daß er schon vor Publikation dieser Verordnung innerhalb Jahresfrist seit Eröffnung der Erbschaft seinen Anspruch im Rechtswege geltend gemacht hat.

§. 4. Die Bestimmung der V. über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsprozeß v. 4. März 1834, §. 2, Nr. 2 wird dahin erweitert:

daß die nothwendige Subhastation zum Nachlaß gehöriger Grundstücke und Gerechtigkeiten auf den Antrag eines jeden Benefizialerben mit voller Wirkung stattfindet[79b]).

Gesetz vom 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

6) die §§. 1, 2 und 3 der Verordnung vom 28. März 1840, betreffend die Befugniß des Benefizialerben.

§. 452. Auch die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger muß der Benefizialerbe nur in derjenigen Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben[80]).

§. 453. Erschöpft er den Nachlaß durch Zahlungen an einige Gläubiger[81]) der-

---

79a) Deren Wortlaut ist:

§. 447. So lange er aber ein ererbtes Grundstück nur als Benefizialerbe besitzt, kann er darüber, zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger, keine gültige Verfügung treffen.

§. 448. Es muß daher bei Eintragung seines Besitztitels auf ein solches Grundstück die Einschränkung, daß er nur als Benefizialerbe besitze, in dem Hypothekenbuche mit vermerkt werden.

§. 449. Die uneingeschränkte Disposition erlangt er erst alsdann, wenn er sich entweder ohne Vorbehalt für Erben erklärt; oder ein Präklusionserkenntniß der unbekannten Erbschaftsgläubiger beibringt, und die Einwilligung oder Befriedigung der bekannten nachweiset.

§. 450. Ist die §. 448 verordnete Eintragung nicht geschehen, und hat ein Dritter, redlicher Weise, auf den Glauben des Hypothekenbuchs, mit den Erben in gerichtliche Verhandlungen über das Grundstück sich eingelassen; so sind dieselben gültig.

§. 451. Der Erbe, welcher dergleichen Verfügungen zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger vorgenommen, und bei dessen Unvermögen der Richter, welcher die nach §. 448 zu verfügende Eintragung aus grobem oder mäßigem Versehen verabsäumt hat; bleibt diesen Interessenten verantwortlich.

79b) Vergl. Konkurs-Ordnung v. 8. Mai 1855, §. 359, Satz 3.

80) Vergl. V. v. 4. März 1834 über die Exekution in Civilprozessen, §. 2.

81) Auch wenn hiernächst Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, steht, wegen erfolgter Befriedigung nicht bevorzugter Gläubiger, ein Anspruch gegen den Benefizialerben nicht dem Massen-

gestalt, daß selbiger zur Befriedigung derjenigen, denen die Gesetze einen vorzüglichen Platz anweisen[81a]), unzureichend wird, so kann er sich gegen solche vorzügliche Gläubiger mit der Wohlthat des Inventarii nicht schützen.

§. 454. Vielmehr muß er denselben aus seinem eigenen Vermögen auf so hoch gerecht werden, als sie erhalten haben würden, wenn der Nachlaß unter die Gläubiger überhaupt nach gesetzmäßiger Ordnung wäre vertheilt worden[81b]).

§. 455. Will der Erbe sich gegen dergleichen besorgliche Vertretung sicher stellen, so steht ihm frei, auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses anzutragen[82]).

§. 456. Was dabei zu beobachten sei, ist in der Prozeßordnung vorgeschrieben[82a]).

§. 457. Wer ohne Richter und Recht in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt, muß sowohl dem Erben, als den Gläubigern, für allen auch durch das geringste[83]) Versehen entstandenen Schaden haften. Von falschen Erben.

§. 458. Hat er bei Führung der Administration sich den Verdacht[84]) der Treu-

---

kurator, sondern nur dem einzelnen benachtheiligten Gläubiger zu. Pr. des Obertr. 609, v. 4. Febr. 1839 (Präj.-Samml. I, 34).

81a) (5. A.) Den nicht bevorzugten, gleichberechtigten Gläubigern ist ein solches Recht nicht gegeben. Erk. des Obertr. vom 16. September 1856 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXII, S. 186) und vom 15. November 1864 (Ebd. Bd. LIV, S. 358 und noch einmal Bd. LVII, S. 88).

81b) Dann würden auch die bedeutenden Kommun- und Liquidationskosten in Abgang gekommen sein. Diese müssen daher in dem hier vorgesehenen Falle gleichfalls nach ungefährer Berechnung zum Vortheile des Erben angeschlagen und abgerechnet werden.

82) Dies steht auch jedem Einzelnen von mehreren Miterben frei, mit der Wirkung, daß über den ganzen Nachlaß, nicht etwa über die Quote des Provokanten, der Liquidationsprozeß eröffnet werden muß; über eine Erbquote ist derselbe unzulässig. Vergl. R. v. 8. Febr. und 17. März 1840 zur Pr.-O. Tit. 51, §§. 59, 60; Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855, §. 342.

Auch wenn der Nachlaß durch den Erben schon erschöpft ist, kann der Erbe doch noch auf Eröffnung des Liquidationsprozesses mit der Wirkung antragen, daß mit der Exekution inne gehalten werden muß, vorausgesetzt, daß die einjährige Frist dazu noch nicht abgelaufen ist.

82a) (4. A.) Konkurs-Ordnung v. 8. Mai 1855, §§. 342—361.

83) S. o. die Anm. 18 zu §. 17, Tit. 3. — Vergl. L. 25, §§. 2, 11; L. 31, §. 3; L. 40 pr., L. 54 D. de hered. petit. (V, 3).

84) Diese dem L.R. eigenthümliche Bestimmung bezieht sich zunächst auf das Verhältniß der Gläubiger zu dem Erbschaftsbesitzer und setzt voraus, daß er entweder, als solcher von einzelnen Gläubigern in Anspruch genommen, sich auf das beneficium inventarii stützen will, oder daß die ganze Masse von den Gläubigern zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen worden, oder daß er als juris possessor — nachdem er die Erbschaftssachen ganz oder zum Theil veräußert hat, haften soll. Vergl. L. 11 pr. D. de heredit. petitione (V, 3). Außerdem ist nicht zu sehen, wie die Gläubiger mit dem bloßen possessor hereditatis sollen zusammentreffen können. Zur Rechtfertigung des Grundes der selbstschuldnerischen Obligation sagt Suarez: „Einige Monenten meinen, der bloße Verdacht der Treulosigkeit sei nicht hinreichend, Andere halten die Disposition für zu strenge, wenn aus den Umständen erhelle, daß der Nachlaß nicht so viel betragen habe. Allein ich würde es simpliciter bei dem Texte lassen. Es ist die Rede von einem Menschen, der sich fälschlich und eigenmächtig pro herede gerirt. Wenn dieser sich einer Treulosigkeit bei seiner Administration verdächtig macht, und diesen Verdacht nicht ablehnen kann, so verdient er keine Schonung. Ist der wahre Betrag durch sein factum illicitum verdunkelt worden, daß solcher nicht mehr ausgemittelt werden kann, so können die Interessenten darunter niemals das Geringste leiden." Ges.-Rev. Pens. XVI, Mot. zum Tit. 9, Abschn. 8, S. 36. Das Verhältniß ist hiernach eigenthümlich aufgefaßt. Der Erbschaftsbesitzer, der die Erbschaft für sich haben will, steht zu keinem in einem persönlichen Verhältnisse, am wenigsten in einem auf Treue gegründeten; er ist mithin nicht in dem Falle, eine Treulosigkeit begehen zu können. Er ist, nach der Voraussetzung dieser Bestimmung, ein unredlicher Erbschaftsbesitzer und muß schon wegen seiner Unredlichkeit für Vieles persönlich haften. Ein praktisches Bedürfniß war zu dieser Bestimmung, auch in Beziehung auf das Verhältniß zu dem wahren Erben (§. 459), nicht vorhanden, zumal der Fall der Anwendung der hereditatis petitio gegen einen derartigen Erbschaftsbesitzer, bei der regelmäßigen Einmischung und Mitwirkung der Gerichte bei der Legitimation und Einweisung des Erben, höchst selten ist. — Dagegen fehlen die Bestimmungen über den redlichen und unrechtfertigen Erbschaftsbesitzer bei der hereditatis petitio ganz; denn die Vorschriften §§. 495 ff. betreffen nur den besonderen Fall der Einweisung des nächsten Erben in die bono-

losigkeit zugezogen, oder die Masse mit seinem Vermögen dergestalt vermischt, daß der wahre Betrag des Nachlasses nicht mehr zuverlässig ausgemittelt werden kann, so haftet er den Gläubigern und Legatarien als Selbstschuldner.

§. 459. Auch dem wahren Erben muß er den wahrscheinlichen Ueberrest des Nachlasses herausgeben, und der Erbe wird zur eidlichen Erhärtung dieses Betrags, auf eine nach den Umständen von dem Richter zu ermäßigende Summe, zugelassen.

Von Verlassenschaften, wozu der Erbe unbekannt ist.

§. 460. Meldet sich zu dem Nachlasse des Verstorbenen kein Erbe, so muß der Richter die Versiegelung und andere zur Sicherheit der Verlassenschaft erforderlichen Anstalten von Amtswegen vorkehren[85]).

Von der Siegelung.

§. 461. Ein Gleiches findet statt, wenn die bekannten oder vermuthlichen Erben insgesammt abwesend sind, oder wenn sich Minderjährige, oder andere ihren Sachen selbst vorzustehen unfähige Personen unter denselben befinden.

§. 462. Hat jedoch der Verstorbene einen am Orte gegenwärtigen Ehegatten hinterlassen, so bedarf es, auch bei der Abwesenheit oder Unfähigkeit einiger, oder aller übrigen Erben, dennoch der Regel nach keiner von Amtswegen zu verfügenden Siegelung.

§. 463. Vielmehr ist der überlebende, im Besitze des Nachlasses verbliebene Ehegatte den andern Erben zur Vorlegung eines auf Erfordern eidlich zu bestärkenden Privatinventarii verpflichtet[85a]). (§§. 440, 442.)

§. 464. Die Obliegenheiten des Richters wegen Publikation eines vorhandenen Testaments sind gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 12, §§. 208 sqq.)

Wie es zu halten, wenn nur der Aufenthalt des Erben, oder

§. 465. Ist zwar bekannt, wer Erbe sei; der Aufenthalt desselben aber ist innerhalb dreier Monate vom Todestage des Erblassers nicht ausgemittelt worden, so sind der Erbe und dessen nächste Verwandten, durch öffentliche Bekanntmachung, zur Anmeldung bei dem Gerichte, und zur Wahrnehmung ihrer Gerechtsame aufzufordern[86]).

§. 466. Der Zweck dieser Aufforderung ist bloß, daß die Existenz der Erbschaft, und die dem Erben und seiner Familie daran zustehenden Rechte so viel als möglich zur Kenntniß derselben gelangen sollen.

§. 467. Es bleibt also auch die Art der Bekanntmachung, und wie dieselbe nach Bewandtniß der Umstände am zweckmäßigsten geschehen könne, dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen.

---

rum possessio eines Abwesenden. Deshalb müssen die Grundsätze von der Vindikationsklage, soweit sie auf die Erbschaftsklage nicht geradezu passen, analoge Anwendung finden.

Die Verjährung durch Besitz (10- oder 20j.) findet gegen die Erbschaftsklage nicht statt; diese verjährt nur in der gewöhnlichen Zeit von 30 Jahren. §. 494 d. T. Das Obertr. hat in dieser Hinsicht, bezüglich auf einen verschollenen Erben, folgende Rechtssätze ausgesprochen: I. Die Verjährung des Miterbrechts eines abwesenden Miterben, dem noch kein Abwesenheitskurator bestellt war, und von dessen Vorhandensein bei der Regulirung des Nachlasses nichts erhellte, kann zwar — den übrigen Erben gegenüber, die den Nachlaß als legitimirte Rechtsnachfolger des Erblassers vom Gerichte ausgehändigt erhalten haben — anfangen, und wird auch nicht durch die Vorschrift des §. 115, Tit. 17 ausgeschlossen. II. War der Abwesende aber schon vor dem Erbanfalle verschollen, und ist weder eine öffentliche Vorladung desselben oder der unbekannten Erben veranlaßt, noch sonst ein Umstand dargethan, welcher schließen ließe, daß er von dem Erbanfalle Kenntniß hätte erhalten können, so tritt die Verjährung nicht ein. Pr. vom 2. Okt. 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 176).

85) Zu diesem Zwecke ist gewissen Personen zur Pflicht gemacht, den Gerichten den Todesfall unverzüglich anzuzeigen. A. G.O. Th. II, Tit. 5, §. 23. Nur wenn dem Richter der Fall amtlich bekannt geworden ist, kann die Befolgung der Vorschrift dieses §. von ihm gefordert werden.

85a) (5. A.) Dieser Verpflichtung hat Derselbe durch Vorlegung eines von ihm nachträglich als unrichtig anerkannten Inventariums nicht genügt; er muß sie daher noch erfüllen. Erk. des Obertr. vom 3. Mai 1867 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 83).

86) Auch die unbekannten Legatarien können auf diese Weise, auf Antrag des dazu wohl legitimirten Kurators eines Legats, zur Meldung aufgefordert werden. Pr. des Obertr. v. 26. Febr. 1833 (Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 210).

§. 468. Uebrigens muß dem abwesenden Erben, wenn er nicht schon mit einem Vormunde versehen ist, ein solcher Vormund sofort bestellt werden.

Anh. §. 10. Die Bestellung dieses Kurators und die Direktion der Verwaltung gehören zum Geschäftskreis der vormundschaftlichen Behörde. (Th. II, Tit. 18, §. 954.)

§. 469. Dieser muß wegen Antretung der Erbschaft, und Verwaltung derselben, die den Vormündern überhaupt vorgeschriebenen Pflichten beobachten[86a]).

§. 470. Wegen der Vorladung eines solchen Verschollenen zum Behufe seiner Todeserklärung ist das Erforderliche gehörigen Orts vorgeschrieben. (Th. II, Tit. 18, Abschn. 8.)

wenn, wer Erbe sei, unbekannt ist.

§. 471. Ist gar nicht bekannt, wer Erbe sei, so muß der Richter, nach Ablauf dreier Monate vom Todestage des Erblassers oder auch noch früher, wenn es die Umstände des Nachlasses erfordern, demselben[87]) einen Kurator bestellen.

§. 472. Dieser muß, wegen Antretung der Erbschaft, und Aufnehmung eines Inventarii, die Rechte des unbekannten Erben beobachten.

§. 473. Wegen Verwaltung des Nachlasses hat zwar auch ein solcher Kurator überhaupt die Rechte und Pflichten eines Vormunds[88]);

§. 474. Doch muß er soviel als möglich dahin sehen, daß der Nachlaß in derjenigen Lage, in welcher er sich bei dem Ableben des Erblassers befunden hat, erhalten werde[88a]).

§. 475. Er darf also keine Grundstücke veräußern; keine sicher ausstehenden Kapitalien aufkündigen; keine neuen Geschäfte unternehmen; und auch das bewegliche Vermögen nur so weit, als es bei längerer Aufbewahrung verderben, oder die Kosten dieser Aufbewahrung dem Werthe der Sache nicht verhältnißmäßig sein würden, ins Geld setzen.

§. 476. Vornehmlich aber muß der Kurator sich die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben möglichst angelegen sein lassen.

§. 477. Sind diese Bemühungen fruchtlos, so müssen der unbekannte Erbe und dessen Erben oder nächste Verwandten öffentlich vorgeladen werden[89]).

Anh. §. 11. Wenn von keinem Blutsverwandten[90]) eines Verstorbenen Nachricht vorhanden ist; so kann dem überlebenden Ehegatten, als dem in Ermangelung erbfähiger Verwandten gesetzlich

---

86a) (5. A.) Vergl. oben, Anm. 33 zu §. 390 d. T.

87) Wem? Dem Nachlasse oder dem Erben? Die Praxis bezieht es auf den Nachlaß und es ist immer von dem „Nachlaßkurator", von dem „curator massae" Rede. Vergl. auch d. R. vom 11. Januar 1839 (J.M.Bl. S. 58) und Bericht des Gerichts zu dem R. v. 12. Februar 1798 (Rabe, V, 40). Allein das „demselben" kann auf den unbekannten Erben bezogen, und der Kurator müßte mithin sowohl in diesem Falle, wie in dem Falle des §. 468, dem abwesenden (unbekannten) Erben bestellt werden. Denn die cura hereditatis jacentis kann nach pr. R. nicht Bedürfniß sein, weil immer der Erbe, ipso jure, an die Stelle des Erblassers tritt und eine Herrenlosigkeit eigentlich nicht eintreten, mithin von einer hereditas jacens überall nicht die Rede sein kann. Vergl. Albrecht, die Gewere, §. 6; Gaupp, über die Gewere, in Reyscher's u. Wilda's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. I, S. 108 u. A. Indeß haben die Verfasser des L.R. in der That beabsichtigt, einen Nachlaß- oder Verlassenschafts-Kurator bestellen zu lassen. §§. 487 und 490 d. T., und A.G.O. Th. I, Tit. 20, §. 4.

88) Er bedarf daher auch in allen Fällen der obervormundschaftlichen Autorisation oder Genehmigung, wo dieselbe für die Handlungen anderer Vormünder vorgeschrieben ist, z. B. auch zur Relation eines ihm zugeschobenen Eides.

88a) Er kann und muß jedoch auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses antragen, wenn Gläubiger mit Exekution andringen. — (4. A.) Pachtkontrakte zu kündigen ist er nicht befugt. Erk. des Obertr. v. 9. September 1857 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 52).

89) Das rückständige Gnadengehalt verstorbener Invaliden soll, in Ermangelung bekannter Erben, den Wittwen, ohne Vorladung der etwanigen unbekannten Erben, ganz gezahlt werden. K.O. vom 7. Mai 1818 (Jahrb. Bd. XI, S. 195).

90) Oder erbfolgefähigen Adoptivverwandten.

zur Erbfolge Berechtigten, der Nachlaß des Verstorbenen bloß gegen die Versicherung an Eides Statt, daß ihm keine Verwandten des Erblassers bekannt seien, überlassen werden, ohne daß es dazu eines Aufgebots bedarf; nur muß der Richter die §. 479 zur Abwartung der Ansprüche eines Erben bewilligte Frist in dem Falle verlängern, wenn die Erbschaft von Belang, und der Erblasser nach den vorhandenen Nachrichten aus einem entfernten Lande gebürtig ist, oder sonst Umstände vorhanden sind, welche es wahrscheinlich machen, daß die Erkundigungen, welche der in solchen Fällen jedesmal zu bestellende Kurator vornehmen muß, eine längere Zeit als gewöhnlich erfordern möchten.

§. 478. Diese Vorladung muß in der Regel nach Verlauf anderer drei Monate vom Tage der Anordnung des Kurators geschehen.

§. 479. Doch kann der Richter diese Frist verlängern, wenn noch Hoffnung, den Erben auf andere Art auszuforschen, vorhanden ist.

§. 480. Bei der Vorladung selbst sind die Vorschriften der Prozeßordnung, von der Ediktalcitation eines Verschollenen, zu beobachten[91]).

§. 481. Meldet sich in dem anberaumten Termine kein Erbe, so fällt der Nachlaß, als ein herrenloses Gut, dem Fiskus anheim. (Th. II, Tit. 15[92]), Abschn 2.)

Von der Legitimation des Erben.

§. 482. Meldet sich vor oder in dem anberaumten Termine ein Erbe, so muß er dem Richter[93]) sein Erbrecht gehörig nachweisen[94]).

§. 483. Eine gleiche Verbindlichkeit liegt, auch außer dem Falle des Aufgebotes, jedem Erben ob, dessen Erbrecht nicht klar erhellet.

§. 484. Gründet sich der angebliche Erbe auf die gesetzliche Erbfolge, so muß er den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Verstorbenen bestimmt anzeigen, und gehörig nachweisen[95]).

---

91) Meldet sich vor oder in dem Termine Niemand, so hat der Kurator den Diligenzeid zu leisten. Weigert er sich dessen, so soll dies als eine Ablehnung der Kuratel angesehen und ein anderer Kurator bestellt werden. R. v. 11. Januar 1839. (J.M.Bl. S. 58.) Dies führt jedoch nicht nothwendig zum Ziele; jeder neu angestellte Kurator kann sich auch weigern. Der Eid kann nur von demjenigen gefordert werden, welcher ein Interesse hat, daß der Eid geleistet werde. Dies ist nicht der Kurator des unbekannten Erben, sondern der, welcher die Erbschaft nehmen will, wenn kein Verwandter zu ermitteln ist. Dieser Erbschaftsprätendent sollte auch das Aufgebot ausbringen.

92) Statt 15 ist „16" zu lesen. R. v. 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

93) Dem Erbschaftsrichter. Der Lehnserbe legitimirt sich bei dem kompetenten Lehnshofe, der Fideikommißnachfolger bei dem Appellationsgerichte, welchem die betreffende Fideikommißangelegenheit, nach der V. v. 2. Januar 1849, zusteht.

94) Dies ist erforderlich, um in den Besitz der Erbschaft gesetzt zu werden, wenn solche in gerichtlichen Verwahrsam genommen worden ist, und um das zur Disposition über liegende Gründe und Forderungen unentbehrliche Legitimationsattest zu erlangen, wenn man nicht Testamentserbe ist.

(4. A.) Die Erbeslegitimation fordert nicht stets ein, lediglich zu diesem Zwecke bestimmtes Verfahren und die Ausstellung eines Legitimationsattestes des Erbschaftsrichters, sondern kann auch in einem, einen anderen Gegenstand betreffenden Rechtsstreite unter diesen Parteien festgestellt werden. Erk. des Obertr. v. 15. Juli 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 5). Vergl. die folgende Anm. 95.

95) Ist es Adoptivverwandtschaft, so wird der Adoptionsvertrag vorgelegt; ist es Blutsverwandtschaft, so müssen die erforderlichen Auszüge aus den Civilstandsregistern (Kirchenbüchern) beigebracht, und wenn dies wegen Vernichtung oder Unvollständigkeit derselben unmöglich ist, andere Beweise, z. B. Vermerke der Eltern oder Zeugen über die Geburt, von den gewissen Eltern herbeigeschafft werden (vergl. das R. v. 2. März 1835; Jahrb. Bd. XLV, S. 179), worüber jedoch kein kontradiktorisches Verfahren, also auch kein Erfüllungseid stattfindet, weil die Legitimation nur dem Erbschaftsrichter geführt wird und kein Prozeßgegner vorhanden ist. Es versteht sich darnach, daß man in manchen Fällen, bei zweifelhaften Beweisen, keinen Ausgang hat. Man bestellt dann einen Verlassenschaftskurator, wenn noch keiner vorhanden ist, und mit diesem muß der Prätendent seine Verwandtschaft kontradiktorisch austragen, Alles auf seine Kosten, wenn er auch den Nachweis führt und als Erbe anerkannt werden muß; denn der künstlich geschaffene Gegner, der Kurator, nimmt selbst seine Bezahlung aus der Erbschaft, die er ohne Recht dem Erben streitig gemacht hat. (3. A.) Auffallender Weise hat das Kammergericht noch im Jahre 1851 die Frage: ob der Erbprätendent als ein Verwandter des Erblassers, und in welchem Grade verwandt, anzuerkennen sei? für einen ungeeigneten Gegenstand des richterlichen Erkenntnisses erklärt, aus dem sonderbaren Grunde, weil das Verwandtschaftsverhältniß nur ein thatsächliches Verhältniß sei. Das Kammergericht kennt also die sehr wichtigen Präjudizialklagen des

§. 485. Sodann muß der Richter prüfen: ob Vermuthungen [96]), daß noch nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden sind, obwalten.

§. 486. Findet sich keine dergleichen Vermuthungen, so muß der Nachlaß dem sich meldenden Erben, gegen die bloße an Eidesstatt abzugebende Versicherung [97]): daß

---

Personenrechts nicht. Das Obertribunal hat diese Lücke ausgefüllt durch das Erk. vom 11. Okt. 1852, wodurch es den von der verständigen Praxis längst angewendeten Satz begründet: „Der Erbschaftsrichter ist befugt, wenn sich bei der Legitimationsführung eines sich meldenden Erben solche Bedenken ergeben, die nach dem Ermessen des Erbschaftsgerichts nicht füglich im Wege bloßer Dekretur erledigt werden können, die Frage: ob der auftretende Erbe für einen Blutsverwandten des Erblassers in dem von ihm behaupteten Grade anzunehmen? zur Erörterung und Entscheidung im Wege des Prozesses zwischen dem Erbprätendenten und dem, dem Nachlasse bereits bestellten oder zu bestellenden Kurator zu verweisen; und es erscheint richterliche Entscheidung darüber zulässig." (Entsch. Bd. XXIV, S. 23.) So-faßlich die juristische Darlegung des Obertr. auch ist, hat sie bei dem Kammergerichte doch keinen fruchtbaren Boden gefunden; denn dasselbe hat im J. 1853, in einem ähnlichen Falle, sich an der Entkräftung der juristischen Gründe des Obertr. versucht. Würdevoll und für jeden Unbefangenen überzeugend weiset das Obertr. das Vorgebrachte auf seinen Unwerth zurück, und erhält, unter Vernichtung des Appellationsurtels, seinen früheren durchaus begründeten Ausspruch aufrecht. Pr. 2528, vom 17. Mai 1854. (Entsch. Bd. XXVIII, S. 64.) Vergl. auch die Erk. dess. vom 9. Okt. 1854 und v. 19. Februar 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 307 und Bd. XVII, S. 32.) (5. A.) Unerklärbar ist es jedoch, abgesehen von der positiven Vorschrift des §. 484, woher der Sequester oder Nachlaßkurator ein ad causam legitimirter Gegner des Prätendenten soll sein können, da er weder pro herede noch pro possessore, sondern für den künftig obsiegenden Prätendenten besitzt, und es ihm völlig gleichgültig sein muß, ob gerade der jetzt Aufgetretene, oder irgend ein Anderer der rechte ist oder sein wird. Dieser Streit mit dem Kurator kann dem wahren Erben, wenn er einmal künftig erscheint, nicht präjudiziren und muß daher als ein provisorisches Rechtsmittel aufgefaßt werden, dessen Gegenstand lediglich die Einweisung in den Erbschaftsbesitz ist. Vergl. §. 492 d. T. Gegen den hieraus hervorgehenden Besitzer kann dann innerhalb der Verjährungsfrist der wahre Erbe mit der hereditatis petitio, nach Analogie der Bestimmungen §§. 494 ff., auftreten. Vergl. Anm. 98[a] zu §. 487 d. T. u. Anm. 50 zu §. 613.

Das Anerkenntniß seitens eines vollständig legitimirten Erben sollte für die Miterben in dem Falle, wo der Anerkennende Alleinerbe sein würde, wenn die Anderen wegfielen, wo er mithin, statt Vortheil, vielmehr Nachtheil bei dem Anerkenntnisse hat, zu ihrer Legitimation genügen, da doch nur der legitimirte wahre Erbe ein Widerspruchsrecht gegen die Theilnahme von Miterben hat. Die Praxis ist darin aber sehr spröde.

Kommt es auf den Nachweis der ehelichen Abstammung an, so müssen auch die Kopulationszeugnisse vorgelegt werden, wenn außerdem der Richter sich keine Ueberzeugung verschaffen kann.

96) Daß Jemand verheirathet gewesen sei und Kinder hinterlassen habe, sind Thatsachen, die nicht vermuthet werden können. Pr.-O. Tit. 13, §. 28; R. v. 15. Febr. 1796 und der daraus entnommene Anh. z. A. G.O. §. 106.

97) Diese Versicherung konnte nur von einer solchen öffentlichen Person abgenommen werden, welche gerichtliche Eide abzunehmen gesetzlich ermächtigt ist. Deshalb konnte im Inlande nicht vor einem nicht gerichtlich requirirten Notar, sondern nur vor einem in seinem amtlichen Berufe handelnden Richter die Versicherung abgelegt werden. R. v. 2. März u. 4. Febr. 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 179). (5. A.) Das ist nun durch das Gesetz vom 12. März 1869 §. 3 geändert.

Von mehreren Miterben mußte früher ein Jeder die Versicherung geben. Dieses Erforderniß machte die Erbeslegitimation, wenn die Erben zerstreut und in entfernten Ländern waren, oder wenn Einer und der Andere, weil er nichts mehr zu erwarten hat, dazu nicht zu bewegen war, höchst schwierig und kostspielig. Man mußte daher, aus Nothwendigkeit, von dem Prinzipe abgehen. Daraus erklären sich die widersprechenden Bescheide des J.-M., worin er bald die Versicherung Aller für nöthig, bald die des Einen oder des Anderen für entbehrlich hält. S. das R. vom 17. Sept. 1840 (J.M.Bl. S. 321) und die R. v. 1. Juli und 16. Septbr. 1836 (Mannkopf, L.R. I, Nachtr. S. 111). Die Sache ist die, daß es lediglich auf die Ueberzeugung des Erbschaftsrichters ankommt: ob die Prätendenten für die wahren Erben zu halten sind, ob nicht. Denn bei dem unprozessualischen Verfahren kann doch nicht juristische Gewißheit erlangt werden: es genügt der Nachweis der das Erbrecht begründenden Verwandtschaft und die eidesstattliche Versicherung für den Richter, um die Erbschaft auszuliefern und den Legitimationsschein zu geben; dem etwanigen näheren oder gleich nahen Erben erwächst daraus kein Präjudiz. Vergl. auch das R. v. 26. März 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 279). (5. A.) In diesem Sinne dehnt das Gesetz vom 12. März 1869 den Gedanken des A. L.R. aus.

Uebrigens kann die eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten gegeben werden, wie auch das R. v. 16. Septbr. 1836 (Mannkopf, L.R. I, Nachtr. 111) einräumt; denn indem der Erbe den Auftrag zur Versicherung giebt, giebt er in der That diese selbst. Nur muß die Vollmacht

ihm keine nähere oder gleich nahe Verwandten des Erblassers bekannt sind, verabfolgt werden [98]).

6ª. Gesetz, betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen. Vom 12. März 1869. (G.S. S. 473)*).

Wir ꝛc. verordnen mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie, für den ganzen Umfang derselben, mit Einschluß des Jadegebietes, was folgt:

§. 1. Jeder gesetzliche Erbe (Intestat-Erbe) ist befugt, auf Ausstellung einer Erbbescheinigung bei dem zuständigen Gerichte anzutragen.

---

eben dieselbe Form wie die Versicherung haben (gerichtlich aufgenommen sein), und die abzugebende Versicherung ganz wörtlich enthalten, damit, wenn sie falsch ist, der Versichernde dafür zur Rechenschaft gezogen werden kann.

98) Und ein Erblegitimations-Attest ausgefertigt werden. Hyp.-O. Tit. II, §. 72. Erst durch ein solches Attest wird der Erbe fähig, vor hiesigen Gerichten über die ganze Erbschaft oder einzelne Erbstücke zu verfügen. Diese Legitimationsurkunde ist nur da bekannt, wo das A.L.R. gilt. Hat der Erblasser außer dessen Bereiche seinen Wohnsitz gehabt, so ist der Erbe außer Stande, eine solche Urkunde beizubringen, um über hier gelegene Erbstücke zu verfügen. Man hilft sich dann damit, daß ein solcher Erbe vor hiesigen Gerichten der Sache nach den Vorschriften des L.R. seine Legitimation führt. R. v. 7. Dezbr. 1840 (J.M.Bl. 1841, S. 71). (5. A. Dieser Gegenstand ist nun durch das Gesetz vom 12. März 1869 §. 8 [Zus. zu §. 486] gesetzlich geregelt.) — In der Rheinprovinz sind die Friedensgerichte angewiesen, in Fällen dieser Art durch eidliche Vernehmung unterrichteter und glaubwürdiger Zeugen einen Notorietätsakt über die Familien- und Erbverhältnisse aufzunehmen und eine Ausfertigung desselben zu ertheilen, worin sie attestiren sollen, daß ihnen nicht das Gegentheil von dem bekannt ist, was die Zeugen aussagen. Ein solcher Notorietätsakt soll das Erbeslegitimationsattest ersetzen. R. vom 14. Juli 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 238). (5. A. Auch dieses ist nun in dem Gesetze vom 12. März 1869 geregelt.) Aber auch auf diesen Auswegen ist nicht immer durchzukommen. In einem Erbfalle gehörte zu den Erben eine Person, welche vor mehreren Jahren nach Wien verheirathet worden war und welche, nach der Behauptung der hiesigen Erben, verstorben sein sollte. Aber es war nicht möglich, ihren Tod nachzuweisen oder Nachgebliebene von ihr auszuforschen. Als Ausländerin konnte sie hier nicht unter Abwesenheitskuratel gestellt und noch viel weniger für todt erklärt werden. Die Sache fand keine endgültige vorschriftsmäßige Erledigung. Man setzte die hiesigen Erben auf Grund des §. 490 d. T. in Besitz, doch war damit nicht ganz geholfen. Auch das Aufgebot der Erbschaft behufs Legitimation der hiesigen Erben war unanwendbar, denn man kannte den Namen und letzten (ausländischen) Wohnsitz des Miterben, und es mußte dessen Tod nachgewiesen werden. Tit. 1, §. 34. (5. A.) Auch dieser Fall findet durch das Gesetz vom 12. März 1869 seine Erledigung.

*) (5. A.) Dieses Gesetz bringt wesentlich nichts Neues, sondern dehnt den Gedanken des Allgemeinen Landrechts nur in der Richtung, welche schon die Praxis eingeschlagen hatte (Anm. 97 u. 98), aus. Im Abgg.-Hause befürwortete daher der Ref. der Kommission (Baehr, Kassel) die von der Kommission vorgeschlagenen Modifikationen der von dem Herrenhause beschlossenen Fassung der Vorlage. — Abg. Roscher dagegen wünschte eine weitergehende Berücksichtigung der Rechte des „wahren Erben", als sie der Gesetzentwurf enthält, und kritisirt das als Novelle zum Landrecht bezeichnete Gesetz, welches dem strikten Rechte widerspreche, im §. 6 das gemeine Recht auf den Kopf stelle und nur durch die Verbesserungen des Herrenhauses und der Kommission einigermaßen genießbar gemacht worden sei. — Darauf der Justizminister Leonhardt: Schon im Herrenhause habe er bemerkt, daß der Gesetzentwurf mehrfache Bedenken erregen könne, die vom streng juristischen Standpunkt unwiderlegbar seien. Es frage sich jedoch, ob der bona-fide-Verkehr im gewöhnlichen Leben nicht auch eine hervorragende Berücksichtigung verdiene gegenüber den juristischen Prinzipien; das strictum jus lasse sich nicht überall streng durchführen. Schwierigkeiten werde in dem Gesetz nur der kritisirende Jurist, nicht der in der Mitte der praktischen Lebensverhältnisse stehende Richter finden. Mit Ausnahme einiger von dem Obergericht in Celle erhobener Bedenken habe der Entwurf bei allen obersten Gerichtshöfen eine fast ungetheilte Zustimmung gefunden. Es handelt sich darum, dem Gedanken des Landrechts eine weitere Ausdehnung zu geben; wie man aber das Gesetz eine Novelle zum Landrecht nennen könne, sei unerfindlich. Der Vorwurf, daß der §. 6 das gemeine Recht auf den Kopf stelle, sei ohne jede Begründung geblieben und thatsächlich unrichtig; durch die Amendements des Herrenhauses und der Kommission könne derselbe dem Vorredner unmöglich erst genießbar gemacht worden sein, denn diese Amendements seien rein redaktioneller Natur. Sie führten in das Gesetz eine gesuchte Kürze, die ihm (dem Minister) selbst gar nicht zusage. Sollte mehr hineingelegt werden als eine Fassungsänderung, so müsse er denselben mit aller Bestimmtheit entgegentreten. Die Bestimmungen der Vorlage hätten sich im praktischen Leben bereits bewährt, man dürfe erwarten, daß sie es auch in ihrer weiteren Ausdehnung thun würden. — In gleicher Weise trat Abg. Lampugnani den Einwürfen des Abg. Roscher gegen die Vorlage entgegen, deren Annahme er empfahl. — Nach kurzer Debatte, die sich auf verschiedene Einzelbestimmungen des Gesetzes bezieht, wird die Generaldiskussion geschlossen.

§. 2. Zuständig ist dasjenige zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufene Gericht, im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln dasjenige Friedensgericht, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen ordentlichen Gerichtshof gehabt hat.

§. 3. Der Antragsteller hat den Tod des Erblassers und das persönliche Verhältniß zu demselben, auf welchem sein Erbrecht beruht, soweit die Thatsachen nicht notorisch sind, durch öffentliche Urkunden oder, wo solche gar nicht oder schwer zu beschaffen sind, durch Zeugen, wohin auch Notorietätszeugen zu rechnen, überzeugend nachzuweisen.

Der Erbe hat dem Gericht eine eidesstattliche Versicherung,

daß ihm andere gleich nahe oder nähere Erben nicht bekannt seien, er auch nicht wisse, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung hinterlassen habe,

abzugeben. Diese Erklärung muß zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll aufgenommen sein.

Sind mehrere Erben vorhanden, so bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, diese Versicherung von allen oder nur von einem oder mehreren Miterben zu verlangen.

In den Landestheilen des Gemeinen Rechts wird hinsichtlich einer bei der Erbschaft in Betracht kommenden Person, welche beim Anfall der Erbschaft das siebenzigste Lebensjahr überschritten haben würde, und von deren Leben oder Tod keine Nachricht zu erhalten ist, angenommen, daß sie den Anfall der Erbschaft nicht erlebt habe.

Zur Ergänzung des Nachweises kann das Gericht geeigneten Falles, ein öffentliches Aufgebot der unbekannten Erben veranlassen**).

§. 4. In dem Aufgebot sind alle diejenigen, welche nähere oder gleichnahe Erbansprüche an den Nachlaß zu haben vermeinen, aufzufordern, ihre Ansprüche bis zu einem bestimmten Termine anzumelden, und zwar unter der Verwarnung, daß nach Ablauf des Termins die Ausstellung der Erbbescheinigung erfolgen werde. Der Termin ist mindestens auf drei Monate hinaus zu bestimmen. Die Bekanntmachung erfolgt durch eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern nach dem Ermessen des Gerichts, sowie durch Anschlag an der Gerichtsstelle. Ein Ausschluß-Urtheil ergeht nicht.

§. 5. Das Gericht hat, wenn es das Erbrecht für nachgewiesen erachtet, eine urkundliche Bescheinigung darüber auszustellen.

Liegt eine letztwillige Anordnung vor, welche, ohne Erben einzusetzen, über den Nachlaß oder einen Theil desselben Verfügung trifft, so hat der Richter die betreffende Urkunde in der Erbbescheinigung zu bezeichnen.

§. 6. Die Rechte des wahren Erben werden durch die Erbbescheinigung nur darin beschränkt, daß er die von dritten Personen redlicher Weise mit dem in der Erbbescheinigung benannten Erben über den Nachlaß vorgenommenen Rechtsgeschäfte, insbesondere auch die demselben von Nachlaß-Schuldnern geleisteten Zahlungen, gegen sich gelten lassen muß.

Derselbe hat jedoch, wenn eine freigebige Verfügung unter Lebendigen oder von Todeswegen den

---

**) (5. A.) Der §. 3 rief eine längere Spezialdebatte hervor. Derselbe lautete: „Der Antragsteller hat den Tod des Erblassers und das persönliche Verhältniß zu demselben, auf welchem sein Erbrecht beruht, soweit es nicht notorisch ist, durch öffentliche Urkunden oder, wo solche gar nicht oder schwer zu beschaffen sind, durch Zeugen, wohin auch Notorietätszeugen zu rechnen, überzeugend nachzuweisen. Der Erbe hat dem Gericht eine eidesstattliche Versicherung, daß ihm andere gleichnahe oder nähere Erben nicht bekannt seien, er auch nicht wisse, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung hinterlassen habe, abzugeben. Diese Erklärung muß zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll aufgenommen sein. — Sind mehrere Erben vorhanden, so bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, diese Versicherung von allen oder nur von einem oder mehreren Miterben zu verlangen. — Zur Ergänzung des Nachweises kann das Gericht geeigneten Falls ein öffentliches Aufgebot der unbekannten Erben erlassen." —

Hierzu beantragte Abg. Lesse, a. statt der Worte „so weit es nicht notorisch ist" zu setzen: „soweit die Thatsachen nicht notorisch sind" — und b. als Absatz 4 einzuschalten:

„In den Landestheilen des gemeinen Rechts wird hinsichtlich einer bei der Erbschaft in Betracht kommenden Person, welche beim Anfall der Erbschaft das siebenzigste Lebensjahr überschritten haben würde, und von deren Leben oder Tod keine Nachricht zu erhalten ist, angenommen, daß sie den Anfall der Erbschaft nicht erlebt habe."

Beide Amendements werden angenommen. Alle sonstigen Anträge werden abgelehnt.

Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildet, insoweit einen Anspruch gegen den Erwerber, als dieser sich noch im Besitze des Erworbenen oder daraus bereichert befindet.

Auf Grund einer vorgelegten Erbbescheinigung kann die Ueberschreibung von Rechten des Erblassers auf den Erben in öffentlichen Büchern (Grund-, Hypotheken-, Unterpfands-, Währschafts- ꝛc. Büchern, Gewerkenbüchern, Schiffs-Registern u. dgl.) bewirkt werden.

§. 7. Die in den einzelnen Landestheilen geltenden Vorschriften und Rechtsgrundsätze über die Gültigkeit und Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die ein nicht mit einer Erbbescheinigung versehener vermeintlicher Erbe als solcher in Beziehung auf den Nachlaß vorgenommen hat, werden durch die Bestimmungen des §. 6 nicht berührt.

§. 8. Gehören zu dem Nachlasse einer Person, welche zur Zeit ihres Todes in Preußen keinen ordentlichen Gerichtsstand hatte, Grundstücke, in öffentlichen Büchern eingetragene Rechte oder in der Verwahrung einer preußischen Behörde befindliche Gegenstände, so ist das Gericht, in dessen Bezirk das betreffende Grundstück belegen ist, das öffentliche Buch geführt oder der Gegenstand verwahrt wird, zur Ausstellung einer Erbbescheinigung zuständig, welche den Erben zur Verfügung über das Grundstück oder das eingetragene Recht oder zur Empfangnahme des verwahrten Gegenstandes legitimirt.

§. 9. Wenn in einer letztwilligen Verfügung die Erben oder sonstige Berechtigte nicht mit derjenigen Bestimmtheit, welche zur Beschaffung der Legitimation erforderlich ist, bezeichnet worden sind, so können dieselben bei dem zuständigen Gericht (§. 2) auf Ausstellung einer ergänzenden Bescheinigung antragen.

In derselben ist nur zu bezeugen, daß die Antragsteller ihre Identität mit den in der betreffenden letztwilligen Bestimmung bezeichneten Personen nachgewiesen haben.

Die Bestimmungen des §. 6 finden auch auf ergänzende Bescheinigungen Anwendung, soweit es auf die darin bescheinigte Thatsache ankommt†).

§. 10. Das Verfahren richtet sich auch in den Fällen der §§. 8 und 9 nach den Vorschriften der §§. 3 und 4.

Urkundlich ꝛc.

§. 487. Finden sich aber solche Vermuthungen, so müssen dieselben zwischen dem sich angebenden Erben, und dem entweder schon bestellten oder noch zu bestellenden Verlassenschafts-Kurator, näher erörtert werden[98a]).

§. 488. Ob zu dieser Erörterung, außer dem allgemeinen Aufgebote des Nachlasses (§. 477 sqq.), noch eine besondere öffentliche Vorladung der vermuthlich noch vorhandenen nähern oder gleich nahen Verwandten erforderlich sei, bleibt, nach Bewandtniß der Umstände, dem richterlichen Ermessen vorbehalten.

§. 489. Erhellet so viel, daß zwar nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden gewesen sind; es ist aber ungewiß: ob sich dieselben noch am Leben befinden, so muß auf den im Ersten Titel §. 38 vorgeschriebenen Grundsatz Rücksicht genommen werden.

§. 490. Der Erbe, welcher sich nach Vorschrift §. 484 legitimirt hat, kann der Regel nach fordern, daß er in der Zwischenzeit zum Kurator des Nachlasses bestellt, und ihm in dieser Eigenschaft die Verwaltung desselben übertragen werde.

§. 491. Doch bleibt dem Richter frei, nach dem Gewichte der dem Anmelder entgegen stehenden Vermuthungen, oder wenn derselbe zu denjenigen Personen gehört,

---

†) (5. A.) Im §. 9 (Wenn in einer letztwilligen Verfügung die Erben nicht mit derjenigen Bestimmtheit, welche zur Beschaffung der Legitimation erforderlich ist, bezeichnet worden sind, so können dieselben bei dem zuständigen Gericht auf Ausstellung einer ergänzenden Bescheinigung antragen) — wurde auf den Antrag des Abg. Haack unter Zustimmung der Regierung hinter dem Worte „Erben" eingefügt: „oder sonstige Berechtigte".

98a) (5. A.) Ein Erkenntniß, welches zwischen Fideikommißinteressenten und dem Kurator der unbekannten Fideikommißanwärter über die Succession in das Fideikommiß ergangen, steht den später auftretenden Prätendenten in Verfolgung ihrer Ansprüche auf Succession nicht entgegen. Erk. des Obertr. vom 25. Februar 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 65). — Vergl. die Anm. 95, Alinea 1 a. E.

die im Prozesse einen Kostenvorstand leisten müssen, die Verwaltung des Nachlasses durch den bisherigen Kurator fortsetzen zu lassen, oder Kautionsbestellung zu fordern.

§. 492. Sind aber die für das Dasein näherer oder gleich naher Verwandten obgewalteten Vermuthungen, nach richterlichem Ermessen, hinlänglich gehoben, so wird der Nachlaß dem, welcher sich gemeldet und legitimirt hat, zur freien Verfügung überlassen.

§. 493. Von der Legitimation eines Erben, der sein Erbrecht auf einen Vertrag oder eine letzte Willensverordnung[99]) gründet, ist das Nöthige gehörigen Orts festgesetzt. (Tit. 12, §. 242[100]) sqq.)

Von den Wirkungen der Präklusion eines unbekannten Erben.

§. 494. Erben, gegen welche, nach erfolgter öffentlicher Vorladung, ein Präklusionsurtel ergangen ist, werden zwar dadurch, so lange die Verjährungsfrist[1]) noch nicht verflossen ist, ihres Erbrechts selbst noch nicht verlustig.

§. 495. Sie müssen sich aber alle Verfügungen gefallen lassen, welche der Besitzer des Nachlasses in Ansehung eines Dritten darüber getroffen hat.

§. 496. Nur in sofern der Erbschaftsbesitzer etwas von dem Nachlasse aus bloßer Freigebigkeit, es sei unter Lebendigen oder durch letztwillige Verordnung, an einen Dritten übertragen hat; und dasselbe noch in den Händen des Empfängers ist, oder dieser dadurch in dem Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet; kann der wahre Erbe dergleichen Sache oder Summe von ihm zurückfordern[2]).

---

99) Einem Testamentserben wird kein Erbeslegitimationsatteſt ausgefertigt, weil eben das Testament sein Titel und sein Ausweis ist. Die Testamente enthalten jedoch, außer der Erbeseinsetzung, oft mancherlei Anderes, was man ungern veröffentlicht. Für diesen Fall hat der J.-M. vorgeschrieben, daß das zuständige Gericht einen Auszug des Testaments, soweit dasselbe die Erbeseinsetzung zum Gegenstande hat, machen und darunter attestiren möge, daß in dem Testamente weiter keine Bestimmungen enthalten seien, welche sich auf die Erbeseinsetzung und Dispositionsbefugniß des Erben beziehen. Dieses Schriftstück solle genügen. Verf. vom 28. April 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 448). Hierdurch kann aber keinem Betheiligten das Recht entzogen werden, die Vorlegung des Testaments selbst zu verlangen, um sich von der Richtigkeit der Erbeseinsetzung und von der formellen Gültigkeit des Testaments zu überzeugen. Die Meinung eines Richters ist dafür keine Gewähr; es giebt Testamente, welche es denkenden Rechtsverständigen zweifelhaft machen, wer Erbe sein solle, während mancher Andere gar keinen Zweifel hat.

Ist ein formell mangelhaftes Testament vorhanden, so ist das Verhalten und Verfahren nach Beschaffenheit der Fälle verschieden. In der Regel wird der Testamentserbe ein Anerkenntniß des Testaments seitens des gesetzlich Nächstberufenen beibringen müssen. Sind die zunächst Berufenen zugleich im Testamente eingesetzt, so hängt es von ihnen ab, welche Erfolge sie eintreten lassen wollen; sie werden sich aber auch dann, wenn sie dem Testamente nachgehen wollen, als diejenigen ausweisen müssen, welche, ohne das Testament, alleinige Intestaterben sein würden. Für den Fall, wo die Kinder und Enkel des Erblassers in einem solchen Testamente eingesetzt waren, hat der J.-M. in einem (in den Erg. ad h. §. mitgetheilten) Erlasse v. 26. Dezember 1833 folgenden Rath gegeben: Wenn die Eingesetzten das Testament nicht anerkennen, möge man ein Attest ausfertigen: „daß, nachdem der A ein Testament hinterlassen, worin er den N und N zu Erben eingesetzt, diese das Testament nicht anerkannt, vielmehr die Erbschaft nach Intestaterbrechte theilen zu wollen erklärt, und eidesstattlich versichert haben, daß außer ihnen keine zur Erbschaft gesetzlich berufenen Erben vorhanden sind (enthält ein Urtheil, dessen Richtigkeit ein einfältiger Landmann nicht versichern kann!), von Seiten des Gerichts als Verlassenschaftsbehörde attestirt werde, daß der N und N sich als alleinige Erben des A legitimirt haben." Die Tauf- und Todtenscheine sollen in diesem Falle überflüssig sein, da das Verwandtschaftsverhältniß durch das Testament soweit erwiesen sei, daß die eidesstattliche Versicherung genüge. Wenn aber die Eingesetzten das Testament anerkennten, so sei das fehlerhafte Testament nebst dem Anerkenntnißprotokolle mit dem Atteste auszufertigen: „daß der N und N auf Grund des Testaments vom x. und des Anerkennungsprotokolls vom X die alleinigen Testamentserben des A seien." Das bloße Anerkenntniß des Eingesetzten kann für sie keine Legitimation sein, da Gleichberechtigte übergangen sein können.

100) In jüngeren Ausgaben steht aus einem Satzfehler „240". Die erste Ausgabe hat das richtige Allegat 242.

1) Die dreißigjährige, deren Lauf mit dem Tage der Besitzergreifung des Nachlasses pro herede oder pro possessore beginnt. S. o. Anm. 84, Alinea, zu §. 458 d. T., und unten, Anm. 48 zu §. 76, Tit. 17.

2) Mit der dinglichen hereditatis petitio, nicht mit der persönlichen Bereicherungsklage. Der Fall

§. 497. Die Rechte eines nach der Präklusion sich meldenden Erben gegen den Besitzer der Erbschaft selbst, sind nach den Vorschriften des Siebenten Titels, je nachdem letzterer sich in einem redlichen oder unrechtfertigen [3]) Besitze befunden hat, zu bestimmen.

§. 498. Doch muß auch der redliche Besitzer der Erbschaft, welcher die Substanz ganz oder zum Theil gegen Entgeld veräußert hat, dem wahren Erben für den daraus gelösten [4]) Werth gerecht werden.

§. 499. Fällt weg [5]).

## Neunter Abschnitt.

### Von der Verjährung*).

Litteratur.

1. Gemeinrechtliche aus der Zeit der Entstehung des Allgemeinen Landrechts:

Hellfeld, Jurisprudentia juris secundum ordinem Pandectarum, §§. 1755—1776. Rave, Principia universae doctrinae de praescriptionibus (zuerst Jenae 1766; zuletzt cura Eichmanni, Halae 1790). Estor, Entwurf der verworrenen Lehre von der römischen Usukapion und von der langwierigen Ersitzung. Marburg 1756. Von geringem Werth aber gebraucht von den Redaktoren. E. Chr. Westphal, System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Verjährung (Leipzig 1788) §§. 497—839. Uebel beurtheilt von v. Savigny im Recht des Besitzes (6. Ausg.) S. XXXVII, aber hier angeführt, weil das Werk noch vor Vollendung des gedruckten Entwurfs erschien.

Aus der späteren Zeit besonders: Thibaut, über Besitz und Verjährung, Jena 1802, S. 77—202. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Teutschland geltenden Rechten. 2 Bde. Leipzig 1828; 2. Aufl. von Schirmer, ebd. 1858. Heimbach sen., Verjährung (praescriptio im Sinne der neueren Doktrin), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XII, S. 228 bis 693.

2. Preußisches Recht. Grävell, s. die Literatur zu Titel 7. Simon und v. Strampff, s. d. Anm. *. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. II, S. 69 u. flg. Mein Preußisches Privatrecht, 3. Ausg. Bd. I, §§. 146 ff.

§. 500. Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit, wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte, eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht, so ist eine Verjährung vorhanden [1]).

---

des unredlichen Besitzes kann hierbei nicht vorkommen, selbst wenn der Dritte das Dasein des Verschollenen gekannt haben sollte. Denn dieser muß sich eben alle Verfügungen des Besitzers der Erbschaft gefallen lassen (§. 495), auch kann der dritte Erwerber nicht wissen: ob der Verschollene und Präkludirte wiederkommen wird.

3) Auch hier ist der Ausdruck in seiner ursprünglichen Bedeutung der Unredlichkeit stehen geblieben. S. o. Tit. 7, §. 26 und die Anm. dazu.

4) Eine erhebliche Abweichung von dem bis dahin gültig gewesenen G. R. Nach L. 31, §. 3; L. 36, §. 4 D. de horedit. pet. (V, 3) haftet der redliche Erbschaftsbesitzer nur soweit er noch reicher ist. (5. A.) Damit stimmt im Wesentlichen der §. 842 u. 847, Tit. 18, Th. II überein. M. s. die Anm. 78 dazu.

5) (3. A.) Der §. 499 sprach demjenigen, welcher auf Grund eines Präklusionsurtels in den redlichen Besitz einer Erbschaft gelangt ist, eine Kompetenz zu, wenn er von dem sich nachher meldenden wahren Erben auf den Ersatz des aus der Veräußerung von Nachlaßgegenständen gelösten Werths belangt wird. Dieser Fall der Kompetenz war mit dem Institute nicht im inneren Zusammenhange, es war eine ganz positive Satzung, wodurch man vielleicht die Bestimmung des vorhergehenden §. 498 hatte mildern und das hatte erreichen wollen, was nach Röm. Rechtsprinzipien sich ganz von selbst regelte. Die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 hat durch ihre Vorschriften in den §§. 434, 435 und 439 diese Bestimmung mit Vorbedacht beseitigt. Motive zu §. 434 des Entwurfs, S. 149 a. E. (Anm. 12 zu §. 439 der Konk.-O.)

*) Die Vorarbeiten über die Lehre von der Verjährung sind aus den Akten und Schriften des Ministeriums herausgegeben von Simon und v. Strampff, unter dem Titel: Materialien des A. L.R. zum ersten Theil, neunten Titel, neunten Abschnitts, von der Verjährung, Berlin 1836; und in der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts Bd. III, S. 391 ff.

1) Dieser in unbestimmter Allgemeinheit gefaßte Begriff der Verjährung und ihrer zwei Hauptarten (§. 501) ist aus den Schriftstellern des gemeinen Rechts angenommen. Diese haben die römischen Institute der Usukapion und der Klagverjährung durch Abstraktion in allgemeine Begriffe ver-

§. 501. Durch die Verjährung können sowohl Rechte, die Jemand gehabt hat, verloren, als neue Rechte erworben werden. Eintheilung.

---

wandelt und aus jener eine Erwerbungsart von Rechten überhaupt mittelst fortgesetzter Ausübung derselben, aus dieser eine Art der Erlöschung oder des Verlustes von Rechten überhaupt mittelst ununterbrochener Versäumung der Ausübung gemacht. Man drückte diese Auffassung so aus: Es giebt eine Veränderung in Rechten überhaupt, gegründet auf Zeitlauf, wenn nämlich der Berechtigte sein Recht eine Zeit lang auszuüben versäumt; jede Veränderung dieser Art heißt praescriptio, Verjährung. Sie umfaßt zwei Arten, je nachdem bloß der Unthätige sein Recht verliert, oder ihm gegenüber ein Anderer dasselbe Recht erwirbt; die erste heißt praescriptio extinctiva, erlöschende Verjährung, die zweite heißt pr. acquisitiva, erwerbende Verjährung. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 310. Diesen Begriff in seiner Allgemeinheit finden wir hier, im §. 500, wieder. Derselbe ist einer zwiefachen Auffassung empfänglich. Man kann ihm nämlich, indem man seinen Inhalt unbestimmt läßt, eine nur hypothetische Bedeutung beilegen und nur die im positiven Rechte anerkannten Fälle der Verjährung unter denselben beziehen; man kann ihn aber auch als den Ausdruck des Satzes ansehen, daß alle Rechte überhaupt, also z. B. auch das Pfandrecht und Forderungsrechte, fähig seien, durch fortgesetzte Ausübung erworben, durch Versäumniß verloren zu werden. v. Savigny a. a. O. S. 312. Welche von beiden Bedeutungen der Begriff hier haben soll, ist nirgend ausgedrückt, und die Verf. sind sich des Gegensatzes, der selbst den Schriftstellern jener Zeit nicht klar ist, schwerlich bewußt gewesen; denn nirgend ist davon eine Andeutung. (4. A. Das Obertr. bekennt sich in einem Erk. v. 5. Juni 1860, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 36, zur ersten Bedeutung. M. s. jedoch unten, Anm. 4 zu §. 566.) Aber in der praktischen Ausführung zeigt sich Unklarheit und Auffassung des unbestimmten Begriffs in beiden Bedeutungen. Der zweiten ganz allgemein durchgreifenden Natur des Begriffs entspricht nämlich die ebenso unbestimmte Begrenzung der Anwendbarkeit desselben durch den Satz: daß s. g. res merae facultatis nicht Gegenstand der Verjährung sein können (§. 505); so wie die Satzung, welche eine Darlehnsforderung dadurch entstehen läßt, daß durch dreißig Jahre Zinsen von einer vermeintlichen Schuld gezahlt worden sind (Tit. 11, §. 839). Auch der Pl.-Beschl. des Obertr. (Pr. 2092), v. 5. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVI, S. 10): daß ein affirmatives Recht auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitivverjährung erworben werden kann (der Rechtsfall betrifft einen Schmiedekontrakt), ist eine Anwendung des Begriffs in dieser durchgreifenden Bedeutung. Vgl. o. Anm. 111 zu §. 136, Tit. 2. Dagegen ist es dem Begriffe in dem anderen eingeschränkten Sinne entsprechend, daß doch nicht das Pfandrecht und nicht jedes Forderungsrecht durch Verjährung soll entstehen können (Tit. 20, §§. 6—10). (5. A.) Indeß fehlt es nicht an dergleichen unjuristischen Behauptungen, gestützt auf jenen Pl.-Beschl. 2092, z. B. daß, wenn der Küster einer Kirche durch rechtsverjährte Zeit die Kirchenthurmuhr aufgezogen und geschmiert, und dafür an ihn die Stadt alljährlich eine sich gleichgebliebene Geldsumme gezahlt habe, damit die Kirchengemeinde ein fortdauerndes affirmatives Recht auf Entrichtung dieser Summe gegen die Stadt durch Akquisitivverjährung erworben habe. Diese Behauptung hatte denn auch bei dem Gerichte I. Instanz Beifall gefunden, wurde jedoch von dem Appell.-Gericht und dem Obertr. verworfen. Erk. des Obertr. vom 21. Oktbr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd LV, S. 248).

Die erste Folge des unbestimmten allgemeinen Begriffs ist die, daß alle einzelnen ganz verschiedenen Fälle, in welchen das Dasein eines Rechts davon abhängt, daß menschliche Thätigkeit oder Unthätigkeit durch einen bestimmten Zeitraum ununterbrochen fortdauern, unter denselben fallen, folgerecht praktisch identifizirt und nach ganz gleichen Regeln beurtheilt werden müßten. Das geschieht jedoch nicht in der Theorie des L.R., obgleich kein unterscheidendes Merkmal der verschiedenen Fälle gegeben wird. Und auch die sich bewußte, auf Wissenschaftlichkeit Anspruch machende Praxis weiß sich viel von der Verschiedenheit der Verjährung und der übrigen Fristen, wie z. B. der Ueberlegungsfrist, der Inventarisationsfrist, der Prozeßfristen und dergl., doch ohne ein wesentliches Kriterium für die Einen und die Anderen angeben zu können. Das Obertr. sagt bei Gelegenheit in dieser Hinsicht: „Vom Begriffe der Verjährung sind, wie das Obertr. schon früher ausgesprochen hat (Entsch. Bd. VI, S. 393; Bd. IX, S. 45, 46), nicht nur vielerlei Fristen, an welche die Ausübung eines Rechts geknüpft ist, sondern auch insbesondere diejenigen Veränderungen in den rechtlichen Befugnissen einer Person ausgeschlossen, welche, wenn gleich nach einem gewissen Zeitabschnitte, doch schon lediglich mit Ablauf einer, den Anfang oder die Dauer der Ausübung eines Rechts bestimmenden Frist, eines dies a quo oder ad quem, eintreten. Der §. 500 bestimmt zwar den Begriff der Verjährung als eine Veränderung, welche an Rechten, wegen unterlassener Ausübung, vermöge der Gesetze entsteht. Es erhält aber diese Definition eine nähere Begrenzung, insbesondere bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, in der „Wirkung" dieser Verjährung, welche nach §. 568 darin besteht, daß eine rechtliche Vermuthung bewirkt wird, die ehemals entstandene Verbindlichkeit sei in der Zwischenzeit auf die eine oder die andere Art aufgehoben worden. Hierdurch wird die Verjährung dem rechtlichen Begriffe nach getrennt von den mannichfachen Zeitfristen, wie sie z. B. bei der Beweiskraft der Quittungen, der Einrede nicht erhaltener Valuta eines hypothekarischen Darlehns, ja bei jeder Präklusivfrist im Prozesse vorkommen. Der Ablauf aller dieser Fristen bewirkt ebenfalls eine Veränderung in Rechten; er schneidet die Verfolgung

§. 502. Soll durch Verjährung nur ein Recht verloren, und der Verpflichtete bloß von der daraus fließenden Verbindlichkeit frei werden, so ist in der Regel der Nichtgebrauch des Rechts dazu hinreichend [2]).

---

derjenigen Rechte ab, welche vorher verfolgt werden konnten. Dies aber hat nicht in irgend einer Vermuthung für die Aufhebung dieser Rechte, sondern lediglich darin seinen Grund, daß sie überhaupt von Hause aus nur innerhalb der vorgeschriebenen Frist verfolgbar waren. Darum werden Fristen dieser Art im Gesetze auch nicht Verjährungen genannt." (Entsch. Bd. XIV, S. 225.) Das hierdurch bewiesene Suchen nach einem wesentlichen Unterscheidungszeichen ist anerkennenswerth, aber der vermeintliche Fund ist illusorisch. Die bezeichnete „Wirkung" kann unmöglich das unterscheidende Merkmal der Verjährung sein; denn diese Wirkung soll nur die Verjährung durch Nichtgebrauch und zwar auch nur in einer beschränkten Anwendung, nämlich nur in Anwendung auf obligatorische Verbindlichkeiten von der Art, welche durch Leistung wieder getilgt werden, haben, eine derartige Wirkung in der Anwendung auf eine so beschränkte Art von Fällen kann mithin unmöglich als Merkmal zur Unterscheidung des ganzen Instituts der Verjährung von anderen Fristen dienen. Außerdem gehört der §. 568 nicht in die Theorie des L.R. von der Verjährung. Denn die Lehre war fertig abgehandelt, als die §§. 568, 569 zufällig hineingebracht wurden, zu einem ganz besonderen Zwecke und ohne alle Berechnung auf den Unterschied zwischen Verjährung und anderen Fristen. Daher passen sie schon nicht zu den Bestimmungen der §§. 501 und 502, wo von einem wirklichen Verluste Rede ist. S. weiter die Anm. zu §§. 568, 569. Auch schon darum ist darauf kein Gewicht zu legen. Wären die beiden §§. zufällig nicht hineingefallen, so würde die Theorie des L.R. ganz dieselbe sein, d. h. es würde ganz durchgängig jeder wesentliche Unterschied zwischen Verjährung und anderen Fristen fehlen. Ein Verzeichniß solcher Fristen bleibt hier weg, weil es, schon wegen der zweifelhaften Natur vieler Fälle, keinen praktischen Werth hat. Man findet es in m. Pr. R. zu §. 149.

2) Die Regel dieses §., daß der Nichtgebrauch eines Rechts genüge, wenn durch Verjährung ein Recht nur verloren, und der Verpflichtete bloß von der daraus fließenden Verbindlichkeit frei werden soll, leidet durch die Bestimmung des §. 126, Tit. 7 über den Besitz von affirmativen Rechten keine Ausnahme, wenn nicht durch die Verjährung ein neues Recht erworben werden soll, und deshalb §. 503 d. T. zur Anwendung kommen muß, und ist daher auch bei affirmativen Rechten anwendbar. Pr. des Obertr. 882, v. 5. Juni 1840.

(4. A.) Ueber den Beweis der Verjährung durch Nichtgebrauch herrscht Meinungsverschiedenheit. An einer gesetzlichen Bestimmung darüber fehlt es, was auch nicht zu tadeln ist, da das Richtige „nach der Natur der Sache", d. i. nach logischen Gesetzen aus dem Gegebenen dem menschlichen Verstande gemäß, gefolgert werden muß, und nicht alle Fälle über Einen Leisten geschlagen werden können. Wenn je, so ist hier das Individualisiren der Fälle und das Auflösen der vorliegenden Fragen in ihre Bestandtheile am Orte. Denn rein verneinende Sätze sind unerweislich, es sind aber nicht alle verneinend lautende Beweisthemata einfache rein verneinende Sätze. Das A. L.R. hat zwei verschiedene Institute, nämlich die Klageverjährung (praescriptio, exceptio temporalis) und den Nichtgebrauch (nonusus) verschmolzen. Der §. 502 spricht von der Klagverjährung und der dadurch erlöschenden „Verbindlichkeit" (Forderung), und auf den gleichen Gegenstand beziehen sich die §§. 568, 569; in den §§. 508 bis 511, 571 bis 578 hat man den Nichtgebrauch im Sinne gehabt, und in der Lehre von Erlöschen der Grundgerechtigkeiten durch Nichtgebrauch (I, 22, §§. 49, 50) wird auf die Verjährung durch Nichtgebrauch Bezug genommen. Doch wird man bei der Rechtsanwendung die verschiedenen Beziehungen der einzelnen Sätze nicht außer Acht lassen dürfen. Beruft man sich gegen die Klage wegen einer Forderung auf Verjährung, so hat der Beklagte zur thatsächlichen Begründung seiner Einrede weiter nichts als das erforderliche Alter der Forderung zu behaupten und die positive Thatsache der Entstehung derselben zu einer bestimmten Zeit zu beweisen. Daß er auch beweise, es habe keine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden, wird man nicht verlangen können. Bei dem bloßen Nichtgebrauche in Beziehung auf dingliche Rechte, namentlich Grundgerechtigkeiten, will man das nicht gelten lassen. Das Obertr. sagt in einem Falle: „Schon unter den Lehrern des gemeinen Rechts war Streit darüber: ob derjenige, welcher sich auf einen verneinenden Satz stützt, denselben zu erweisen schuldig sei, oder nicht. Es wird indessen von denselben in der Mehrzahl (wer mag die Stimmen gezählt haben?) und in überwiegender Autorität die Richtigkeit des Satzes: „daß man eine Verneinung nicht zu beweisen habe", in dieser Allgemeinheit bestritten. Als Regel vielmehr wird festgehalten, daß derjenige, welcher sich auf eine zerstörliche Einrede stützt, die derselben zum Grunde liegenden thatsächlichen Momente darthun müsse, in soweit ihm nicht in dieser Beziehung Rechtsvermuthungen zur Seite stehen. Bei dieser Regel, welche aus der Natur der Sache fließt (?), ist es, in Ermangelung dem entgegenstehender Vorschriften des preuß. Rechts, auch in dem vorliegenden Falle zu belassen." Erk. v. 13. Septbr. 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 139). Aus diesem Grunde ist dem Bekl. der Beweis aufgebürdet worden, daß der klagende Servitutprätendent während der ganzen Verjährungszeit auch nicht einmal von dem Dienstbarkeitsrechte Gebrauch gemacht habe. Allein bei Grundgerechtigkeiten, welche nicht mit bleibenden Anlagen verbunden sind (in Frage war

§. 503. Soll aber ein neues Recht durch Verjährung erworben werden, so ist, außer dem Nichtgebrauche des entgegen stehenden Rechts, auch der Besitz und die Ausübung dieses neuen Rechts[3]) von Seiten des Erwerbenden, dazu nothwendig[4]).

§. 504. Rechte des Eigenthums[4a]) erlöschen nicht durch die Unterlassung des Ge- Gegenstände.

---

ein Holzungsrecht), erscheint jede einzelne Ausübung als eine Unterbrechung des Nichtgebrauchs (usurpatio); deshalb fließt die Entscheidung nicht „aus der Natur der Sache".

(4. A.) Dammpflichten sind nicht öffentliche, sondern gemeine Lasten, und die Freiheit von denselben wird durch deren Nichtleistung allein verjährt, ohne Rücksicht, ob eine Aufforderung oder Verweigerung stattgehabt hat. §. 655 und 545 d. T. Erk. des Obertr. v. 31. Januar 1853 (Arch. für Rechtsf. Bd. VIII, S. 266).

3) Ein affirmatives Recht kann auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitivverjährung erworben werden. Pl.-Beschl. (Pr. 2092) v. 5. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 10). Vergl. oben Anm. 111 zu §. 136, Tit. 2.

4) Das L.R. nimmt nach diesen §§. 501 — 503 zweierlei Arten von Verjährung an: die durch Besitz (praescriptio acquisitiva) und die durch Nichtgebrauch (pr. extinctiva). Die letztere ist vorangestellt und §. 535 ff. vorgetragen; ihre wichtigsten Bestandtheile sind der nonusus und diejenigen Fälle der röm. Klagverjährung, wobei ein Besitz gar nicht vorkam. Die erstere steht §§. 579 ff., und umfaßt die röm. Usukapion und die longi temporis praescriptio oder die Fälle der röm. Klagverjährung, welche auf Besitz beruheten.

Diese Trennung der beiden Verjährungen lag ursprünglich nicht im Plane der Verf. Aber Suarez erklärte sich mit der gänzlichen Verschmelzung der beiden Institute nicht einverstanden, und sagte in einer einleitenden Bemerkung zu dem Kircheisen'schen Entwurfe d. T.: „Praescriptio acquisitiva et extinctiva sind hier durcheinander abgehandelt. Ich halte aber dies nicht für rathsam, sondern vielmehr für nothwendig, jede besonders vorzutragen. Praescriptio acquisitiva gründet sich auf das principium: publici interest, ut dominia rerum sint certa. Sie hat eigentlich eine praesumtio juris et de jure zum Grunde: daß derjenige, der eine Sache oder Recht durch lange Jahre, ex justo titulo, ruhig besessen hat, wirklicher Eigenthümer der Sache sei. Sie ist eine bloße Extension der pro quolibet possessore militirenten Präsumtion, quod justo possideat, und die Extension besteht bloß darin, daß, wenn der Besitz durch gewisse Jahre gedauert hat, der Gegentheil zum Beweise des contrarii nicht admittirt wird. Praescriptio extinctiva hingegen ist bloße poena negligentiae. Diese Art der Verjährung findet nämlich nur alsdann statt, wenn das Recht des Einen erlöschen soll, ohne daß der Andere dadurch etwas akquirirt. Ich weiß wohl, daß in den meisten Fällen beide Arten von Präskriptionen zusammenkommen, z. E. wenn A. das Gut B. ex praescriptione akquirirt hat, so ist zugleich das jus vindicandi des C. erloschen; allein es giebt auch Fälle, wo praescriptio extinctiva allein, ohne die acquisitivam, vorhanden ist, z. E. wenn Jemand die Ausübung eines privilegii oder einer Servitut per solum nonusum akquirirt. Daß man sagt, der Präskribent akquirire dabei libertatem, ist unrichtig. Libertatem naturalem hat ein Jeder, ohne sie zu akquiriren: es kommt also nur darauf an, daß gewisse Einschränkungen dieser natürlichen Freiheit per lapsum temporis wieder aufgehoben werden. Diesen lapsum temporis aber nehmen die Gesetze ob favorem libertatis für hinreichend an. Beiderlei Arten von Präskriptionen entspringen also aus einem verschiedenen Fundamente, und daraus entstehen praktische Folgen, z. E. absque titulo kann Niemand ein Eigenthum akquiriren. Wer sich also in pr. acquisitiva gründet, muß allemal titulum translativum für sich haben, und es ist unrecht, wenn man nach gemeinem Sachsenrechte auch hier solum lapsum temporis longissimi für hinreichend annimmt. Bei der pr. extinctiva hingegen bedarf es keines tituli, sondern der solus nonusus per tempus lege definitum ist hinreichend. Daher trage ich darauf an: daß, um Dunkelheiten und Mißverständnisse zu vermeiden, erst die Grundbegriffe beider Arten von Verjährung richtig bestimmt, und sodann jede Art besonders abgehandelt werde. Auch bei der pr. rerum merae facultatis wird jener Unterschied seine praktischen Folgen haben." Simon, Materialien S. 421. Dennoch ist es nicht ganz vermieden worden, Sätze unter die allgemeinen Bestimmungen aufzunehmen, welche nur für die eine Art der Verjährung wahr sind und passen.

4a) Die Bestimmung ist erst in Folge der eingegangenen Monita, gegen die Meinung von Suarez, eingereihet worden. Suarez bemerkte auf diese Monita: „Sie (die Monenten) gehen von dem Satze aus, daß Rechte des Eigenthums durch den bloßen Nichtgebrauch nicht erlöschen können, und folgern daraus, daß ein Jeder sein Eigenthum zurücknehmen könne, außer von dem, der selbst per pr. acquitivam erworben hat. — Allein das suppositum ist ganz irrig. Die Rechte des Eigenthümers gehen freilich per solum nonusum nicht verloren, so lange die Sache im Besitze des domini sich befindet. Wenn sie aber aus demselben herausgekommen, so erlöschen sie allerdings per solum nonusum, wenngleich keine pr. acquisitiva von Seiten eines Anderen hinzugekommen ist. So lange ich meine Uhr in meinem Büreau liegen habe, bleibt sie freilich mein Eigenthum, wenn ich sie auch in 50 Jahren nicht brauche. Sobald ich sie aber verliere, und mich in 30 Jahren darum nicht bekümmere, verliere ich mein Eigenthum daran, wenn sie gleich diese 30 Jahre hindurch auf der Stelle,

brauchs, so lange die Sache oder das Recht, welche den Gegenstand des Eigenthums ausmachen, in dem Besitze des Eigenthümers sich befindet[4b]).

§. 505. Rechte der natürlichen oder der allgemeinen bürgerlichen Freiheit, denen durch Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen keine besondere Form oder Bestimmung vorgeschrieben ist (Res meræ facultatis)[5]), gehen durch die bloße Unterlassung des Gebrauchs derselben nicht verloren.

§. 506. Dies gilt besonders von dem Rechte, in seiner eigenen Sache etwas, worüber die Gesetze nichts Besonderes bestimmen, zu thun, oder nicht zu thun[6]).

---

wo ich sie verlor, liegen geblieben ist und kein Anderer sie in Besitz genommen hat." Simon, Material. S. 510. Diese Theorie ist nicht angenommen.

4b) (4. A.) Auch das Eigenthum einer Sache geht durch bloßen Nichtgebrauch verloren, wenn der Eigenthümer während rechtsverjährter Zeit sich nicht im Besitze befunden hat. Erk. des Obertr. vom 7. Januar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 50).

5) Dieser Kunstausdruck und was damit bezeichnet werden soll, gehört der in das L.R. übergegangenen Irrlehre an, daß die Usukapion und die Klagverjährung nicht verschiedenartige Institute und nur auf die positiv bezeichneten Fälle anwendbar seien, sondern vielmehr, daß alle möglichen Rechte überhaupt der Veränderung durch Zeitablauf unterworfen, welche Rechtsveränderung Verjährung heiße. Aber gewisse Fälle wollen die Vertreter dieser Irrlehre doch ausnehmen, zu deren Bezeichnung sie den Kunstausdruck erfunden haben. Das war aber leichter als die Bestimmung des damit bezeichneten Begriffs, und nun ist man völlig im Ungewissen: welche Rechte verjährbar sind, welche nicht. Eine bestimmte Befugniß kann, je nach den Umständen und Beziehungen, eine res meræ facultatis und zugleich auch keine sein, z. B. die Kündigung eines auf Kündigung ausgeliehenen Kapitals. Die Verf. des L.R. haben sich vergeblich bemüht, diese Ausnahmen hier, in den §§. 504 ff., durch allgemeine Sätze und Begriffe zu bestimmen. Die Gesetzrevision hatte dies ganz aufgegeben und sich genöthigt gesehen, zu der ursprünglichen richtigen Theorie zurückzukehren, d. h. die Unverjährbarkeit als Regel hinzustellen und die der Verjährung unterworfenen Rechte und Befugnisse positiv zu bestimmen. „Eine eigenthümliche Schwierigkeit" — sagen sie in den Motiven des bürgerlichen Gesetzbuches, Th. II, T. 82 — „haben bei der Behandlung der Lehre von der Verjährung stets (?) die res meræ facultatis gemacht, oder diejenigen Rechte, welche durch unterlassene Ausübung nicht verloren gehen, weil sie als ein Ausfluß der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit zu handeln betrachtet werden. Da diese Freiheit auf speziellen Anordnungen beruht (?), so ist eine allgemeine Definition in dem Umfange, daß alle Fälle zu entscheiden wären, gar nicht zu geben. — Um die hiernach bei der Definition von „res meræ facultatis" hervortretenden Schwierigkeiten zu umgehen, war vorgeschlagen, die §§. 504 bis 508 d. T. ganz fallen zu lassen, da es nur darauf ankomme, zu bestimmen, wann eine Verjährung stattfinde — nicht aber, wann sie nicht stattfinde." Das war das Naturgemäße, denn die bürgerlichen und natürlichen Freiheiten beruhen gar nicht auf speziellen Anordnungen, vielmehr sind sie die Grundlage des ganzen positiven Rechts; sie erhalten ihr Dasein nicht erst durch das positive Recht, werden vielmehr durch dasselbe begrenzt und beschränkt. — Für eine sichere praktische Anwendung der §§. 504 — 508 läßt sich hiernach keine bestimmte Regel geben, die Anwendung beruhet auf zufälligen individuellen Auffassungen und Ansichten. Uebrigens gehört der Begriff der res meræ facultatis nicht unter die allgemeinen Lehren von der Verjährung überhaupt, sondern nur zur Lehre von der Verjährung durch Nichtgebrauch.

6) Dazu rechnet man z. B. auch die Nachforderung einer formgemäßen Urkunde über den Erwerbstitel. Das Obertr. hat in dem Pr. 1437, vom 13. April 1844 den Satz ausgesprochen: „Bei der Cession einer eingetragenen Forderung, welche durch schriftliche Privaterklärung unter Aushändigung des Schuld- und Hypothekeninstrumentes erfolgt ist, kann der Cedent den Anspruch des Cessionars, daß er die Privatcession gerichtlich oder notariell anerkenne, und dadurch ihr die zu ihrer Subinskription in das Hypothekenbuch vorgeschriebene Form beschaffe, nicht durch die Einrede entkräften, daß seit der Cessionsertheilung bis zur Anstellung der Klage die 30jährige Verjährungsfrist schon abgelaufen gewesen." Doch gehört dieser Fall nicht hierher. Denn die öffentliche Urkunde gehört, in sofern sie nothwendig ist, zur Perfektion des Rechtsgeschäfts. Man hat mithin die Sache so anzusehen, als wären die Kontrahenten 30 Jahre lang in der Verhandlung stehen geblieben. Außerdem ist, wenn das Rechtsgeschäft durch die privatschriftliche Urkunde vollendet worden ist, in der That nicht findbar, wie die Verjährung soll ausgeschlossen sein können.

Dagegen gehört hierher der durch Erk. des Obertr. vom 4. November 1835 (Ulrich, Bd. III, S. 62) entschiedene Fall, daß die Anlage und Unterhaltung von Befriedigungen in freier Feldflur, als eine willkürliche Handlung, nicht der Verjährung unterworfen. Vergl. auch unten Anm. 56, Abs. 2 §. 545. — (5. A.) Aber die Erhöhung eines Wehrs gehört, insofern durch dieselbe auch die Gerechtsame Anderer berührt werden, nicht zu den sogenannten res meræ facultatis, in Ansehung deren der Eigenthümer einer Sache nur insoweit einer Beschränkung unterworfen ist, als ein Anderer ein entge-

§. 507. Doch kann auch gegen solche Befugnisse ein Untersagungsrecht [7]) durch Verjährung erworben werden. (Tit. 7, §§. 86, 128.)

§. 508. Persönliche Rechte an einen Andern, ingleichen Rechte auf fremdes Eigenthum, können in der Regel durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen [8]).

§. 509. Auch das Recht, jährliche Leistungen und Abgaben, von der Person oder dem Grundstücke eines Andern zu fordern, kann durch den bloßen Nichtgebrauch verjährt werden [9]).

---

genstehendes Untersagungsrecht erworben hat. Erk. dess. v. 6. März 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 110).

7) Damit soll nur dem Mißverständnisse vorgebeugt werden, daß die aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen könnten; daß vielmehr, um das Eigenthum einer Person durch Verjährung einzuschränken, ein Anderer den Besitz des entsprechenden Rechts erwerben und dieses Recht ersitzen müsse. Daß auch affirmative Rechte auf das Eigenthum eines Anderen, z. B. beständige Lasten und Abgaben, Gegenstand der Ersitzung sein können, ist nach der Theorie des L.R. gar nicht zu bestreiten; denn nach derselben sind eben alle Rechte überhaupt der Verjährung unterworfen, in so fern keine Ausnahme gemacht ist. S. Anm. 1 u. 5. Das Obertr. hat die Verjährbarkeit affirmativer Rechte in dem Erk. vom 8. September 1843 (Ulrich, Arch. Bd. IX, S. 543) verneint; man s. aber den jüngeren Pl.-Beschl. vom 5. Februar 1849, oben Anm. 3. Vergl. auch Anm. 111 zu §. 136, Tit. 2. — Eigentlich ist bei den hier gemeinten Untersagungsrechten an die Beschränkung der bürgerlichen und natürlichen Freiheit gedacht. Suarez sagt: „So ist es z. B. eine res merae facultatis, ob Jemand Bier oder Wasser trinken, ob er sein Getreide auf der Mühle a oder b mahlen, ob er seinen Wein bei dem Kaufmanne X oder Y nehmen wolle. Wenn also auch seit 30 Jahren Jemand seinen Wein immer bei X genommen hat, so hat er doch dadurch das Recht der natürlichen Freiheit, sich auch bei einem Anderen damit zu versehen, noch nicht verloren. Es können aber zu dem bloßen Nichtgebrauche eines solchen Rechts der natürlichen Freiheit andere Umstände hinzutreten, welche machen, daß der Berechtigte einer negligentiae schuldig wird, welche die Gesetze mit eben dem Grunde, wie bei anderen Rechten, durch den Verlust desselben strafen. — Untersagt Jemand dem Anderen die Ausübung eines solchen juris merae facultatis, so schränkt er ihn dadurch in seiner natürlichen Freiheit ein. Beruhigt sich der Andere bei dieser Einschränkung; so macht er sich einer Nachlässigkeit schuldig x. Auf diese Theorie gründen sich die §§. 405, 406 (508, 507)." Simon, Mat. S. 513. An dem Beispiele der Mühlen und Kaufleute ist zu sehen, daß nicht bloß ein Untersagungsrecht, sondern ein affirmatives Recht (bei X Wein zu holen und in der Mühle a zu mahlen) vorgeschwebt hat.

8) Vergl. Tit. 19, §. 29; Tit. 22, §. 50. — „Die Verjährung der persönlichen Schuldverbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners wird durch die alleinige Verfolgung des Hypothekenrechts von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des für die Schuld verpfändeten Grundstückes nicht unterbrochen." So spricht das Obertr. in dem zu diesem §. 508 eingezeichneten Pr. 219, vom 14. April 1837. Aber woher soll denn ein Klagrecht gegen den persönlichen Schuldner kommen, wenn der Gläubiger eben damit beschäftigt ist, sein Hypothekenrecht zu verwerthen? Zweimal kann er doch nicht Zahlung fordern. M. s. hierüber die eigenen Aussprüche ebendesselben Obertr. o. in der Anm. 37 zu §. 439, Tit. 5.

9) Hierdurch erledigt das L.R. einen Meinungsstreit unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern. Manche wollten auf die Ausübung der Rechte dieser Art die Grundsätze von dem Gebrauche einer res merae facultatis angewendet wissen, forderten zur Verjährung einen Widerspruch von Seiten des Verpflichteten gegen die von dem Berechtigten geforderte Leistung, und ließen nur die fällig werdenden Prästationen durch die gewöhnliche Verjährung erlöschen. Andere dagegen erklärten die allgemeinen Grundsätze der Klagverjährung für anwendbar. Dies bezog sich auf Lasten und Abgaben aller Art, auch auf öffentliche und namentlich auf Reallasten. Der §. 509 entscheidet den Streit im Sinne der zweiten Meinung, beschränkt aber die Bestimmung auf Privatlasten; in Ansehung der öffentlichen Lasten und Abgaben ist die entgegengesetzte Meinung als Rechtsgrundsatz angenommen worden. §. 656 d. T. S. auch Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 50, und über die vorlandrechtliche sich widersprechende Praxis des Obertr.: Behmer, jus controv. I, obs. 9; Hymmen, Beiträge, Samml. VIII, S. 27 ad 2; Entsch. der Ges.-Komm. vom 26. Dezember 1789 (Klein, Annal. Bd. VI. S. 310). Vergl. Jahrb. Bd. V, S. 75. Suarez sagt zur Begründung der getroffenen Entscheidung auf die dagegen eingekommenen Monita, daß bei solchen reditibus annuis tot praescriptiones quot praestationes erforderlich wären, weil das jus exigendi in jedem Jahre erst entstehe, folglich nur jede einzelne Prästation per lapsum temporis präskribirt werden könne, Folgendes: „Die Sache ist bekanntermaßen bisher schon unter den Dd. sehr streitig gewesen, und daher auch bei der ersten Ausarbeitung schon zur Diskussion gekommen. Man hat aber die im Texte enthaltene Theorie vorgezogen, und zwar, m. E., mit vollkommenem Grunde. Das Recht, Gefälle, Pächte, Zinsen u. s. w. zu fordern,

§. 510. Doch findet die Verjährung nicht statt, wenn entweder aus einer während der Frist geäußerten Erklärung des Berechtigten, oder aus der Beschaffenheit der Zeiten, aus der Verfassung der Verpflichteten, oder aus andern Umständen, klar erhellet, daß die Einforderung solcher Gefälle aus bloßer Nachsicht unterlassen worden [9a]).

§. 511. Rechte auf [9b]) unbewegliche Sachen, die im Hypothekenbuche [10]) eingetragen sind, können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen [11]), noch kann ein denselben entgegenstehendes [12]) Recht mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden [13]).

Allgemeine Grundsätze [14]).

§. 512. Keine Art der Verjährung kann gegen den anfangen [14a]), welcher von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können [15]).

---

es mag nun ex pacto oder ex lege seu ex statu entspringen, ist nur Ein Recht; und daraus, daß dies Recht alljährlich ausgeübt wird, folgt nicht, daß mehrere Rechte vorhanden sind. So wenig also Jemand, der die Zinsen seines ausgeliehenen Kapitals durch 30 Jahre nicht gefordert hat, solche von 29 Jahren her nachfordern kann, ungeachtet solche auch in jedem Jahre von neuem fällig sind, so wenig kann man solches, ohne inkonsequent zu werden, bei anderen reditibus annuis statuiren." Simon, Material. S. 516. Der Sinn des §. 509 wird hieraus völlig zweifellos. Auch die von Einigen gemachte Einschränkung des darin angenommenen Grundsatzes auf jährliche Leistungen aus einer Willenserklärung unter Lebenden (Zusage oder Kontrakt, im Gegensatze von Legaten, die das Pr. Landrecht III, 4, Art. 3, §. 6 aufgenommen hat), ist verworfen.

(4. A.) Auch ein zweiseitiges Rechtsverhältniß kann durch Verjährung erlöschen. Das Verhältniß des Zehntschnitts z. B. berechtigt und verpflichtet gegenseitig, und der Dienstherr kann sich durch Nichtforderung der Dienste der Vergütigung nicht entziehen. Dieses wechselseitige Verhältniß erlischt aber, wenn von beiden Seiten davon durch rechtsverjährte Zeit kein Gebrauch gemacht wird. Die einseitige Erwähnung des Ernteschnitts in den innerhalb der Verjährungsfrist ausgestellten und angenommenen Lehnsscheinen unterbricht die Verjährung nicht. Erk. des Obertr. v. 2. Oktbr. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 246).

9a) (4. A.) Darlehnszinsen verjähren nicht, so lange dem Schuldner von dem Gläubiger, wenn auch nur mündlich, Nachsicht bewilligt ist. Erk. des Obertr. vom 6. November 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IV, S. 80).

Ueberhaupt beginnt die Verjährung durch Nichtgebrauch erst von dem Zeitpunkte, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gegen den Willen des Berechtigten, und gegen die Natur des bestehenden Rechtsverhältnisses unterbleibt, ist also ausgeschlossen, wenn ein kontraktlicher oder sonstiger Befreiungsgrund vorhanden ist. Vergl. §. 545 d. T. Erk. dess. v. 31. Januar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 266).

9b) (3. A.) Rechte „auf" unbewegliche Sachen. Der §. 511 bezieht sich mithin nicht auf das Eigenthum, sondern auf andere dingliche Rechte (jura in re). Erk. des Obertr. v. 13. Oktober 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 128).

10) Des belasteten Grundstücks; denn der bloße Vermerk auf dem Folium des berechtigten Grundstücks giebt keinen objektiv-dinglichen Charakter. Vergl. Tit. 20, §. 534.

11) Bei Forderungen gilt dieser Grundsatz nur von dem Hypothekenrechte (von der actio hypothecaria); die Verjährung des persönlichen Forderungsrechts (der actio personalis) ist durch die Eintragung, die nur die Erwerbungsart für das dingliche Recht ist, nicht gehindert. S. auch das Schr. des J.-M. vom 9. Mai 1840 (J.M.Bl. S. 174).

(4. A.) Der Grundsatz findet auch auf bloß potestativisch eingetragene Rechte Anwendung. Pr. des Obertr. v. 26. Novbr. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 80).

12) Man nimmt deshalb an, daß keine Besitztitelberichtigung bei schon eingerichtetem Hypothekenwesen auf Grund der Verjährung stattfindet. R. vom 11. Jan. 1833 (Jahrb. XLI, S. 271).

13) Diese Vorschrift kann auf die alten Danziger Erbbücher nicht bezogen werden. Pr. des Obertr. 2180a, v. 12. Febr. 1850 (Entsch. XIX, 312).

Wenn die vor erfolgter Regulirung des Hypothekenwesens geschehene Verpfändung eines Grundstückes nach §. 2 der V. v. 16. Juni 1820 gehörig angemeldet und Bescheinigung darüber ertheilt worden, so treten in Beziehung auf die Verjährung der Forderung, für welche das Pfand bestellt worden, die Vorschriften der §§. 247, 248, Tit. 20, Th. I des A. L.R. ein, und kommt dieser §. 511 nicht zur Anwendung. Pr. des Obertr. 965, vom 28. Dezbr. 1840.

Bei der in den §§. 429, 430, Th. II, Tit. 7 gedachten Verjährung kommt der allgemeine Grundsatz dieses §. 511 ebenfalls zur Anwendung. Pr. des Obertr. 1349, v. 13. Oktober 1843.

14) Unter dieser Ueberschrift werden in den §§. 512—534 einzelne Anwendungen von der keineswegs allgemein geltenden, sondern auf den Anfang der Verj. beschränkten röm. Rechtsregel: non

§. 513. Daß Jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten könne, wird nicht vermuthet [16]).

§. 514. Wer die Handlung oder Begebenheit erfahren hat, auf welche sein Recht sich gründet, kann die Unwissenheit der daraus entstehenden rechtlichen Folgen gegen die Verjährung in keinem Falle vorschützen [17]).

---

valenti agere non currit praescriptio, gemacht; man könnte daher annehmen, daß die aufgezählten Fälle nur als Beispiele angesehen werden dürften. Indeß enthalten die beiden §§. 512 u. 516 in der That doch Grundsätze und nur die §§. 518—529 Beispiele der Anwendung, was auch die Praxis angenommen hat. S. Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 118. In einer Anm. zu §. 420 des Entwurfs werden die leitend gewesenen Gesichtspunkte angegeben. „Die Verjährung" — wird gesagt — „ist an sich nicht natürlichen Rechtens. Denn in der Natur liegt nichts, warum ein Recht bloß um deswillen, weil davon in einer gewissen Reihe von Jahren kein Gebrauch gemacht worden, verloren gehen solle." Um jedoch das Eigenthum der Dinge gewiß zu machen, und weitaussehende verwickelte Prozesse zu verhindern, ist sie durch die positive Gesetzgebung eingeführt worden. So wie aber überhaupt der Gesetzgeber die Obliegenheit, für die Vorbeugung und Verhinderung solcher Prozesse zu sorgen, seiner Hauptpflicht, die Bürger des Staates bei ihrem Eigenthume und ihren Rechten zu schützen, stets unterordnen muß, so müssen auch bei der Verjährung die Bestimmungen so gefaßt werden, daß nicht an sich klare und wohl hergebrachte Rechte durch eine ganz unverschuldete Unwissenheit des Inhabers oder durch unwidertreibliche Hindernisse in deren Verfolgung, verloren gehen. Daher ist nöthig befunden worden, den an sich so billigen und vernünftigen, aber durch den Gerichtsbrauch so sehr eingeschränkten Grundsatz: non valenti agere non currit praescriptio, da, wo von dem Anfange der Verjährung die Rede ist, in einem größeren Umfange beizubehalten und anzuwenden. „Dagegen giebt die Anwendung eben dieses Grundsatzes bei Hindernissen, welche zwischen dem Anfange und Ablaufe der Verjährung eintreten und wieder aufhören, zu sehr weitläuftigen und verwickelten, oft ins Kleinliche gehenden Zeitberechnungen Anlaß, und hat demnach für diesen Fall keinen vernünftigen Grund; indem gar nicht zu vermuthen ist, daß Jemand, der sich 20 oder 30 Jahre lang um seine Rechte nicht bekümmert hat, just in den etlichen Wochen oder Monaten, wo er außer Landes geschickt oder die Gerichte geschlossen gewesen u. s. w., solche ausgeübt haben werde. Es darf also nur für den Fall, wenn die Verjährungsfrist während der Bestehung eines solchen Hindernisses abläuft, oder das Hinderniß erst kurz vor dem Ablaufe der Frist gehoben wird, gesorgt werden."

14a) Wohl aber kann die bereits angefangene Verjährung fortgesetzt werden; denn der Eintritt eines der hier gedachten Hindernisse unterbricht dieselbe nicht. §. 530. S. die vor. Anm. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 117.

15) Die bloße Abwesenheit ist ein solcher Umstand, der von selbst in Gemäßheit dieser gesetzlichen Vorschrift den Anfang der Verjährung hindert, nicht. §. 541 d. T. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 188. (4. A.) Aber der §. 512 ist auch nicht dahin zu verstehen, daß es dem Berechtigten durchaus unmöglich gewesen sein muß, von seinem Rechte Kenntniß zu erhalten; es genügt vielmehr, wenn dasselbe ihm unbekannt geblieben ist. Erk. des Obertr. v. 17. Dez. 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 370).

16) S. die folgende Anmerkung 17. Die Ausnahmen finden sich in den §§. 518 ff. d. T. (4. A.) Werden von Dem, gegen welchen die Verjährung geltend gemacht wird, Umstände nachgewiesen, die dafür sprechen, daß er von dem ihm zustehenden Rechte oder von den Handlungen des Verjährenden, keine Kenntniß hatte und haben konnte, so muß Der, welcher sich auf die Verjährung beruft, nachweisen, daß der Andere seit länger als rechtsverjährter Zeit die fragliche Kenntniß gehabt habe oder gehabt haben konnte. Erk. des Obertr. v. 17. April 1860 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 182).

17) Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle. Wenn nämlich Jemand um ein ihm zustehendes Recht sich gar nicht bekümmert und deshalb ununterrichtet von den ihm daraus erwachsenden Vortheilen bleibt, obwohl er bei gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorkehrung der geeigneten Maßregeln, nicht wohl in Unwissenheit darüber hätte bleiben können, so soll ihn die Entschuldigung, daß er von seinem Rechte keine Kenntniß gehabt, gegen die Verjährung nicht schützen; überhaupt aber nicht vermuthet werden, daß Jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten könne. Gründete sich aber das Jemandem zustehende Recht nicht in den bisherigen Verhältnissen desselben, sondern entstand erst aus einer äußeren Handlung und Begebenheit, so soll es darauf ankommen: ob er diese Handlung oder Begebenheit erfahren hat; in welchem Falle ihm bei Nichtbefolgung der aus solcher Begebenheit entsprungenen rechtlichen Befugnisse eine vorgeschützte Unwissenheit der letzteren in keinem Falle gegen die Verjährung zu Statten kommen soll. „Dagegen läßt das Gesetz offenbar schließen, daß, wenn ihm die fragliche Handlung oder Begebenheit unbekannt geblieben war, auch angenommen werden solle, daß er von seinem Rechte nicht habe unterrichtet sein können." So legt das Obertribunal die §§. 513, 514 aus. (Entsch. Bd. XII, S. 189.)

§. 515. Ist die Verjährung einmal angefangen worden, so wird der Lauf derselben dadurch, daß das Recht in der Zwischenzeit an einen davon nicht unterrichteten Besitzer gediehen ist[18]), nicht gehemmt.

§. 516. Auch gegen den, welcher sein Recht zu gebrauchen, oder zu verfolgen gehindert wird[19]), kann keine Verjährung anfangen.

§. 517. Es macht dabei keinen Unterschied: ob das Hinderniß in der Natur und Beschaffenheit des Rechts selbst liegt[20]), oder von außen her[21]) entsteht.

§. 518. So lange Jemand zum Dienste des Staats in fremden Landen sich aufhält, kann keine Verjährung wider ihn angefangen werden.

§. 519. Gegen den Eigenthümer eines Grundstücks kann, so lange derselbe zum Dienste des Staats auch nur in einer andern[22]) königlichen Provinz[23]) sich aufhält[24]), keine dies Grundstück betreffende Verjährung anfangen[24a]).

---

18) Nämlich das Recht, welches durch Verjährung erlöschen soll. Der Satz bezieht sich nur auf die Extinktivverjährung. Der Gegensatz — die Veränderung der Person, welche verjähren will — ist die accessio possessionis, und diese ist nur bei der Akquisitivverjährung möglich und denkbar. Die Extinktivverjährung geht vor sich durch die Unthätigkeit des Berechtigten und dessen Erben, mithin ist die Veränderung in der Person des Verjährenden (Verpflichteten) ohne Einfluß auf den Fortlauf der Präskription. Die Akquisitivverjährung aber wird durch den Ausfall der Person des Usukapirenden (Besitzers) unterbrochen, und der Nachfolger muß eine neue anfangen, wobei ihm, unter gewissen Umständen, die Mitzählung der Besitzzeit seines Vorgängers gestattet wird. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 1. April 1848 (Rechtsf. Bd. VI, S. 52).

19) S. das zu diesem §. eingeschriebene Pr. 1524 o. in der Anm. 44 zu §. 33 der Einl., sub I, 3, b.

(4. A.) So lange der Schuldner latitirt, beginnt zum Nachtheile des Gläubigers die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht, daher hat der Letztere nicht nöthig, zur Erhaltung seines Rechts gegen den Ersteren die Klage anzumelden. Erk. des Obertr. v. 4. Januar 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 110). Schon in dem Erk. v. 9. Juni 1853 (Arch. f. R. Bd. X, S. 74) hat dass. angenommen, daß die Unbekanntschaft mit dem Wohnorte seines Schuldners für den Gläubiger ein Hinderniß der Klageanstellung im Sinne des §. 516 sei, und daher der Gläubiger nicht nöthig habe, zur Sicherung seiner Rechte eine Ediktalladung im letzten Wohnorte seines Schuldners auszubringen.

20) Der §. 517 fehlte im gedr. Entw. Einige Monenten hatten zu dem §. bemerkt, daß die Hindernisse, welche der Ausübung und Verfolgung eines Rechtes, und also auch dem Anfange der Verjährung, entgegenstehen, auch in dem Rechte selbst liegen könnten, z. E. wenn das Recht nur sub conditione suspensiva oder ex die eingeräumt, wenn keine occasio utendi vorhanden gewesen, oder wenn sonst actio nondum nata ist. Diese Bemerkung fand Suarez ganz richtig, er schlug vor, das Entsprechende im Texte zu bemerken. Darauf ist der §. 517 hinzugefügt worden. Simon, Mat., S. 510. Das Obertrib. hat jedoch den Satz angenommen: „Der actio revocatoria eines Fideikommißgutes (soll wohl heißen: eines Fideikommißfolgers, oder: in Betreff eines Fideikommißgutes) steht die Allodialersitzung des Guts durch einen Dritten ohne Rücksicht auf die Zeit, da der Revokant in das Fideikommiß succedirte, entgegen. Pr. v. 11. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 128). Weil die ganze Familie als Eigenthümer (§. 73, Tit. 4, Th. II), und mit ihr auch der einzelne Anwarter und spätere Nachfolger, hätte vindiziren können.

21) Z. B. Unterbrechung der Kommunikation zwischen dem Orte, wo sich der Wechselinhaber aufhält, und demjenigen, wo das Recht gegen den Wechselschuldner zu verfolgen ist. In solchem Falle wird der Anfang der Wechselverjährung ohne Protestation verhindert. (Erk. des Obertr. v. 23. Okt. 1815, Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 105.)

Auch die Veränderung des Wohnsitzes des Verpflichteten hindert so lange den Anfang der (kürzeren) Verjährung, bis der Berechtigte (Gläubiger) von dem neuen Wohnsitze desselben Kenntniß erhalten hat. Pr. des Obertr. 1524 d, vom 15. Januar 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 232 verglichen mit S. 239).

(4. A.) Ebenso ist der Umstand, daß die versuchte und ununterbrochen fortgesetzte Exekution eines Urtels wegen Unvermögens des Schuldners fruchtlos abgelaufen ist, als ein Hinderniß der Rechtsverfolgung in dem Maße anerkannt, daß dadurch der Anfang der neuen Verjährung, welcher das fragliche Recht unterliegt, gehindert wird. Erk. des Obertr. v. 15. Mai 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 85).

22) Als in welcher das Grundstück liegt, nicht etwa in einer andern als in welcher er wohnt.

23) Darunter wird der Obergerichtsbezirk verstanden. §. 622 d. T.; Entsch. des Obertr. Bd. VII, S. 387.

24) Aufhält, also nicht wohnt. Der Unterschied ist praktisch wichtig. Es ist an eine vorüber-

§. 520. Wenn jedoch ein solcher Abwesender (§§. 518, 519) während der Dauer seines auswärtigen Dienstes, auch nur auf eine Zeit lang[24b]) in seine Heimath, oder die Provinz, wo das Grundstück gelegen ist, zurückkehrt; so kann während dieser Zeit die Verjährung wider ihn ihren Anfang nehmen.

§. 521. Zum Nachtheile eines Gutseigenthümers kann keine Verjährung gegen dessen Pächter[25]), wohl aber gegen den Verwalter[26]) angefangen[26a]) werden.

---

gehende Abwesenheit gedacht. Wer als Beamter an dem Orte wohnt, wo er z. B. als Richter angestellt ist, und in einem anderen Landestheile ein Grundstück besitzt, kann sich gegen den Anfang der Verjährung auf diese Bestimmung nicht berufen. Die Bestimmung des §. 519 ist nur in dieser Beschränkung erst bei der rev. monitor. hinzugekommen, in Folge eines Monitums: in wiefern Kriegsunruhen für diejenigen Civil- oder Militärpersonen, die sich in dem Falle der Abwesenheit befinden, als ein Hinderniß anzusehen seien. Suarez bemerkte dazu, daß die Abwesenheit wohl nicht auf solche, die nur in einer anderen königlichen Provinz sich befinden, oder in ihren Privatangelegenheiten reisen, extendirt werden könne, da beide ihre Angelegenheiten durch mandatarios besorgen könnten und müßten. Es wurde konkludirt: „Außerhalb der Provinz rei publicae causa." Simon, Material., S. 519 ad 4. Die Anwendung dieser Bestimmung wird doch zweifelhaft in dem Falle, wo ein Beamter in einer anderen Provinz, als in welcher er sein Domizil hat, ein Grundstück besitzt und im Dienste des Staats in einer dritten Provinz vorübergehend beschäftigt wird. Daran hat man bei dieser Bestimmung wahrscheinlich nicht gedacht; man hat den Fall vorausgesetzt, wenn Jemand auf seinem Grundstücke wohnt und in eine andere Provinz verschickt, also rei publicae causa davon (von seinem Wohnsitze) abwesend sein muß. Auf jenen Fall wird die Bestimmung nicht anzuwenden sein, denn ein solcher Grundbesitzer, welcher in einer anderen Provinz wirklich wohnt, ist im juristischen Sinne nicht abwesend (die Abwesenheit bezieht sich auf das räumliche Verhältniß der Person zu ihrem Wohnsitze) und muß „seine Angelegenheiten (in Beziehung auf das entlegene Grundstück) durch mandatarios besorgen." Doch ist anzuerkennen, daß der folgende §. 520 die Sache dadurch wieder zweifelhaft macht, daß die Heimath (Wohnsitz) und die Provinz, wo das Grundstück gelegen ist, nebeneinander gestellt werden. (4. A.) Auch das Obertr. erklärt in dem Erk. v. 17. Juni 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 90) die Auslegung, das Gesetz setze voraus, daß der Eigenthümer des Grundstückes auch in der Provinz, wo es liege, einen Wohnsitz habe, von welchem er nur zeitweise im Staatsdienste entfernt lebe, da auch in dem folgenden §. 520 von dem „Zurückkehren" eines Abwesenden die Rede sei, — für bedenklich und widerlegt dieselbe theils durch Wortdeutung, theils dadurch, daß das vermeintliche Motiv für das dem Grundstücksbesitzer im §. 519 ertheilte beneficium nur in der Entfernung vom Grundstücke, nicht von einem gewissen Wohnsitze, gesehen werden dürfe. — Aber wenn nur hierin das Motiv zu sehen wäre, so könnte es doch unmöglich auf die Abwesenheit aus der Provinz ankommen; von dem Grundstücke abwesend sein kann man auch in derselben Provinz und zwar in einem viel größeren Maße als wenn man über die vielleicht unmittelbar anstoßende Grenze geht. Jedenfalls sind die beiden §§. 519, 520 nicht befriedigend zu erklären. Vergl. die folg. Anm. 24b.

24a) Der §. 519 bezieht sich nicht nur auf die Verjährung durch Besitz, sondern auch auf die Extinktivverjährung. Pr. des Obertr. vom 30. Januar 1854 (Entsch. Bd. XXVII. S. 318 und Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 285).

24b) (3. A.) Die Worte „eine Zeit lang" setzen nach einer Auslegung einen Aufenthalt voraus, der lang genug ist, damit der Zurückgekehrte sich von den Verhältnissen des Grundstücks habe unterrichten und das Nöthige zur Abwendung der Verjährung ergreifen können. Das Obertr. hat jedoch in dem angef. Erk. (Anm. 24 a. E.) der Deutung den Vorzug gegeben, wonach zum Beginne der Verjährung die einmalige Anwesenheit der betroffenen Person in der Provinz genüge, möge auch der Aufenthalt noch so kurze Zeit gewährt haben. (Entsch. des Obertr. Bd. XLV, S. 91.) Diese Deutung führt in logisch richtiger Folgerung zu der Unzuträglichkeit, daß, wenn der Eigenthümer des Grundstücks bei einer Durchreise durch die Provinz sich Nachts eine viertel Stunde im Wartesaal eines Bahnhofs aufhält, um den dort stattfindenden Wagenwechsel abzuwarten, dieser augenblickliche Aufenthalt gleichfalls zum Beginne der Verjährung gegen ihn genügen müßte. Dennoch hat diese Deutung nicht weniger Berechtigung als jene, da, wenn sie zur Ungereimtheit führt, jene eine schrankenlose Willkür des Richters bei Bestimmung der erforderlichen Zeit in jedem einzelnen Falle zum Schlußpunkte hat. Beide Deutungen sind deshalb unannehmbar und durch den dabei aufgewendeten Scharfsinn ist weiter nichts als der Beweis gewonnen, daß die Bestimmungen der §§. 519, 520, wie alle vom Gesetzgeber ausgedachte und erfundene Satzungen, für das praktische Rechtsleben unbrauchbar sind.

25) Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Pächter das Gut selbst (das ganze Gut) gepachtet hat, und ist dann nicht anwendbar, wenn nur einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame desselben gepachtet worden sind. Pr. 1424, v. 11. März 1844. Wieder angewendet in der Entsch. vom 9. Nov. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 108). (4. A. Später, in einem Erk. vom 16. Januar 1851 [Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 192], berichtigt sich das Obertribunal dahin, daß die Anwendung des §. 521 nicht unbe-

§. 522. Gegen Militärpersonen[27]), welche des Kriegs wegen ihr Standquartier verlassen müssen, kann eine Verjährung erst nach geendigtem Kriege oder nach einer während des Krieges erfolgten Entlassung[28]) aus den Kriegsdiensten anfangen.

---

dingt dadurch ausgeschlossen werde, daß nicht das Gut selbst, sondern einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame desselben verpachtet sind, daß es vielmehr auf die besonderen Verhältnisse jedes einzelnen Falles ankomme. — Also so oder so, wie es zufällig trifft.) Der §. 521 entscheidet einen gemeinrechtlichen Streit: ob Pacht den Anfang der Verjährung hindere. Vergl. Erk. des Obertr. vom 3. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 67). (4. A.) Der Pächter kann aber auch nicht für den Eigenthümer ohne dessen Auftrag den Besitz einer Grundgerechtigkeit ergreifen und diese usukapiren. Erk. des Obertr. vom 11. März 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 213).

Die Vorschrift des §. 521 steht dem Verpächter auch dann zur Seite, wenn er von der gegen seinen Pächter geschehenen Besitzergreifung Kenntniß erlangen konnte. Erk. des Obertr. v. 17. Sept. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 235.) Wohl aber wird die Anwendung des §. 521 ausgeschlossen durch den Nachweis, daß der Verpächter davon doch wirklich Kenntniß erhalten hat. Erk. des Obertr. v. 15. Mai 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 233), u. v. 16. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 220).

Der §. 521 erwähnt der Pacht nur als Beispiel; es gehören hierher alle jene Rechtsverhältnisse, durch welche der Eigenthümer abgehalten wird, sein Eigenthum speziell zu beaufsichtigen (Anm. 14); wie namentlich Nießbrauch (Tit. 21, §. 91; Entsch. Bd. XV, S. 118 und Bd. XVIII, S. 190); solche Servitutberechtigungen, welche dem Berechtigten die ganze Nutzung zuwenden, wie z. B. bei einem Weidereviere (ebend. S. 191); Miethe des ganzen Grundstücks. (4. A.) Vergl. die im Wesentlichen das Gleiche sagende Ausdrucksweise des Obertr. in einem Erk. vom 15. Nov. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 15).

Diese Bestimmung hat übrigens nur dingliche Rechte auf die Sache (jura in re) zum Gegenstande, und schließt die Ersitzung des Eigenthums nicht aus. Erk. des Obertr. vom 11. Mai 1860 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 231).

26) Vergl. Tit. 7, §. 103 und die Anm. 65, Abs. 3 das. — Ein fiskalischer Generalpächter wird in Beziehung auf die Verjährung gegen den Eigenthümer als Verwalter angesehen. Pr. des Obertr. v. 9. Nov. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 108). (4. A.) Doch ist dieser Satz nicht in unbedingter Allgemeinheit anzuerkennen. Vielmehr ist in dem einzelnen Falle nach der besonderen Beschaffenheit desselben zu prüfen: ob der Generalpächter zu dem Fiskus bloß in dem Verhältnisse eines Pächters, oder nicht auch in dem Verhältnisse eines Verwalters gestanden hat, in welchem letzteren Falle die Kenntniß desselben der des Eigenthümers gleichgestellt werden muß. Erk. des Obertr. vom 15. Nov. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 15). (5. A.) Ist aber von dem Pächter eines Gutes, welcher zugleich Verwalter war, ein Theil des Pachtgutes in Unterpacht gegeben, so ist der Unterpächter auch Pächter des Eigenthümers, aber nicht zugleich Verwalter desselben, weil Verpachtung und Verwaltungsauftrag verschiedene Rechtsgeschäfte sind, und die Unterverpachtung eines Theils des Pachtgutes nicht eine Uebertragung der Verwaltung auf den Unterpächter bezüglich dieses Theiles umfaßt. Daher kann in Beziehung auf denselben eine Verjährung zum Nachtheile des Gutseigenthümers gegen den Unterpächter nicht anfangen. Erk. dess. v. 22. Dez. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 260).

26a) Diese Vorschrift, wonach während der Dauer der Verpachtung einer Sache zwar eine schon vorher angefangene Verjährung fortgesetzt, nicht aber zum Nachtheile des Eigenthümers angefangen werden kann, gilt in Provinzen, wo vor Emanation des Landrechts gemeines Recht üblich war, auch für diese vorlandrechtliche Zeit, indem, falls man auch nicht, der Ansicht von Rave, Carpzow, Schilter, Strube folgend, etwa annehmen wollte, daß ebenderselbe Grundsatz schon gemeinen Rechtens war, die übereinstimmende Meinung so angesehener Rechtsgelehrter, gestützt auf L. 12 C. de acquirenda et retinenda possessione, doch immer so viel wirken muß, um den Grundsatz als damals kontrovers zu erachten. Pr. 66, v. 29. Nov. 1834, und 19. Febr. 1841.

(4. A.) Die Unzulässigkeit des Anfanges der Verjährung gegen ein verpachtetes Gut wird durch die gleichzeitige Verwaltung desselben nicht ausgeschlossen. Erk. des Obertr. v. 4. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 29). Der Grund, warum gegen ein verpachtetes Gut eine Verjährung nicht anfangen kann, weil nämlich der Gegenstand des Pachtrechts der Gewahrsam und damit der näheren Aufsicht und Beobachtung des Verpächters entzogen ist, wird dadurch, daß sich ein Verwalter auf dem Gute befindet, nicht beseitigt, indem der Verwalter ebenso wenig wie der Prinzipal sich in die Besitzverhältnisse des Pächters eindrängen darf. Daraus folgt aber, daß auch der Aufenthalt des Gutsherrn selbst auf dem verpachteten Gute die Anwendung des §. 521 nicht ausschließt, sondern daß es auf die Thatsache der Kenntniß des Herrn von der fraglichen Handlung dessen, welcher dadurch die Verjährung anfangen will, ankommt. Vergl. die Anm. 25, Alinea 2.

27) Dazu gehören auch die Militärbeamten, überhaupt alle, welche berufen sind, der Armee zu folgen. Vergl. Pr.-O. Tit. 20, §§. 9 ff.; Ges. v. 22. Mai 1822, §. 5 (Zus. 5 zu Tit. 1, o. S. 84).

28) In diesem Falle ist der Anfangspunkt unbestimmt. Der Tag, an welchem die Entlassung

§. 523. Bei andern Personen hindern Krieg und andere Landplagen den Anfang der Verjährung nur in sofern, als damit ein Stillstand der Rechtspflege [29]) verbunden ist.

§. 524. Zwischen Eheleuten kann, so lange diese Ehe dauert, keine Verjährung anfangen [29a]).

§. 525. Auch nicht zwischen Vätern und Kindern, so lange letztere sich in der Gewalt der erstern befinden [30]).

§. 526. Kein Vormund kann eine Verjährung gegen seinen Pflegebefohlnen anfangen, so lange er der Vormundschaft über ihn noch nicht förmlich [31]) entlassen ist.

§. 527. Auch kann ein Pächter, Verwalter oder anderer unvollständiger Besitzer [32]) einer Sache, in Ansehung derselben eine Verjährung gegen den, in dessen Namen er besitzt, zu Gunsten seiner eigenen [33]) Sache während seiner Besitzzeit nicht anfangen.

---

verfügt worden (das Datum des Abschiedes), kann er nicht sein, auch nicht der Tag der Einhändigung, weil von da an noch eine geraume Zeit vergehen kann, ehe die gerechtfertigte Abwesenheit (diese ist der Hinderungsgrund) aufhört. Man muß als Anfang den Ablauf der Zeit annehmen, in welcher der Verabschiedete, nach seiner Entlassung, in seiner Heimath hätte eintreffen können. Denn auch die freiwillige Verlängerung seiner Abwesenheit kommt ihm nicht zu gut.

29) Auch das Institium gilt nur als Hinderniß gegen den Anfang der Verjährung (§. 530). Ueberhaupt ist es eine erhebliche, beabsichtigte Abweichung von dem R. R., daß der Zustand des Nichtvermögens nicht als Ruhezeit der Verjährung anerkannt worden ist. Vergl. L. 3 C. quibus non objicitur longi temporis praescriptio; L. 1, 2 C. de annali exceptione; L. ult. C. quibus ex causis majores restituantur; L. 7, §. 4 C. de praescript.

29a) (5. A.) Auch die kurzen Verjährungen aus dem Gesetze vom 31. März 1838 nicht. Der Anfangspunkt der Verjährung ist in diesem Falle nicht von dem Tage der Ehetrennung, sondern, nach dem Prinzip des §. 5 jenes Gesetzes, auf den letzten Dezember desselben Jahres, also im Falle der Trennung durch den Tod nicht vom Todestage des Erblassers zu rechnen, sondern auf den letzten Dezember des Todesjahres zu bestimmen. Erk. des Obertr. vom 17. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 226).

30) Unter Vätern und Kindern, so lange Letztere sich in der Gewalt der Ersteren befinden, waltet par ratio wie zwischen Eheleuten vor, sagt Suarez bei der revis. monitor. (Simon, Material., S. 520.) In Folge dessen ist dieser §. hinzugefügt worden. Vergl. unten, Anm. 43 zu §. 537.

31) Eine förmliche Entlassung des Vormundes kommt nur vor Beendigung der Vormundschaft vor; in solchem Falle geschieht sie mit dem Tage, an welchem das Dimissoriale eingehändigt wird. Im gedruckten Entwurfe kam bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, §. 424 d. T., eine ähnliche Bestimmung vor, nach welcher auch nach erlangter Großjährigkeit nicht vor gelegter Schlußrechnung eine solche Verjährung sollte angefangen werden können. Die Materialien ergeben nicht den Grund zu dieser Veränderung, wodurch jedenfalls nur während der Dauer der Bevormundung der Anfang der Verjährung ausgeschlossen wird. Dieser Grundsatz findet auch Anwendung auf Verwalter des Kirchenvermögens, namentlich auf den Pfarrer, wenn und so lange er Vorsteher im Kirchenkollegio ist. Wenn derselbe also z. B. Lasten und Abgaben, welche dem Pfarrer als Nutznießer obliegen, aus dem Kirchenärar bestreiten und die kirchliche Aufsichtsbehörde solches passiren läßt, so kann der Pfarrer dadurch doch keine Rechte für sich und seine Nachfolger erwerben.

(3. A.) Auch der Kirchenpatron, welcher gleichfalls zu den Kirchenverwaltern gezählt worden ist (Th. II. Tit. 11, §§. 568, 621, 585, 779, 780) sollte dadurch nach der Ansicht des Obertr. unfähig sein, während der Dauer seiner Patronatsverwaltung, in Bezug auf die derselben unterworfenen Kirchen- und Pfarrgrundstücke, gegen die betreffende Kirchengesellschaft, einen ihn zur erwerbenden Verjährung befähigenden Besitz zu erlangen. Pr. des Obertr. vom 22. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII. S. 121). (4. A.) Von dieser Ansicht ist das Obertr. jedoch wieder abgewichen und hat durch Pl.-Beschl. (Pr. 2716) v. 17. Juni 1861 den Rechtssatz festgestellt, daß der §. 526 keine analoge Anwendung auf den Kirchenpatron gestatte. (J.M.Bl. S. 161; Entsch. Bd. XLV, S. 33.)

32) Also auch ein Miether. Wer z. B. gegen eine jährliche Haidemiethe zum Raff- und Lesholze berechtigt ist, kann dieses Recht nicht verjähren; denn er kann den Titel seines Besitzes nicht ändern. Pr. des Obertr. v. 31. Okt. 1803 (Simon, Rechtspr., I, S. 31). Dieser Fall steht nicht unter dem Grundsatze des §. 527. Vergl. die folg. Anm. 33.

33) Der vorausgesetzte Fall ist der, wo ein unvollständiger Besitzer neben der in seinem unvollständigen Besitze befindlichen fremden Sache noch eine andere Sache eigenthümlich besitzt. Man hat aber den Rechtssatz dieses §. auch auf den Fall des unvollständigen Besitzrechts angewendet, und an-

§. 528. Gegen den, welchem das rechtliche Gehör versagt wird, kann keine Verjährung angefangen werden.

§. 529. Auch wenn ein solches Hinderniß [34]) im Laufe der Verjährung eintritt, wird die Fortsetzung derselben so lange unterbrochen, als das Hinderniß dauert.

§. 530. Dagegen wird durch andere Hindernisse, die nach angefangener Verjährung erst eintreten, der Fortlauf derselben nicht gehemmt.

§. 531. Ist jedoch die zur Verjährung bestimmte Frist abgelaufen, ehe noch das inzwischen eingetretene [35]) Hinderniß [36]) wieder gehoben worden, so kann der Verhinderte noch innerhalb Vier Jahren, von Zeit des gehobenen Hindernisses an, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die vollendete Verjährung antragen [37]).

---

genommen, daß der Besitzer keine anderen und mehreren Rechte an oder zu diesem unvollkommenen Besitzthume durch Verjährung erwerben könne, als durch die Verleihung beigelegt sind. Deshalb konnten z. B. in Schlesien die Dreschgärtner das Recht zur Behütung der Wege, Triften und Raine durch Ersitzung nicht erwerben. Schles. Arch. Bd. III, S. 644. Nachdem aber die lassitischen Besitzrechte in erb- und eigenthümliche verwandelt worden sind, können dergleichen Besitzer auch Grundgerechtigkeiten für ihre Stellen gegen den früheren Grundherrn erwerben. Vergl. die Präj. des Obertr. vom 12. Januar 1846 (Entsch. Bd. XII, S. 436) und vom 6. Sept. 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 331).

34) Dieses Hinderniß, nämlich die Versagung eines rechtlichen Gehörs, macht die einzige Ausnahme von der Regel des folg. §. 530. Vergl. oben die Anm. 14 und 14 a. Im Gesetzbuche war in den §§. 528 u. 529 Rede von einem Machtspruche. Der §. 528 hieß: „Gegen den, welcher durch einen Machtspruch in der Ausübung und Verfolgung seines Rechts gehindert wird, nimmt keine Verjährung ihren Anfang." §. 529: „Auch hindert ein im Laufe der Verjährung ergangener Machtspruch die Fortsetzung derselben so lange, als die Wirkung des Machtspruchs dauert." Die Fassung hatte wegen des Worts „Machtspruch" Anstoß gefunden und sollte nach der K.O. v. 18. Dez. 1793 (Jahrb. Bd. XLI, S. 41) geändert werden. Suarez schlug darauf die §§. in der gegenwärtigen Fassung vor. Daraus ist klar, daß der §. 529 sich nur auf 528 und auf die Versagung des rechtlichen Gehörs bezieht, und was unter dieser Versagung x. gemeint wird. Die Verschließung des Rechtsweges durch einen außerordentlichen besonderen Befehl, für einen bereits eingetretenen Fall, ist darunter zu verstehen, z. B. wenn dem kompetenten Richter durch höhere Macht verboten wird, wegen eines gewissen Anspruchs einer bestimmten Person oder einer bestimmten Klasse von Personen, deren Klage anzunehmen und darüber im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden. Nicht dahin gehören allgemeine Verordnungen, wodurch gewisse Angelegenheiten den Gerichten entzogen werden, oder die Fälle, wo das zuständige Gericht nach allgemeinen Vorschriften gewisse Prozesse sistirt oder eine Klage aus Rechtsgründen per decretum zurückweist. Auch ein Stillstand der Rechtspflege (Justitium) fällt nicht unter dieses Hinderniß. §. 523. (4. A. Anderer Meinung ist das Obertr. nach seinem Erk. v. 7. März 1861, Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 340.) Nur von vorübergehendem Interesse sind das Pr. 2010, v. 6. April 1848 und der Pl.-Beschl. (Pr. 2385) des Obertr. vom 21. Juni 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 1), betr. die Suspension der gutsherrlich-bäuerlichen Prozesse in den mit Preußen wieder vereinigten Provinzen durch die K.O. v. 5. Mai 1815 (Jahrb. Bd. V, 2, S. 8). Ein R. vom 17. Mai 1814 meint, daß während einer Belagerung keine Verjährungsfristen laufen, indem es diesen Fall unter die Versagung des rechtlichen Gehörs (Machtspruch) subsumirt (Jahrb. Bd. III, S. 362). Das ist nicht richtig; der Belagerungszustand gehört zu den Landplagen, die nur den Anfang der Verjährung hindern. §. 523.

35) Wenn auch der Eintritt erst kurz vor Ablauf der Verjährung geschehen ist. In diesem Falle kann möglicherweise die Restitution noch lange nach der Verjährung erfolgen.

36) Dies sollte ein Hinderniß sein, welches der, gegen den die Verjährung läuft, nicht willkürlich selbst geschaffen hat. Wenn z. B. Jemand sein Grundstück, in Beziehung auf welches gegen ihn eine Verjährung angefangen hat, verpachtet, so sollte er dieserhalb keine Restitution nachsuchen können. Das Obertr. findet die Frage zweifelhaft und läßt sie — weil es in dem Falle darauf nicht ankam — dahingestellt sein. (Entsch. Bd. VIII, S. 260.) Bei einer späteren Gelegenheit aber hat es die Frage implicite entschieden. Das zu diesem §. eingezeichnete Pr. 1843, v. 17. Febr. 1847 sagt nämlich: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährung steht auch dem Eigenthümer einer in Nießbrauch gegebenen Sache zu (Entsch. Bd. XV, S. 113). Der Fall war ebenfalls die freiwillige Hingabe eines Grundstücks zur Nutznießung an einen Forstbeamten, nach bereits angefangener Verjährung, und es wird ausgeführt, daß der Nießbrauch der Pacht (§. 521) gleichzustellen sei. Also muß das Obertr. den Fall der Pacht ebenso entscheiden. (4. A.) Dies ist nicht geschehen. In dem Erk. vom 30. Okt. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 139) wird ausgeführt, daß die nach angefangener Verjährung vorgenommene Verpachtung kein die Restitution begründendes Hinderniß im Sinne des §. 531 sei. Dies stimmt mit der, am Anfange dieser Anmerkung vermerkten Meinung, aber nicht mit der älteren Ansicht des Obertribunals überein.

37) Die vierjährige Restitution gegen die vollendete Verjährung, wegen eines im Laufe derselben

§. 532. Wird das Hinderniß zwar noch vor Ablauf der Verjährungsfrist, jedoch erst innerhalb der letzten Vier Jahre, wiedergehoben, so kommt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Verhinderten ebenfalls innerhalb Vier Jahren, nach erfolgter Hebung des Hindernisses, zu Statten.

§. 533. Stirbt der, gegen welchen die Verjährung lief, vor gehobenem Hindernisse oder vor Ablauf der vier Jahre; so geht die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung und die dazu noch rückständige [38]) Frist auf den Erben über.

§. 534. Die Wirkung dieser Rechtswohlthat ist, daß dem, welcher noch davon innerhalb der bestimmten Frist Gebrauch macht, und sein Recht gehörig ausübt oder verfolgt, die Verjährung nicht entgegengesetzt werden kann.

1. Von der Verjährung durch Nichtgebrauch. Anfang derselben.

§. 535. Die Verjährung [39]) durch bloßen Nichtgebrauch kann gegen Unmündige und Minderjährige, während der Minderjährigkeit nicht anfangen [40]).

---

eingetretenen Hindernisses, findet nicht statt, wenn der Eigenthümer von dem Besitze und Anspruche des Verjährenden unterrichtet, und im Laufe der Verjährung das Hinderniß zu beseitigen im Stande war. Pr. des Obertr. 1280, v. 12. März 1843 (Entsch. Bd. VIII, S. 258), und Erk. v. 15. Nov. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 17).

Ob auch gegen kürzere Verjährungen die vierjährige Restitution stattfinde, ist zweifelhaft. Nach dem Wortsinne der landrechtlichen Bestimmungen ist es zu bejahen, denn die §§. 500 bis 534 handeln von den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung überhaupt, und man kann ohne inneren Widerspruch nicht behaupten, daß die Geltung derselben von der Zumessung der Verjährungsfrist abhange und folglich für solche Verjährungen, welche das Normalmaß (vielleicht 10 Jahre? oder wieviel?) nicht erreichen, gar keine allgemeinen Grundsätze vorhanden seien; im Gegentheil, der §. 177, Tit. 14 schreibt ausdrücklich vor, daß die Restitution, wovon im §. 174 ebend. die Rede ist, auch bei kürzeren als den gewöhnlichen Verjährungen Anwendung finden soll. Vergl. die Anm. 44 zu §. 177 a. a. O. Gleichwohl ist bei einer sehr kurzen Verjährung die Zulässigkeit einer vierjährigen Restitution eine auffallende Anomalie. Die Ursache davon liegt in der Verstümmelung des Instituts der Restitution, wovon einzelne unzusammenhängende Reste beibehalten worden sind, in welchen ein leitender Gedanke nicht zu finden ist. Bei der einen causa restitutionis (der Minorennität) hat die Praxis die Unzulässigkeit der Restitution gegen den Ablauf einer kurzen Verjährung angenommen, auf Grund des §. 11 des Ges. v. 18. Juni 1840, betr. die Verjährung der öffentlichen Abgaben, wo ausdrücklich die Restitution ausgeschlossen ist. Man sieht darin nicht eine Ausnahme, sondern eine Anerkennung des nothwendig in der Tendenz und in dem Gesammtinhalte des Gesetzes vom 31. März 1838 (die kurzen Verjährungsfristen betreffend) liegenden Grundsatzes, daß die Verjährung bestimmter Forderungen ihrer Natur nach ohne Rücksicht auf die subjektiven Eigenschaften und sonstigen Privilegien der Berechtigten, allgemein in den bezeichneten kurzen Fristen eintreten solle. Entsch. des Obertr. Bd. XIV, S. 211. Diese Gründe passen auch auf die übrigen Restitutionsursachen und auf alle kurzen Verjährungen, und man kann annehmen, daß die Praxis keine Restitution gegen den Ablauf einer kurzen Verjährung oder Frist zuläßt. Vgl. Entsch. Bd. VI, S. 385; Zollgesetze v. 26. Mai 1818, §. 108; v. 8. Febr. 1819, §. 58, und 23. Januar 1838, §. 62; V. wegen künftiger Behandlung des Staatsschuldenwesens, vom 17. Januar 1820, §. 17. — (2. A.) Diesen Grundsatz hat nun das Obertr. auch wirklich ausgesprochen durch das Pr. 2387, v. 8. Juli 1852: „Gegen die kürzeren Verjährungsfristen, welche das Gesetz vom 31. März 1838 eingeführt hat, kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus §. 177, Tit. 14 nicht gesucht werden." (Entsch. Bd. XXIII, S. 104.) Der Grundsatz ist schon in dem Erk. vom 27. Sept. 1851 ausgesprochen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 115.) (5. A.) Auch daß die Restitution aus den §§. 531, 532 d. T. gegen die kürzeren Verjährungsfristen, welche das G. v. 31. März 1838 eingeführt hat, nicht gesucht werden könne, hat das Obertr. ausgesprochen. Erk. vom 1. Okt. 1863 (Entsch. Bd. L, S. 100).

Die Restitution kann übrigens auch im Wege der Einrede oder Replik, und noch während der Minderjährigkeit geltend gemacht werden. S. u. die Anm. 47.

38) Dieser Rest der Restitutionsfrist läuft, nach dem Wortsinne, neben der Deliberationsfrist, so daß er der letzteren nicht hinzugesetzt werden kann. Ist er kürzer als die Deliberationsfrist, so muß der noch überlegende Erbe, vermöge der Vorschrift §. 388 d. T., vor dem Ablaufe der Restitutionsfrist einschreiten.

39) Nämlich die gewöhnliche. Die kurzen Verjährungsfristen, insbesondere wegen der Rückstände vorbedungener Zinsen, können auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen zu laufen anfangen. Pr. des Obertr. 1802 vom 21. Nov. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 209).

40) Mit der Verjährung durch Besitz ist es anders. §. 595 d. Tit. Der Grund des Gesetzes §. 535 ist, weil man angenommen hat, daß bloße Unterlassung einem Vormunde eher begegnen und weniger von ihm vertreten werden könne, als wenn Jemand Handlungen vornimmt, die eine Verjäh-

§. 536. Wenn aber ein Recht, nach bereits angefangener Verjährung, auf einen Unmündigen oder Minderjährigen, der mit einem Vormunde verſehen iſt[41]), übergeht; ſo wird dadurch der Fortlauf der Verjährung nicht gehemmt.

§. 537. Wird hingegen die Verjährung während der Minderjährigkeit vollendet, ſo kommt dem Minderjährigen[42]) die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand binnen Vier Jahren, nach aufgehobener Vormundſchaft, zu Statten[43]). (§. 531)[44]).

---

rung durch Beſitz gegen den Kuranden begründen. Simon, Material., S. 522. In den amtlichen Vorträgen über die Schlußreviſion ſagt Suarez darüber: „Der Vormund eines Minorennen kann leicht, aus Mangel an Nachrichten, in der Unwiſſenheit, was ſeinem curando für Rechte in re aliena kompetiren, erhalten werden. Dies iſt der Grund, warum praescriptio extinctiva gegen den Minorennen nicht anfangen ſoll. Hingegen kann es einem Vormunde absque suprema negligentia, die doch nie präſumirt wird, nicht unbekannt bleiben, wenn ein Anderer die Sache ſeines Kuranden in Beſitz nimmt. Daher kann auch gegen einen Minorennen, ſobald er bevormundet iſt, praescriptio acquisitiva angefangen werden." (Ebend. S. 584 und Jahrb. Bd. XLI, S. 14.)

Der §. 535 iſt übrigens eine bloße Wiederholung des Grundſatzes §. 516.

(4. A.) Nach dem Münſter'ſchen Statutarrechte iſt der überlebende Ehegatte (Mann wie Frau) vermöge ſeiner freien Verfügungsbefugniß zur Vertretung des mit den Kindern dieſer Ehe gemeinſchaftlichen Vermögens allein berechtigt; es tritt daher die Klageverjährung (II, 2, §. 440) gegen ihn mit voller Wirkung ein, ohne daß er ſich auf das Vorrecht der Kinder nach §. 535 d. Tit. berufen kann. Erk. des Obertr. v. 17. Sept. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 58).

41) Die Worte: „der mit einem Vormunde verſehen iſt", beziehen ſich auf den „Minderjährigen", und es ſollte heißen: „wenn aber ein Recht — auf einen Unmündigen oder ſolchen Minderjährigen, der mit einem Vormunde verſehen iſt ꝛc." Im Entw. fehlten dieſe Worte. Einige Monenten hatten deswegen bemerkt, daß de jure romano praescriptio longissimi temporis zwar nicht gegen impuberes, wohl aber gegen minores anfange. Suarez aber bemerkte dazu, daß unter beiden hier kein Unterſchied ſtattfinden könne, da impuberes ebenſo gut als minores vom Staate bevormundet würden, und Niemand mehr nöthig habe, um einen Vormund zu bitten. Der Grund des gegenwärtigen Geſetzes (ſ. Anm. 40) paſſe auf minores ebenſo gut, als auf impuberes. Simon, Material., S. 522. Der Sinn des Monitums wird gleich verſtändlich, wenn man ſich erinnert, daß der Röm. minor handlungsfähig war und nur auf ſein Verlangen einen Kurator erhielt. Um dieſes Bedenken zu heben, wurde der §. 536 in der Art geändert, daß für „Minderjährigen übergeht", geſetzt wurde: „Minderjährigen, der mit einem Vormunde verſehen iſt, übergeht". Simon, Material., S. 573. Alſo auch gegen einen ſolchen Minderjährigen, der bevormundet und daher nicht fähig war, ſeine Angelegenheiten zu beſorgen, ſollte die angefangene Verjährung fortlaufen, gegen einen nicht bevormundeten Minderjährigen verſtand ſich der Fortlauf — aus dem Standpunkte der Monenten angeſehen — ganz von ſelbſt; denn ein ſolcher hatte ſelbſt ſeine Angelegenheiten zu verwalten. Von dem Standpunkte der Verf. des L.R. war dieſe Unterſcheidung unzuläſſig, ſogar der Unterſchied zwiſchen Unmündigen oder Minderjährigen fällt hier weg, wie Suarez ausdrücklich bemerkte. (S. 522 a. a. O.) Es hätte daher in den §§. 535 u. 536 nicht von „Unmündigen und Minderjährigen" Rede ſein ſollen, ſondern überhaupt von Perſonen, welche nicht großjährig und nicht unter väterlicher Gewalt ſtehen. Denn das iſt der Gedanke des Geſetzgebers. Die Praxis des Obertr. hat dieſen Gedanken glücklich getroffen in dem Pr. 1778, v. 15. Auguſt 1846: Eine bereits begonnene Verjährung durch Nichtgebrauch läuft gegen einen Unmündigen oder Minderjährigen, der mit einem Vormunde hätte verſehen werden ſollen, auch dann fort, wenn derſelbe keinen Vormund erhalten hat. (Entſch. Bd. XV, S. 119.) Dies iſt gerade der unzweifelhafte Fall des Minderjährigen, aus dem Standpunkte der Monenten gegen die erſte Faſſung des §. 536; nach den Grundſätzen des L.R. hätte man beſſer gethan, die Aenderung zu unterlaſſen.

42) „Warum wird denn hier der Unmündigen nicht gedacht, da es doch in den vorigen §§. geſchehen?" So fragt H. zu dieſem §. bei der letzten Reviſion. (Simon, Mat., S. 573.) Darauf iſt nicht weiter geachtet, mit Recht, weil hier gar kein Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Klaſſen der nicht großjährigen Perſonen ſtattfindet und auch in den übrigen §§. der Unmündigen nicht hätte gedacht werden ſollen. S. die Anm. 41.

43) Daß die Beſtimmungen ſich auf Perſonen, welche unter väterlicher Gewalt ſtehen, nicht beziehen, iſt ſchon angemerkt. S. die Anm. 41. Die Meinungen darüber ſind verſchieden, die Praxis aber hat dies angenommen, nach dem Pr. des Obertr. 307, v. 22. Juli 1837: „Dieſe Vorſchrift, nach welcher dem mit einem Vormunde verſehenen Minderjährigen, gegen die während der Minderjährigkeit vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand binnen vier Jahren nach aufgehobener Vormundſchaft zu Statten kommt, findet auf Minderjährige, welche unter väterlicher Gewalt ſtehen, keine Anwendung." Wieder angewendet in dem Erk. vom 28. April 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 204). (3. A.) Dieſer Grundſatz findet dann keine Anwendung, wenn es

§. 538. War die Verjährung durch Nichtgebrauch gegen einen Minderjährigen abgelaufen, so können die Erben desselben, auch wenn sie selbst unmündig oder min-

sich um einen Anspruch des Minderjährigen an seinen eigenen Vater handelt. Pr. des Obertr. 2531, v. 14. Juni 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 75). Denn bei einer solchen Kollision von Rechten ist das in väterlicher Gewalt stehende Kind gleichfalls eine Person, welche mit einem Vormunde (Kurator) versehen ist, da es durch den Vater nur gegen Dritte vertreten werden kann. Oben, §. 525; II, 18, §. 28.

44) Dieser §. 537 wiederholt nur den Satz des §. 531. Die Frage ist: ob nicht auch die im §. 532 angeordnete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Minderjährige Anwendung finde. Wenn eine Sache, in Beziehung auf welche die Verjährung schon seit 27 Jahren angefangen hat, also in den letzten 4 Jahren der Verjährung, auf einen zweiundzwanzigjährigen übergeht, folglich die Minderjährigkeit (das Hinderniß) noch vor Ablauf der Verjährungsfrist aufgehoben wird, kommt da dem nun Großjährigen gleichfalls die 4jährige Restitutionsfrist, vom Tage seiner Majorennität an gerechnet, zu Statten? Der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes aus §. 532 steht kein Rechtsgrund entgegen. Zwar das Obertr. hat ausgesprochen: Ist bei einer gegen einen Minderjährigen fortgesetzten Extinktivverjährung deren Vollendung erst nach erreichter Großjährigkeit erfolgt, so kann derselbe auf die vierjährige Restitution nicht Anspruch machen. Pr. 2184, vom 25. Febr. 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 134). Dieser Rechtssatz aber ist falsch, wie die Gründe faktisch und juristisch unrichtig sind, auf welchen er ruht. Die Bezugnahme des §. 537 auf den §. 531 bringt den Urtheiler in Verlegenheit; er meint: der Zweifel entstehe nur dadurch, daß der §. 537 in der Parenthese auf den §. 531 hinweist, und es frage sich also: welcher Einfluß dem letzteren auf den §. 537 beizulegen sei. „Stellt man die Minorennität einem „Hindernisse" gleich" — sagt er —, „so würde man freilich in die Nothwendigkeit kommen, die Anwendung des §. 537 nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere §§. 531, 532 zu modifiziren." Allein über diese Nothwendigkeit setzt er sich leicht hinweg, durch die Behauptung, daß die Minderjährigkeit gar kein Hinderniß im Sinne des §. 531 sei; das Gesetz gebe die Restitution allgemein, wo Jemand von dem verlierenden Rechte nicht habe unterrichtet sein können, oder dasselbe zu bewahren verhindert worden. (§§. 513, 516.) Ein Hinderniß dieser Art sei nun aber keineswegs die Minderjährigkeit; — für den Verjährenden sei sie ein Hinderniß; in Beziehung auf den Minderjährigen selbst sei sie kein Hinderniß. Das ist ein vollständiger Irrthum, wie aus den Materialien klar erhellet. Der erste umgearbeitete Entwurf lautete im §. 5: „So lange Jemand sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen verhindert wird, kann ihm die Unterlassung des Gebrauchs nicht nachtheilig werden." Hierzu sind einige Bemerkungen über den Anfang und die Dauer des Hindernisses gemacht, und hinter denselben finden sich folgende §§. von Suarez entworfen:

„Einem Minderjährigen werden nach erlangter Volljährigkeit noch 4 Jahre zur Wiederherstellung gegen alle während seiner Minderjährigkeit absolvirten Verjährungen gestattet.

Hat er aber alsdann von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht, so wird ihm die Minorennität nicht zu Gute gerechnet.

Bei der 40jährigen Präskription wird auf dieses impedimentum nicht reflektirt." (Simon, Materialien, S. 457.)

Hier wird also die Minderjährigkeit ausdrücklich ein Hinderniß, sein Recht zu gebrauchen, genannt. Weiter, bei der Revision der Monita, trägt Suarez vor: „Einige Monenten fragen, ob nicht auch Taubstumme, Verschwender, Abwesende, Blinde, pia corpora mit den Minorennen gleiche Rechte haben. In Ansehung der Taubstummen hat es kein Bedenken. Auf Verschwender paßt ratio legis nicht, weil diese von ihren Rechten gar wohl haben informirt sein können." — — Simon, Mat., S. 523. Also werden hier die Minderjährigen unter die Kategorie derjenigen gebracht, „welche von ihrem Rechte nicht haben unterrichtet sein können". Damit übereinstimmend sagt Suarez in seinen amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision zu §§. 593—595: „Der Vormund eines Minorennen kann leicht, aus Mangel an Nachrichten, in der Unwissenheit, was seinem curando für Rechte in re aliena kompetiren, erhalten werden. Dies ist der Grund, warum praescriptio extinctiva gegen den Minorennen nicht anfangen soll." (Simon, Materialien, S. 584, und Jahrb. Bd. XLI, S. 14.) Daß also die Minorennität, oder eigentlich der Zustand der Bevormundung im Sinne des Gesetzgebers „ein Hinderniß" ist, ist unbestreitbar. Das Obertr. selbst hat es ausgesprochen: „Der §. 535 — ist nur eine Wiederholung des im §. 516 in Bezug auf den Anfang der Verjährung überhaupt ausgesprochenen Grundsatzes." (Entsch. Bd. XV, S. 121.) Der Zustand der Bevormundung ist ein Hinderniß, sowohl sein Recht zu gebrauchen und zu verfolgen (§. 516), nämlich in Beziehung auf den Bevormundeten, als auch von seinem Rechte unterrichtet sein zu können (§. 512), nämlich für Beide, den Bevormundeten, weil er seine Angelegenheiten nicht verwaltet, und den Vormund, weil er — wenigstens Anfangs — ein Fremder ist. Als zweiter oder vielleicht auch als kein Grund ist ein Stückchen Röm. R., nämlich die L. 3 C. quibus objicitur, unter dem ganz ungebräuchlichen Citate: „Lib. VII, Tit. 35" eingemengt, denn der Inhalt ist für das Recht nach dem Allg. L.R. hier völlig gleichgültig; und zuletzt wird noch der faktische Hülfsgrund beigebracht: „Nach Suarez' amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des A. L.R. sind bei den §§. 537 und 531

derjährig, jedoch[45]) mit einem Vormunde versehen sind, nicht aus ihrer eigenen, sondern nur aus der Person ihres Erblassers[46]), auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anspruch machen[47]).

§. 539. Es kommt ihnen also nur diejenige Frist zu Statten, welche der Erblasser, wenn er gelebt hätte, vom Tage seiner erlangten Großjährigkeit an[48]) noch gehabt haben würde.

§. 540. Wahn- und Blödsinnige, ingleichen Taubstumme[49]), genießen, in Rücksicht auf die Verjährung, mit den Minderjährigen gleiche Rechte[50]).

---

auch gar keine Zweifel erhoben, und demnach die Worte des §. 537: „während der Minderjährigkeit vollendet", als unerläßliche Bedingung der Minderjährigen-Restitution anerkannt." (Ebend. S. 139.) Bei der Schlußrevision ist davon freilich nicht mehr Rede gewesen, aber der Zweifel war schon früher vorgekommen und erledigt. Denn zu den §§. 423 und 425 des gedruckten Entwurfs (d. i. §§. 537 und 538 d. T.) war monirt worden: „Die §§. 425 und 423 sollen wohl nicht diejenige Wiedereinsetzung ausschließen, welche nach §. 419 (d. i. 532 d. T.) alsdann statthat, wenn die Verjährungsfrist erst nach aufgehobener Vormundschaft abläuft?" Simon, Material., S. 521. Dabei hat man kein Bedenken gefunden. In der That widerspricht es auch den allgemeinsten Auslegungsregeln, den allgemeinen Grundsatz des §. 532 in Beziehung auf Minderjährige für ausgeschlossen zu erklären, da doch derselbe neben dem §. 537 ohne den mindesten Anstoß oder inneren Widerspruch bestehen kann.

Wegen der prozessualischen Form der Geltendmachung s. u. Anm. 47.

45) Jedoch ꝛc., und deshalb nicht verfügungsfähig sind. Bezieht sich eben wieder auf Minderjährige, nicht auf Unmündige, und ist erst bei der Umarbeitung des Entwurfs zur Hebung des Bedenkens: ob auch bevormundete Minderjährige in diesem Falle seien (von nicht bevormundeten und deshalb handlungsfähigen Minderjährigen verstand es sich von selbst) (Anm. 42), eingeschaltet worden. Simon, Materialien, S. 573.

46) Nur die Frist, welche dem Erblasser noch übrig war, kommt dem, wenngleich selbst minorennen, Erben noch zu Statten. §. 539. Suarez, amtliche Vorträge, bemerkt zu §. 538: „Ich weiß nicht, ob man diese Vorschrift neu nennen kann; wenn sie es aber auch wäre, so würde sie doch (nothwendig sein), um die größten Verwirrungen und Inkonvenienzen, welche sonst aus dem, den Minorennen schon nach gemeinen Rechten auch contra praescriptionem beigelegten, beneficio restitutionis entstehen könnten, zu vermeiden." Nun wird an einem Beispiele gezeigt, daß, wenn man annimmt, daß ein Paar Generationen hintereinander immer ein Minorenner einem Minorennen, oder erst kürzlich majorenn Gewordenen succedire, Jahrhunderte verlaufen können, ehe die Präskription zur Wirksamkeit gelangt, wodurch der Zweck der Gewißheit des Eigenthums der Sachen und Rechte offenbar vereitelt würde. (Simon, Material., S. 574 u. Jahrb. Bd. XLI, S. 13.)

47) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche einem Minderjährigen, auf den ein Recht nach bereits angefangener Verjährung übergegangen ist, gegen die während der Minderjährigkeit vollendete Verjährung zusteht, braucht nicht in einem besonderen, allein darauf gerichteten Prozeßverfahren nachgesucht zu werden. Sie kann vielmehr im Wege der Einrede, oder Replik, und ebensowohl während der Minderjährigkeit von dem Vormunde, als nach aufgehobener Vormundschaft über den Pflegebefohlenen noch binnen 4 Jahren, von diesem selbst geltend gemacht werden. Pr. des Obertr. 2334, vom 4. Dez. 1851. (Entsch. Bd. XXII, S. 9.) (4. A.) Vergl. Erk. dess. v. 29. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf., Bd. XXX, S. 156).

48) Durch diese erst bei der Umarbeitung des Entwurfs hinzugekommene Bestimmung ist das Monitum erledigt worden: ob der beim Ableben des Erblassers von der Wiedereinsetzungsfrist noch übrige Zeitraum vom Todestage an, oder von der Zeit der erlangten Wissenschaft des Todes laufe. Simon, Material., S. 521.

49) Auch die Stadtgemeinden in Ansehung ihres Kämmereivermögens. Th. II, Tit. 8, §. 157. Vergl. aber die folg. Anm.

50) Diese Personen haben die Rechte der Minderjährigen nur von da an, wo sie unter Vormundschaft gestellt worden sind; denn erst mit der Bevormundung tritt ihre juristische Unfähigkeit ein. Vorher kann ihr Zustand nur als ein faktisches Hinderniß (§§. 512, 516) in Betracht kommen, wenn es aus der Vergangenheit erweislich zu machen ist.

Die Anwendung des Grundsatzes §. 539 auf die Erben dieser Personen, namentlich der Taubstummen und besonders auf Stadtgemeinden (Anm. 49), ist schwierig; der Zeitpunkt muß analogisch mit der Wiederaufhebung der Vormundschaft nach der Herstellung des Kranken, oder bei Unheilbaren (Taubstummen) mit dem Todestage, angenommen werden. Auf Stadtgemeinden ist die Anwendung gar nicht möglich, und deshalb auch ausdrücklich ausgeschlossen. §. 633 d. T. Der §. 540 hat erst bei der Umarbeitung des gedr. Entw. in Folge der Frage einiger Monenten: ob nicht auch Taubstumme, Verschwender, Abwesende, Blinde, pia corpora mit den Minorennen gleiche Rechte hätten,

§. 541. Sobald für einen Abwesenden die Bestellung eines Kurators nöthig gefunden worden, kann nach dieser Zeit keine Verjährung durch Nichtgebrauch wider ihn anfangen [51]).

§. 542. Bloße Verschwender, wenn sie auch unter Vormundschaft gesetzt worden, können auf dieses Privilegium keinen Anspruch machen [52]).

§. 543. Gegen Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können [53]), fängt die Verjährung erst von der Zeit an, da sich eine solche Gelegenheit ereignet hat.

§. 544. Auch müssen, wenn solche Rechte durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen sollen, seit dem Anfange der Verjährung wenigstens noch zwei [54]) Gelegenheiten [55]), wo die Ausübung des Rechts hätte stattfinden können, vorgekommen sein.

---

den Zusatz: „ingleichen Taubstumme", erhalten. Suarez bemerkt nämlich: „In Ansehung der Taubstummen hat es kein Bedenken; den Uebrigen würde ich dieses Recht nicht beilegen. Auf Verschwender paßt ratio legis nicht, weil diese von ihren Rechten gar wohl haben informirt sein können. Abwesende, die es nicht rei publicae causa sind, werden nicht pro impeditis geachtet. — Für pia corpora ist durch längere Verjährungsfristen gesorgt." Darauf ist konklndirt: „Es geht auch auf Abwesende, sobald der Staat nöthig gefunden hat, ihnen einen Kurator zu bestellen." (Simon, Material., S. 523.) Darauf sind jener Zusatz im §. 540 und die §§. 541 und 542 hinzugefügt, obgleich die „gleichen Rechte" auf die vorhergehenden, nur auf Minderjährige passenden Sätze §§. 538 und 539, nicht wohl passen. Ein Monent fragte zu §. 540: „Sollen nicht die Erben eines Wahn- und Blödsinnigen gleiches Recht mit den Erben eines Minderjährigen genießen?" (Ebd. S. 521.) Darauf findet sich nichts bemerkt; man scheint die Frage mit dem §. 540, wodurch diesen Geisteskranken gleiche Rechte beigelegt sind, für beantwortet gehalten zu haben. Ich halte die §§. 538, 539 auf die Erben dieser Personen für unanwendbar, weil die Voraussetzung — Tag der Großjährigkeit — nicht eintreten kann.

51) S. die vor. Anm. 50. Hat der, welcher durch Verjährung einen Vortheil erwerben will, die Einleitung der Abwesenheitskuratel verhindert, so ist die Anwendung dieses §. ausgeschlossen. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 185.

52) S. die Anm. 50. Die Bestimmung ist inkonsequent; der bevormundete Verschwender ist so gut wie der bevormundete Minderjährige von der Verwaltung und Wahrnehmung seiner Rechte ausgeschlossen.

53) Die Vorschrift des §. 649 begründet bei der Verjährung durch Nichtgebrauch der im §. 543 bezeichneten Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, keine Ausnahme von der im §. 546 enthalteneu Fristbestimmung, und wird diese Verjährung in einem Zeitraume von 30 Jahren vollendet. Pr. des Obertr. 543, v. 13. Oktbr. 1838 (Präj.-Samml. I, S. 38). Wenn die Ausübung von der anderen Seite her untersagt wird, und seitdem bis zu dem Zeitpunkte, wo das entgegenstehende Recht geltend gemacht werden soll, die Verjährungszeit abgelaufen ist, so genügt dies zur Begründung des vom Untersagenden resp. Verweigernden behaupteten Rechtszustandes, und es ist nicht nöthig, daß noch zwei andere Fälle, wo das Untersagungsrecht ausgeübt worden wäre, hinzugetreten sein müßten. Pr. 1305, vom 15. Mai 1843 (Präj.-Samml. I, S. 44).

(5. A.) Das Apell.-Gericht zu Breslau sagte bei Beurtheilung der Klage eines Grundbesitzers gegen einen anderen Grundherrn auf Abwendung einer ihm aufgebürdeten Brückenbaulast: „Da auch der Klage die Klagenverjährung nicht, wie der erste Richter irrthümlich annimmt, entgegensteht, weil die Veranlassung zur Klage fortdauert, so lange dem Kläger die ihm nicht zukommende Last thatsächlich obliegt (§. 545), so ist die Klage an sich begründet." Darnach soll also die Klagenverjährung ausgeschlossen sein, weil die dem Kläger zur Ungebühr aufgebürdete Last, von der er sich eben durch die Klage freimachen will, noch fortdauert. Damit würde die Befreiungsklage unverjährbar sein. Das Obertr. erklärt denn dies auch für einen Verstoß gegen die Vorschriften der §§. 543—545 und sagt ganz richtig, daß, wenn die ungerechte Last, deren Beseitigung durch die anzustellende Klage herbeigeführt werden soll, durch den zur Verjährung erforderlichen Zeitraum fortgedauert hat, nun gerade jene Klage wirklich verjährt ist. Erk. vom 27. Januar 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 128).

54) Anfangs hatte man nur Eine verlangt. Das schien Suarez zu wenig und er hielt wenigstens drei für erforderlich. Simon, Mater. S. 522. Darauf ist aus „Eine" Zwei gemacht.

55) Zur Vollendung der Verjährung von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, durch Nichtgebrauch, ist nicht erforderlich, daß von den wenigstens noch zwei ferneren Gelegenheiten, welche seit der ersten (am Anfange der Verjährung) innerhalb der Präskriptionsfrist vorgekommen sein müssen, die letzte Gelegenheit am Ende dieser Frist liegt; vielmehr genügt es,

§. 545. Gegen andere Rechte fängt die Verjährung von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte[56]).

wenn sie nur innerhalb des Laufes dieser Frist vorgekommen ist. Pr. 2247, vom 3. Oktbr. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 113).

Ein Moment hatte erinnert: „Wenn nach Ablauf der Verjährungsfrist die letzte unbenutzte Gelegenheit sich ereignet hat, so wird die Verjährung erst nach diesem Zeitpunkte für vollendet zu erachten sein." (Simon, Mater. S. 522.) Dabei hat Suarez nichts zu erinnern gefunden, es ist auch sachgemäß.

56) L. 1, §. 1 C. de ann. exc. (VII, 40) „... sed ex quo ab initio competit (actio), et semel nata est..." L. 3 C. de praescr. XXX (VII, 39); L 30 C. de jure dot (V, 12). Dieser Grundsatz ist es und nichts anderes, was durch diesen §. ausgedrückt werden soll: an eine Abweichung davon ist nicht gedacht worden. Der Ausdruck ist ebenso unbestimmt, wie der des R. R., und daher fehlt es denn auch nicht an Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten, nicht weniger zahlreich, nur weniger juristisch, als unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern. Zu den Zweifelsfällen gehört denn auch das auf Kündigung ausgethane unzinsbare Darlehn, in Beziehung auf welches man in Meinungsstreit ist: ob actio nata, mithin anfange zu verjähren von Zeit der Hingabe in der ordentlichen Verjährungsfrist, oder erst in dieser Zeit mit Hinzurechnung der Kündigungsfrist, oder gar nicht vor der Kündigung, weil diese eine res meae facultatis (aus einem anderen Grunde ist auch v. Savigny dieser Meinung, System Bd. V, S. 295 ff.) oder auch Bedingung sei. Die verschiedenen Meinungen Anderer bleiben hier auf sich beruhen. Meine Meinung ist, daß die Verjährung von dem Tage anfange, wo die Kündigung zuerst statthaft war, weil die Kündigung bei dieser Klasse von Darlehen keine andere Bedeutung als die Mahnung hat und die Frist eine gesetzliche Anschaffungs- oder Zahlungsfrist (das legitimum tempus) ist, die Klage aber zu jeder Zeit, ohne daß vorher die Kündigung abgelaufen, stattfindet. (Pr.-O. Tit. 28, §. 18.) Die Praxis des Obertr. hat sich für die zweite, auch von Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, §. 260 und vor ihm von Kind, quaest. forens. Tom. II, cap. 66, vertretene Meinung entschieden, nach welcher die Verjährung anfängt mit dem Tage des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. Durch Plenarbeschl. vom 8. Jan. 1838 ist nämlich der Satz angenommen: „Eine Schuldforderung, die auf Kündigung lautet, ist nicht erst von dem Tage an, wo die Kündigung wirklich erfolgt ist, der Verjährung unterworfen; es kommt vielmehr auf den Tag an, wo zuerst die Kündigung möglich war, und mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist, von diesem Tage an berechnet, läuft die Verjährung der Forderung durch Nichtgebrauch." (Entsch. Bd. III, S. 165.) (5. A.) Nach dem Pl.-Beschl. vom 2. Dez. 1867 findet der Rechtssatz auch auf die der kürzeren Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 unterworfenen Forderungen, soferu sie auf Kündigung lauten, Anwendung (J.M.Bl. 1868, S. 11 und Entsch. Bd. LIX, S. 1.) — Dieser Satz, sagt das Obertr., gilt auch für Darlehnsforderungen, in Ansehung welcher über die Zeit der Rückzahlung nichts verabredet worden ist, dahin, daß hier die Verjährung vom Tage der Kontrahirung des Darlehns, unter Hinzurechnung der gesetzlichen resp. dreimonatlichen oder vierwöchentlichen Kündigungsfrist, zu laufen anfängt. Pr. des Obertr. 681, vom 29. Mai 1839. Der Grund ist, weil vor Ablauf der Kündigung nicht geklagt werden könne. Dies ist, wie gesagt, nach Preuß. Rechte unrichtig. Die Verf. des L.R. scheinen aber, wenigstens zum Theil, ganz anderer Meinung gewesen zu sein. Der erste Entwurf von Kircheisen enthielt die Bestimmung, daß die Verjährung vom Tage des geschlossenen Vertrages (Ausstellung des Instruments) laufen solle; wenn aber die Befugniß der Einforderung dem Gläubiger ausdrücklich nach einer vorgängigen Kündigung anheimgestellt sei, die Verjährung nach geschehener (nicht erst nach abgelaufener) Kündigung ihren Anfang nehme. (§§. 912—914 in Simon, Material. S. 442.) Die Kündigung wurde darnach als eine res meae facultatis angesehen. Hiervon findet sich in den späteren Entwürfen weiter keine Andeutung. Uebrigens versteht sich, daß von verzinslichen Schulden der in Rede stehende Satz nicht gilt, wenn und so lange die Zinsen gezahlt werden (§. 570 d. T.), und bei eingetragenen hat er gleichfalls geringe praktische Bedeutung (Tit. 20, §. 534). (3. A.) In Beziehung auf dergleichen, behufs der Zinsnutzung ausgethanen Hypothekenkapitalien ist der von dem Obertr. angenommene Satz entschieden unrichtig, vielmehr ist nach der Rechtsgeschichte die dritte der vorhin bezeichneten Meinungen, die, wie gesagt, auch unter den Verfassern des A. L.R. Vertretung gefunden hat, die allein richtige. Das dem R. R. unbekannte Institut der Loskündigung bei Geldleihen ist nämlich deutsch-rechtlicher Herstammung; es hat sich bei dem wiederkäuflichen Erbzinse (Gültenkauf) entwickelt und ist auf das später an dessen Stelle getretene Hypothekenanlehn auf Zinsen (Zinskontrakt, Pfandbestellung) übergegangen. Denn die bei dem Renten- oder Erbzinskontrakte ursprünglich nur dem Schuldner zustehende Befugniß zur Löse ging allmählich auch auf den Gläubiger über, indem die Reichsgesetzgebung der Praxis darin nachfolgte, daß sie die Hinzufügung des Vertrags gestattete, daß im Falle des Verzugs des Schuldners in der Rentenzahlung auch dem Gläubiger die Loskündigung freistehen solle (Deput.-Absch. 1600, §. 35), woraus später die Praxis ein Naturale dieses Rechtsgeschäfts machte. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, Bd. X, S. 2119. Daß bei der neueren Pfandsatzung dem Gläubiger wie dem Schuldner die Loskündigung kontraktmäßig könne ein-

§. 546. Die einmal angefangene Verjährung durch Nichtgebrauch wird, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich eine andere Frist bestimmen, in einem Zeitraume von dreißig[57]) Jahren vollendet. (§. 629 sqq.) Zeitraum.

§. 547. Sie endet sich allemal mit dem Ablaufe des letzten Tages des bestimmten Zeitraums.

§. 548. Durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert.

§. 549. Ist die Verjährung in einem Schaltjahre mit dem Neun und zwanzigsten Februar angefangen, so läuft sie mit dem letzten Februar desjenigen Jahres ab, welches die Verjährungsfrist beschließt[58]).

---

geräumt werden, ja, selbstverständlich zustehe, lehrten die Rechtsgelehrten auf Grund des R. R. ganz allgemein. Hieraus erhellet, daß die Loskündigung bei dem dinglichen Zinskontrakte, aber auch nur bei dem dauernden, d. h. auf unbestimmte Zeit eingegangenen, einem Grundstücke aufgelegten Zinskontrakte in der That das ist, was das A. L.R. §. 505 d. T. eine res merae facultatis nennt, und daß die Jurisprudenz des Obertr. zu flach geschöpft hat. Denn wenn das A. L.R. auch allerdings dieses Institut der Loskündigung mit dem simpeln, wenn noch so unbedeutenden und bei Gelegenheit des täglichen gemeinen Verkehrs entstandenen Darlehn ganz allgemein in Verbindung gebracht hat, so ist dadurch doch nicht der Charakter der Loskündigung verändert. Es könnte sich nur um eine Unterscheidung zwischen den dinglichen Zinskontrakten und den einfachen Darlehen handeln. Denn es ist von selbst in die Augen fallend, daß zwischen der gelegentlichen Vorstreckung einer kleinen Geldsumme zur augenblicklichen Bezahlung eines Lebensbedürfnisses oder Genusses, und der Kontrahirung eines auf Zinsengenuß berechneten Hypothekendarlehns wenig oder keine Aehnlichkeit ist. — Vergl. oben, Anm. 9[a], Abs. 2 zu §. 510.

(4. A.) Das mit dem Rechte der Oberaufsicht über die Verwaltung eines Stiftsvermögens nach der Stiftungsurkunde verbundene Recht, die Verwaltung dem bisherigen Verwalter abzunehmen und einem Anderen zu übertragen, geht durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren. Erk. des Obertr. vom 26. Okt. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 252). Vergl. oben §. 506.

Auch in Ansehung der bedingten Forderungen ist Meinungsverschiedenheit über den Anfang der Verjährung in dem Falle, wenn der Eintritt der Bedingung in der Willkür des Berechtigten steht. In diesem Falle soll, nach einer Meinung, die gemeinrechtliche Regel, nach welcher die Verjährung sofort anfange, gelten, indem die Erfüllung der Verbindlichkeit sofort gefordert werden könne, wie es unser §. 545 zur Bedingung des Anfangs der Verjährung macht. (Bornemann, II, S. 119.) Die Gründe sind jedoch nicht anzuerkennen. Das G. R. hat die entgegengesetzte Regel; nach L. 7, §. 4 C. de praescr. XXX (VII, 39) soll die Verjährung erst nach erfüllter Bedingung anfangen, ohne Unterschied, wenn nur die Bedingung ächt ist. S. auch v. Savigny, System, Bd. V, S. 282. Aus unserem §. 545 ist für diese Meinung kein Grund zu entnehmen; denn der Tag, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann, ist bei einer bedingten Verbindlichkeit noch nicht gekommen, wenn auch die Bedingung willkürlich ist; vielmehr ist in diesem Falle der Berechtigte nur in der Lage, das Rechtsverhältniß selbst dergestalt erst zu vervollständigen, daß er daraus Erfüllung fordern kann. Das A. L.R. enthält keinen Grundsatz, welcher eine andere Regel als die der L. 7, §. 4 l. c. zur Folge haben müßte.

(5. A.) Gegen Erben ist der Anfang der Verjährung durch Nichtgebrauch von dem Tage des Anfalls der Erbschaft ohne Rücksicht auf die Deliberationsfrist zu rechnen. Erk. des Obertr. vom 7. Sept. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 282).

57) Auch gegen Stadtgemeinden. (Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 170.) Nach Gemeinem Rechte verjähren Klagen der Städte gleichfalls in 30 Jahren. Pr. des Obertr. 186, vom 10. März 1837 (Entsch. II, 152).

Die Klage über die Störung im Besitze einer Sache, oder eines Rechtes, sollte nach dem Ausspruche des Obertr. vom 25. April 1845 keiner anderen als der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sein. (Entsch. Bd. XI, S. 213.) Dadurch war der Meinungsstreit keineswegs geschlichtet, zumal der Ausspruch mit dem „neuerlich" der Pr.-O. Tit. 31, §. 1 in geraden Widerspruch trat. In Folge dessen ist es zu dem Pl.-Beschl. vom 15. (im gedr. Präj.-Buche, S. 252 heißt es: 29.) März 1847 (Pr. 1851) gekommen: „Die Klage in possessorio summariissimo ist nur wegen solcher Besitzstörungen und Entsetzungen zulässig, welche innerhalb einer der Bezeichnung „neuerlich" entsprechenden, in jedem einzelnen Falle nach den Umständen zu bestimmenden Zeitfrist, von Anstellung der Klage zurückgerechnet, vorgefallen sind." (Entsch. Bd. XIV, S. 159.) Nun hängt die Ausschließung dieser Klage durch Verjährung von der subjektiven Meinung jedes Richters ab. Da die Besitzklagen Klagen aus einem Quasidelikte sind; so sollte, nach den Grundsätzen des A. L.R., die dreijährige Verjährung aus §. 54, Tit. 6 auf dieselben Anwendung finden.

58) Der §§. 549 u. 550 ist aus Bynkershoeck, Observat. IV, c. 8, welchem nachher alle Anderen gefolgt sind in der Erklärung der L. 2 D. de diversis temporalibus (XLIV, 3).

§. 550. Ist die Verjährungsfrist auf Monate eingeschränkt, so werden so vielmal dreißig Tage, als Monate sind, gerechnet[59]).

7. Gesetz vom 31. März 1838, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen. (G.S. S. 249)[60]).

Wir ꝛc. verordnen, in Erwägung, daß bei Forderungen, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtiget zu werden pflegen, aus der langen Dauer der für die Verjährung durch Nichtgebrauch in Unserem A.L.R. Th. I, Tit. 9, §§. 546 u. 629 vorgeschriebenen Fristen eine Unsicherheit des Rechts entsteht, und zur Beseitigung einiger, die Verjährung im Allgemeinen betreffenden Zweifel, für alle Provinzen Unserer Monarchie, in welchen das A.L.R. Kraft hat, auf den Antrag Unsers Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unsers Staatsraths, wie folgt;

§. 1. Mit dem Ablaufe von zwei Jahren verjähren die Forderungen[60a]):

1. der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker[60b]) für Waaren[60c]) und Arbeiten[60d]), ingleichen der Apotheker für gelieferte Arzneimittel.

---

59) S. o. die Anm. 41 zu §. 45, Tit. 3.

60) Der Zweck dieses Gesetzes ist der, die Unsicherheit des Rechts zu verhüten, welche durch das Hinschleppen von Schuldverhältnissen herbeigeführt wird. R. vom 9. Mai 1840 (J.M.Bl. S. 173). Vergl. Entsch. Bd. XIV, S. 211. Gleichwohl ist die Wirkung dieser kurzen Verjährung keine andere, als die der 30jährigen nach §§. 568 und 569 d. T. Man hat zwar beabsichtigt, eine Bestimmung aufzunehmen, der zufolge mit Aufhebung dieser §§. der Verlust des Rechts als Folge der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgesprochen werden sollte; es ist indeß hiervon im Laufe der Berathungen Abstand genommen (R. vom 23. Febr. 1841, J.M.Bl. S. 109), doch bloß deswegen, weil diese §§. zugleich die Wirkung der Verjährung angeben, worüber nicht ohne eine erschöpfende Erwägung aller Beziehungen dieses Rechtsinstitutes entschieden werden kann; über die gänzliche Verwerflichkeit jener Bestimmungen zeigte sich keine Meinungsverschiedenheit. v. Savigny, System, Bd. V, S. 351. — (4 A.) Die Anwendbarkeit der §§. 568, 569 auf die durch dieses Gesetz eingeführten kurzen Verjährungen ist auch von der Gerichtspraxis ausdrücklich anerkannt. Erk. des Obertr. v. 21. Nov. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 188).

Diese Verjährungen fangen auch gegen Minderjährige an. Pr. 1802 o. in der Anm. 39 zu §. 535. (4. A.) Bei Anwendung derselben macht es auch keinen Unterschied, ob die Forderung gegen den eigentlichen Kontrahenten, oder einen anderen an dessen Stelle tretenden Verpflichteten geltend gemacht wird. Erk. des Obertr. v. 30. Okt. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 60.) Namentlich findet die kurze Verjährung der Forderungen der Gast- und Speisewirthe für Wohnung und Beköstigung (§. 1, Nr. 7) eines in väterlicher Gewalt stehenden Sohnes statt, wenn der Vater deshalb auf Grund der §§. 126 ff., II, 2 in Anspruch genommen wird. Erk. dess. v. 15. Dez. 1860 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 303).

Wegen der Restitution gegen den Ablauf dieser kurzen Verjährungen s. o. Anm. 37 zu §. 531 d. T.

Dem wahren Bedürfnisse und dem wohl verstandenen Interesse der Gläubiger sind die kurzen Verjährungen der Schuldverhältnisse aus dem täglichen Verkehre durchaus angemessen, weshalb um so weniger die sonstigen Hindernisse sich mit denselben vertragen. M. vergl. Code civil, Art. 2271 ff. S. auch o. Anm. 44 zu §. 33 der Einl., S. 55.

60a) (4. A.) Auf den Ausdruck, daß die Forderungen verjährt sein sollen, legt das Obertribunal in einem Erk. v. 15. Dez. 1860 (Arch f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 304) ein ganz besonderes Gewicht, indem es daraus entnimmt, daß die Forderung selbst als erloschen betrachtet werden solle, woraus gefolgert wird, daß der Anspruch auch nicht gegen einen Dritten, der z. B. die Beköstigung von dem Speisewirthe nicht selbst erhalten habe (Nr. 7), namentlich gegen den Vater des verpflegten Sohnes, nach Ablauf der Frist geltend gemacht werden kann. Diese Wortauslegung hätte nur dann juristischen Werth, wenn im preußischen Rechte ein Unterschied zwischen der Klagverjährung und der Verjährung des Forderungsrechts selbst gemacht würde. Dies ist nicht der Fall. Die Verjährung durch Nichtgebrauch hat immer das Recht selbst zum Gegenstande (§§. 501, 502, 508) und dieses Gesetz v. 31. März 1838 bestimmt in dieser Beziehung nichts Besonderes oder Neues. Der Anspruch selbst ist auch nach den allgemeinen Grundsätzen des A.L.R. erloschen, weil der Vater nicht ein Dritter, sondern der wahre Alleinschuldner ist.

60b) (3. A.) Die Ansprüche eines Bauunternehmers aus einem Bau-Entrepriſe-Kontrakte sind der kurzen Verjährung aus dieser Bestimmung nicht unterworfen. Erk. des Obertr. vom 26. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 97).

(4. A.) Auch die Forderungen eines Buchdruckereibesitzers unterliegen der kurzen Verjährung nach §. 1, Nr. 1. — Ein Schriftsteller ist als Gewerbtreibender nicht anzusehen, und zwar auch dann nicht, wenn er ein von ihm verfaßtes Buch im Selbstverlage hat. Erk. des Obertr. vom 22. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 359).

60c) (5. A.) Die Forderung eines Maurerpolierers für geleistete Maurerarbeiten und gelieferte

Ausgenommen hiervon sind solche Forderungen, welche in Bezug auf den Gewerbsbetrieb des Empfängers der Waare oder Arbeit entstanden sind[61]).

---

Baumaterialien und Fuhren war von den Instanzrichtern auf Grund des Einwandes der kurzen Verjährung aus dieser Vorschrift abgewiesen worden. Das Obertr. vernichtete das Appell.-Erkenntniß und sprach dem Kläger den Theil der Forderung, welcher für die gelieferten Baumaterialien und Fuhren entstanden, zu. Denn „diese Anschaffungen fallen weder unter den Begriff der Arbeiten, noch der Waaren; die diesfälligen Auslagen des Klägers unterliegen daher der Verjährung aus diesem Gesetze so wenig wie nach dem Erk. vom 26. Juni 1856 (Note 60[b]) sogar Arbeiten anderer Bauarbeiter, wenn der Kläger deren Berichtigung übernommen und demnächst die Erstattung gefordert hätte, ihr unterliegen würden." Erk. dess. v. 21. April 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 31). — Dagegen ist die Auffassung des Obertr. von der Forderung eines Zimmermanns für die Lieferung des fertigen Bauholzes zu einem Wohnhause und der Aufrichtung desselben an Ort und Stelle eine andere: diese Forderung soll der zweijährigen Verjährung des §. 1 unterworfen sein. Denn „auf dies Sachverhältniß ist mit Recht der für Forderungen der Handwerker für Waaren und Arbeiten eine zweijährige Verjährung bestimmende §. 1 in Anwendung gebracht." Erk. vom 30. Januar 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 65). Warum? Ja, warum! Es bleibt ungesagt, warum die Anschaffungen von Baumaterialien (Ziegeln, Kalk, Sand) und Fuhren jenes Maurers weder unter den Begriff der Arbeiten noch der Waaren, die Anschaffungen dieses Zimmermanns an Holz und Fuhren aber allerdings unter diesen Begriff fallen sollen.

60[d]) (4. A.) Nur die objektive Qualität der Forderungen und die Person der Gläubiger, ohne Unterschied zwischen den möglicher Weise verschiedenen kumulativ bestehenden Fundamenten, kommt in Betracht. S. unten, Anm. 63. Erk. des Obertr. v. 20. Sept. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 257).

61) Das ist kein Prinzip, sondern eine Zufälligkeit. Ob hiernach in einem gegebenen Falle die gewöhnliche oder die kurze Verjährung Anwendung finde, hängt von der Bestellung oder vielmehr von der Angabe des Bestellers über den Zweck der Verwendung ab. Fehlt eine Angabe, dann soll vom Richter nach Beschaffenheit des Gewerbes und der Qualität und Quantität der gelieferten Waaren oder Arbeiten geprüft werden: ob der eine oder der andere Fall eintrete. So meint das Obertr. in der Entsch. vom 28. Januar 1848 (Rechtsf. Bd. III, S. 321). Das spätere Pr. 2078, vom 8. Nov. 1848, sagt in dieser Beziehung: „Die Ausschließung der kurzen Verjährung von zwei Jahren bei solchen Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, „welche in Bezug auf den Gewerbebetrieb des Empfängers der Waare oder Arbeit entstanden sind," wird nicht bedingt dadurch: 1) daß die Lieferung der Waare oder Arbeit für ein noch nicht förmlich eröffnetes, sondern noch erst in der Einrichtung begriffenes Gewerbe geschah, oder: 2) die Waare oder Arbeit nicht dazu bestimmt war, vom Empfänger weiter verarbeitet oder verwerthet zu werden, sie ihm vielmehr nur sonst zum Zwecke seines Geschäftes dienen sollte." Es genügt, daß dieselben zum Zwecke des Geschäfts gekauft resp. gedungen worden sind. Erk. vom 13. Januar 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IV, S. 254). Im Falle der Besteller eine Quantität Waaren ausdrücklich theils zu seinem eigenen Konsumo, theils zu seinem Gewerbe verlangt, wird die kurze Verjährung doch wohl für das Ganze ausgeschlossen sein müssen. (3. A.) Sonderbar zeigt sich die prinziplose Generalisirung in der Anwendung auf den Viehhandel. Das Obertr. hat in einer Entsch. v. 5. Sept. 1854 (Entsch. Bd. XXXI, S. 100) Pferdehändler zu den Kaufleuten, Pferde zu den Waaren gerechnet und die kurze Verjährung der Waarenschulden nicht bloß auf reine Preisgeschäfte (worunter es Käufe versteht), sondern auch auf Forderungen aus einem Waarentausche (in casu Pferdetausch) angewendet. Gegen die letztgedachte Anwendung läßt sich nichts einwenden; denn auch die Forderung aus einem Tausche ist eine „Forderung". Aber die Anwendung auf ein Roßtäuschergeschäft ohne alle Unterscheidung ist bedenklich. Die Geschichtserzählung ergiebt nicht, wer derjenige gewesen, welcher die zwei Pferde von dem Pferdehändler ertauscht hatte, und doch kommt es darauf wegen der Ausnahme, welche das Gesetz hier in Beziehung auf den Gewerbebetrieb macht, wesentlich an. Wäre der Ertauscher z. B. ein Bauer (denn auch der Ackerbau ist ein Gewerbe; doch ist das Obertr. nach seinen Erkenntnissen v. 16. Sept. 1852 und 6. Dez. 1853, Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 248; Bd. XI, S. 92, anderer Meinung, es nimmt aber an, daß es von der Verpflichtung zur Zahlung von Gewerbesteuer nicht abhange, ob Jemand im Sinne des §. 1, Nr. 1 zu den Gewerbetreibenden gehöre) oder gar ein Lohnfuhrmann gewesen, so würde die Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall eine irrige sein. Will man das Gesetz auf die Roßtäuschergeschäfte anwenden, so muß sich die Anwendung auf bloße Luxuspferde beschränken; denn jedes Arbeitspferd dient einem Gewerbe. Hiernach würde denn wohl die Anwendung des Gesetzes auf Ochsen, Esel und Schafe, sowie auf Kühe in der Regel unzulässig sein. — (5. A.) Daß der Betrieb der Landwirthschaft weder überhaupt, noch im Sinne des §. 1 dieses Gesetzes für den Betrieb eines Gewerbes zu erachten, hat das Obertr. wiederholt ausgesprochen. Der Hauptbeweis wird aus den §§. 93—95, Tit. 11, Th. II entnommen. Erk. vom 23. Mai 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 262). Diese Auffassung des Begriffs von Gewerbe stimmt weder mit dem gemeinen, noch mit dem technischen Sprachgebrauche der Kameralwissenschaften, noch mit dem Sinne

2. der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker wegen der an ihre Arbeiter gegebenen Vorschüsse;
3. der öffentlichen und Privat-Schul- und Erziehungs-, sowie der Pensions- und Verpflegungs-Anstalten aller Art[61a]) für Unterhalt, Unterricht und Erziehung[61b]):
4. der öffentlichen und Privatlehrer hinsichtlich der Honorare, mit Ausnahme derjenigen, welche bei den Universitäten und andern öffentlichen Lehranstalten reglementsmäßig gestundet werden;
5. der Fabrikarbeiter[61c]), Handwerksgesellen, Tagelöhner und anderer gemeiner Handarbeiter[62]) wegen rückständigen Lohnes[63]);
6. der Fuhrleute und Schiffer hinsichtlich des Fuhrlohns und Frachtgeldes, sowie ihrer Auslagen[64]);
7. der Gast- und Speisewirthe für Wohnung und Beköstigung.

---

der Gesetze überein. Die all. §§. 93—95 haben es mit einer Definition gar nicht zu thun. — Hingegen sagt dasselbe: Die mit der Landwirthschaft betriebene Brennerei ist ein Gewerbe im Sinne des §. 1, Nr. 1. Die zu demselben gelieferten Arbeiten unterliegen daher nicht der kurzen Verjährung. Erk. v. 24. Sept. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. L, S. 286). — Der §. 1, Nr. 1, Abs. 2 giebt übrigens nicht an, in welchen Fällen ein Bezug der Forderungen auf den Gewerbebetrieb des Empfängers angenommen werden soll, er überläßt die Entscheidung dieser thatsächlichen Frage dem Ermessen des Richters, dessen Feststellung darüber einer Anfechtung durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht unterliegt. Erk. des Obertr. vom 31. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 280).

(4. A.) Diese Vorschriften sind durch das H.G.B., soweit nicht Bestimmungen desselben entgegen stehen, nicht außer Kraft getreten. Einf.-G. v. 24. Juni 1861, Art. 61.

61a) (4. A.) Auf die Forderungen der Krankenhäuser, bei welchen die Heilung der Hauptzweck und der körperliche Unterhalt nur etwas Sekundäres ist, kann dieses Gesetz nicht ausgedehnt werden. Erk. des Obertr. v. 11. Juli 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 363), und vom 27. März 1863 (Entsch. Bd. L, S. 109).

(5. A.) Auch auf die Ansprüche der Armenverbände wegen Erstattung der Verpflegungskosten für Verarmte, den unterstützungspflichtigen Verwandten gegenüber, findet diese Bestimmung keine Anwendung. Erk. dess. vom 29. Januar 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 76).

61b) (4. A.) Diese Vorschrift wird auf die Forderungen des Marien-Gymnasiums zu Posen für Unterhalt, Unterricht und Erziehung, nach den Statuten desselben, nicht für anwendbar gehalten. Erk. des Obertr. v. 21. Januar 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 72).

61c) (5. A.) Ein Schiffsbaumeister, welcher von einem Maschinenfabrikbesitzer als Werkmeister für den Bau von Schiffen engagirt und nicht selbstständiger Schiffsbaumeister dem Werke gegenüber ist, sondern als solcher in der Fabrik beschäftigt wird und zwar gegen einen bestimmten Wochenlohn, der zeit- und theilweise in einer Akkordsumme sich darstellt, ist Fabrikmeister, folglich als Fabrikarbeiter im Sinne des §. 1, Nr. 5 anzusehen, dessen Lohnforderung der 2jährigen Verjährung unterliegt. Darin macht es keinen Unterschied, daß derselbe die Arbeiter zu gestellen, und ihnen den von dem Fabrikherrn vorzuschießenden Lohn auszuzahlen hatte. Erk. dess. vom 23. Mai 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 197).

62) Es kommt auf die subjektive Stellung der Personen dieser Arbeiterklassen an; nicht auf die Beschaffenheit ihrer Leistung allein, oder auf das Produkt ihrer Werkthätigkeit; die Voraussetzung ist eine Bedingung in dem untergeordneten Verhältnisse, welches die Bezeichnung dieser Arbeiterklassen andeutet. Vergl. Erk. des Obertr. vom 23. August 1847 (Rechtsf. Bd. II, S. 180).

(4. A.) Handelt es sich um eine Lohnforderung aus einem Kontrakte über Handlungen, in welchem eine Vergütung zwar überhaupt, aber nicht hinlänglich bestimmt, resp. so, daß die Zeit der Feststellung des Versprechens in die Willkür des Verpflichteten gestellt geblieben war, und gehören die Leistenden nicht zu den Tagelöhnern oder gemeinen Handwerkern, z. B. wenn Eheleute in dem Hause ihres Vaters und Schwiegervaters gegen dessen Versprechen, sie zu entschädigen, durch viele Jahre als Knecht und Magd gearbeitet haben; so findet die kurze Verjährung aus diesem Gesetze auf den Entschädigungsanspruch keine Anwendung. Erk. des Obertr. v. 8. Dezbr. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 202).

63) Eine Lohnforderung wird der kürzeren Verjährung von 2 Jahren nicht schon dadurch entzogen, daß sie auf eine Bereicherung des Beklagten durch die geleisteten Dienste gegründet wird. Pr. des Obertr. 1559, v. 4. April 1845.

64) Hierbei wird lediglich auf die Beschaffenheit der Forderung (Lohn für gemiethetes Fuhrwerk) gesehen, nicht auf die Person des Gläubigers, namentlich darauf: ob er Eigenthümer oder nur Miether der Transportmittel sei; ob er den Transport als Gewerbe treibe oder nur in einem einzelnen Falle den Transport von Personen oder beweglichen Gegenständen für Lohn übernommen habe. Pr. des Obertr. vom 3. Mai 1845 (Gräff, Arch. Bd. I, Hft. 3, S. 83).

§. 2. Mit dem Ablaufe von vier Jahren verjähren die Forderungen:

1. der Kirchen, der Geistlichen und anderer Kirchenbeamten wegen der Gebühren für kirchliche Handlungen;
2. der Kommissarien öffentlicher Behörden, der Justizkommissarien und gerichtlichen Anwalte, der Notare, der Medizinalpersonen mit Ausnahme der Apotheker, der Feldmesser und Kondukteure, der Auktionskommissarien, der Mäkler und überhaupt aller derjenigen Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, oder sonst aus der Uebernehmung einzelner Arten von Aufträgen ein Gewerbe machen[64a], sowie der Zeugen und Sachverständigen, wegen ihrer Gebühren und Auslagen;
3. der Haus- und Wirthschaftsoffizianten[64b], der Handlungsgehülfen[64c] und des Gesindes an Gehalt, Lohn und andern Emolumenten[64d];

---

64a) (4. A.) Namentlich auch der nichtkaufmännischen Mäkler wegen ihres Lohnes für Vermittelung von Lieferungsgeschäften, insofern der Vermittler aus der Uebernahme von solchen Aufträgen gegen Entgelt ein Geschäft gemacht hat. Erk. dess. v. 14. Febr. 1856 (Arch. f. R. Bd. XX, S. 163). (5. A.) Auf kaufmännische Kommissionäre und auf die von einem solchen zu beziehende Provision und gemachte Auslagen findet die hier vorgeschriebene vierjährige Verjährung nicht Anwendung. Erk. des Obertr. vom 17. Januar 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 244), wodurch duas conformes reformirt wurden. Die Gründe sind überzeugend; der Kommissionär soll durch die Provision für seine Haftung aus dem Geschäfte prämiirt werden, nicht bloß für Mühwaltung belohnt.

64b) (4. A.) Der Dienstlohn der Hausoffizianten unterliegt zwar, gleich dem des gemeinen Gesindes (Anm. 64d), auch dann, wenn er nicht auf einen bestimmten Betrag verabredet ist, der vierjährigen Verjährung. Allein eine Frauensperson, welche in dem Rechtsverhältnisse einer Vorsteherin des Haushaltes und der Wirthschaft eines Gutsbesitzers steht, ist nicht nach den Vorschriften über Hausoffizianten, sondern nach denen von Verträgen über Handlungen zu beurtheilen. Der Lohn einer solchen Vorsteherin unterliegt daher nicht der vierjährigen Verjährung. Erk. des Obertr. v. 3. Febr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 316). Vergl. unten die Anm. zu §. 187, Tit. 5, Th. II.

64c) (5. A.) Unter dem Ausdruck „Handlungsgehülfen" hat das Gesetz das gesammte Handelspersonal, also auch den Faktor, sofern er als ein Gehülfe in der Handlung angenommen ist, somit auch die Gehülfen im Apotheker-Geschäfte sammt dem Provisor, wenngleich dieser nach §. 467, II, 8 als Handelsfaktor anzusehen ist, befassen wollen. Erk. dess. vom 12. Oktober 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 95).

64d) (3. A.) Diese Ansprüche des Gesindes auf Belohnung der geleisteten Dienste verjähren binnen vier Jahren auch dann, wenn der Betrag des zu zahlenden Lohnes nicht vorher verabredet worden ist, vielmehr nach Vorschrift des §§. 33 der Ges.-O. v. 8. November 1810 festgestellt werden muß. Pr. des Obertr. v. 23. April 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 266) und Erk. dess. v. 14. November 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 64). Vergl. das Pr. 1559, oben in der Anm. 63. Mit welchem Tage in dem zweiten Falle die Verjährung beginne, ist die Frage. Nach §. 5, Nr. 3 dieses Gesetzes fängt dieselbe, wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt ist, mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, an; und das Obertr. äußert a. a. O.: es lasse sich nicht bezweifeln, daß auch in einem solchen Falle dem Dienstboten mindestens am Ende eines jeden Dienstjahres ein verfolgbarer Anspruch auf Vergütigung der geleisteten Dienste an die Herrschaft zustehe. Indeß ist dabei nicht erwogen, daß die desfallsige Forderung erst mit dem vollständigen Ablaufe des Jahres verdient, muthin, wenn z. B. das Dienstjahr mit dem Kalenderjahr zusammentrifft, erst mit dem Anfange des 1. Januar fällig ist. Vor dem 1. Januar ist actio nondum nata. Das Gleiche gilt von allen im §. 1 und 2 bezeichneten fortlaufenden Forderungen, welche vertragsmäßig in gewissen Terminen, z. B. vierteljährlich, d. h. nach Ablauf des Vierteljahres, oder auch jährlich, d. h. nach Ablauf des Jahres, bezahlt werden sollen. Die Verjährung müßte hier also erst mit dem letzten Dezember des neuen Jahres als demjenigen letzten Dezember, welcher auf den festgesetzten Zahltag (den 1. Januar) folgt, anfangen. Anders lautet die Bestimmung über die Verjährung der Zinsen von Staatsschulden. Bei diesen Zinsen soll, nach §. XVII der V. v. 17. Januar 1820, von der Verfallzeit an gerechnet werden, also nicht erst vom Zahltage, d. i. der erste Tag nach der Verfallzeit. Man nimmt daher seitens der Staatsschulden-Verwaltung an, daß die Zinsen, welche z. B. mit Ende des 31. März 1857 fällig aber erst den 1. April 1857 gezahlt werden, nicht erst mit dem 1. April, sondern schon mit dem 31. März 1861 verjähren; denn sie erklärt in dem vorgeschriebenen Vermerke, auf dem betreffenden Coupon (K.O. v. 18. Septbr. 1822, G.S. S. 213) diesen Coupon schon mit dem 31. März 1861 inkl. für ungültig. Darnach ist die Verjährungsfrist, nach allgemeinen Grundsätzen, um einen Tag zu kurz berechnet, da der 1. April, vor dessen Beginne die Zinsen nicht gefordert werden können, nicht mitgezählt werden kann, weil er so lange er dauert noch kein vollendeter Tag ist. In unserem Fragefalle aber, also in dem Falle, wo der Zahltag des

4. der Lehrherren hinſichtlich des Lehrgeldes;

5. wegen der Rückſtände an vorbedungenen[65]) Zinſen[66]), an Miethe- und Pachtgeldern[66*]), Penſionen, Beſoldungen[66a]), Alimenten[67]), Renten und allen andern zu beſtimmten Zeiten wie-

---

Lohnes nicht durch Verabredung feſtgeſetzt worden iſt, muß nach dem Wortlaute des §. 5, Nr. 3 angenommen werden, daß die Verjährung mit dem letzten Dezember des mit dieſem Tage ablaufenden Dienſtjahres anfange; denn es iſt gewiß, daß in dieſem Jahre die Forderung entſtanden iſt.

(4. A.) Die Anwendung des §. 2, Nr. 3 wird dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß die Emolumente eines Wirthſchaftsbeamten erſt durch eine von dem Prinzipal zu legende Rechnung dem Betrage nach feſtgeſtellt werden können. Erk. des Obertr. v. 17. Juni 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 181). In einem ſolchen Falle kann die Dienſtklage mit dem Antrage auf Zahlung ſofort gebraucht werden, ohne daß zuvor auf Rechnungslegung geklagt werden müßte. Nur muß der Antrag dahin gehen, daß der Beklagte zur Zahlung der zu bezeichnenden Emolumente nach einer zu legenden Rechnung verurtheilt werde. Die Exekution geht dann zunächſt ohne Weiteres auf Rechnungslegung, an welche ſich, wenn nöthig, der Rechnungsprozeß anſchließt.

(5. A.) Nach der Meinung des Obertr. unterliegt auch der Anſpruch eines Antheil-Schäfers an den Gutsherrn auf Gewährung einer unter der Herrſchaft der Geſetze vom 3. Februar 1800 §. 2 ff. (Rabe, Bd. VI, S. 14), vom 1. Juni 1820 §. 3 (G.S. S. 109) und vom 13. Mai 1822 (G.S. S. 147) ihm zugeſicherten Quote der Heerde und der Nutzungen davon, der kurzen vierjährigen Verjährung. Erk. vom 4. April 1864 (Entſch. Bd. LI. S. 84). Die beiden Inſtanzgerichte hatten übereinſtimmend das Gegentheil erkannt, weil das Rechtsverhältniß nicht eine Dienſtmiethe, ſondern eine Erwerbsgeſellſchaft ſei. Das Obertr. tritt dem bei, indem es ſagt: „— ein ſolches Rechtsverhältniß charakteriſirt ſich, wie in dem im 24ſten Bde der Entſch. S. 220 abgedruckten Präjudikate v. 1. Juli 1852 bereits ausgeführt iſt, allerdings als eine Gemeinſchaft oder Geſellſchaft unter den Kontrahenten." (S. 89.) Aber es kaſſirt das Vorderurtheil doch, weil „dadurch die rechtliche Natur des dem Schäfer — zuſtehenden Anſpruchs als eines weſentlich auf dem Dienſtverhältniſſe des Schäfers beruhenden — in keiner Weiſe geändert wird". Dieſer Satz enthält einen Widerſpruch. Wenn das fr. Verhältniß ein Geſellſchaftsverhältniß iſt, ſo iſt es kein Dienſtverhältniß und in der That iſt es ebenſowenig eine Dienſtmiethe, wie z. B. jenes zwiſchen dem Ausrüſter eines Wallfiſchfahrers und der Schiffsmannſchaft, die ſich auf einen Gewinnantheil verheuert hat. Daß der Gewinnantheil „an Lohnes Statt" tritt, heißt nicht, der Antheil iſt Lohn und das Verhältniß iſt Miethe, ſondern es heißt: der Dienſtleiſtende hat keinen Lohn (merces) zu fordern, wenn die Heerde durch Schafſterben zu Grunde geht; dann hat der Schäfer umſonſt gearbeitet. Das iſt kein Lohnvertrag.

65) Wenn Verzug hinzutritt, ſo unterliegen nur die durch den Verzug begründeten Mehrzinſen nicht der kurzen Verjährung, wohl aber die Zinſen bis zu dem Belaufe der bedungenen Zinſen. Pr. des Obertr. 1731 (Pl.-Beſchl.) vom 9. April 1816 (Entſch. Bd. XII, S. 17). Die mit einem verzinslichen Kapitale zugleich zuerkannten und ſeit dem Tage der Rechtskraft des Urtels laufenden Konventionalzinſen unterliegen gleichfalls dieſer kurzen Verjährung. Pr. 2199 vom 1. März 1850 (Entſch. Bd. XX, S. 120). Der §. 10 a. E. ſetzt zuerkannte Rückſtände voraus, wegen welcher eine neue Verjährung von dem Tage des rechtskräftigen Urtels an beginnt. (4. A.) Ueber die Bedenken gegen den Pl.-Beſchl. ſ. unten, Anm. 47 zu §. 827.

66) Vergl. oben, Anm. 9a zu §. 510 d. T. Auch die Zinſen von Staatsſchulden. Durch dieſe allgemeine Beſtimmung verlieren die älteren V., wodurch die 4jährige Verjährung der Zinſen von Staatsſchulden ſchon ſeit langer Zeit eingeführt iſt, ihre beſondere Bedeutung.

66*) (5. A.) Wenn auch dieſelben ihrem Betrage nach durch Vereinbarung nicht in ſich abſtrakt fixirt, ſondern nur relativ, z. B. nach der jährlich zu ermittelnden Morgenzahl der benutzten Fläche, beſtimmt ſind. Erk. des Obertr. vom 11. September 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 231). Das Obertrib. ſagt: die in der Anm. 67 angeführten Präj. widerſprechen dem nicht. Aber es iſt doch nicht zu leugnen, daß hier ebenfalls erſt eine Feſtſtellung des Quantums erforderlich iſt, wenn eine ſolche das Kriterium von „Rückſtänden" ſein ſoll.

66a) (4. A.) Unter der „Beſoldung" wird lediglich eine „Gehaltsſumme" verſtanden. Daher unterliegen die Entſchädigungsforderungen eines ſtädtiſchen Beamten für die Entziehung der Dienſtwohnung und des Dienſtlandes nicht der vierjährigen Verjährung. Erk. des Obertr. v. 5. September 1854 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 222).

(5. A.) Auf Rückſtände an Penſionen u. ſ. w., welche aus der Zeit vor dem Eintritte der Geſetzeskraft des Geſetzes vom 24. Mai 1861 herrühren, findet die kurze Verjährung von vier Jahren und namentlich auch dann Anwendung, wenn der Anſpruch bei der kompetenten Verwaltungsbehörde angemeldet war. So hat das Obertr. in ſeinem Erk. vom 2. Dezember 1864, gegen die gleichlautenden Urtheile der beiden Inſtanz-Gerichte geſprochen, weil die §§. 528, 529 d. T. über den Grundſatz: agere non valenti non currit praescriptio, auf die Verjährung dieſer Forderungen nicht anwendbar ſeien, da nicht das rechtliche Gehör völlig verſagt, ſondern nur die Verwaltungsbehörde zum Richter beſtellt und ein anderes Verfahren verordnet geweſen, dennoch aber auch auf ſolche Anſprüche die

derkehrenden Abgaben und Leistungen [67a]), es mag das Recht dazu im Hypothekenbuche eingetragen sein, oder nicht;

6. wegen Rückstände von Abgaben, die in Folge einer vom Staate besonders verliehenen Berechtigung an Privatpersonen zu entrichten sind, als: Wege- und Brückengelder u. s. w.;
7. auf Erstattung ausgelegter Prozeßkosten von dem dazu verpflichteten Gegner;
8. auf Nachzahlung der von den Gerichten, Generalkommissarien, Revisionskollegien und Verwaltungsbehörden gar nicht oder zu wenig eingeforderten, oder auf Erstattung [68]) der an dieselben

---

Anwendung der Verjährung in den §§. 9, 10 dieses Ges. vorgeschrieben sei. (Entsch. Bd. LIV, S. 271.) Gleichwohl leidet dieser Obertribunals-Spruch an einem logischen Widerspruch. Die kurze Verjährung des §. 2, Nr. 5 bezieht sich auf Rückstände. Die Verwaltungsbehörde hatte aber dem klagenden Beamten, in dem damaligen Verfahren die Berechtigung zu seiner Gehaltsforderung abgesprochen und so war die Sache, ohne die letzte Entscheidung des Königs oder Staatsministerii nachzusuchen, bis zur Erscheinung des G. vom 24. Mai 1861 hängen geblieben. Nun betrat der Beamte den Rechtsweg und in allen Instanzen wird ihm die von der Verwaltung abgeleugnete Gehaltsberechtigung zugesprochen, die über 4 Jahre alten Raten aber spricht ihm das Obertr. ab. Dasselbe verlangt damit, daß der Beamte alle Jahre seine Forderung bei demselben, der ihm den Rechtsgrund dazu abgesprochen hatte, immer wieder hätte anmelden sollen, ohne daß er daran denken konnte, es würde jemals eine Zeit kommen, wo ihm der Rechtsweg eröffnet sei. Ein solches Thun ist ohne Rechtssinn. Von einer Verjährung der Rückstände kann hier, wie das Appellationsgericht ganz richtig sagt, nicht Rede sein, denn die Sache hat die Stadien des Rekurses im Verwaltungswege nicht durchlaufen, ist vielmehr in der Schwebe geblieben und nicht endgültig erledigt, weshalb und weil Präklusivfristen für dieses Verfahren nicht vorgeschrieben sind (Kamptz, Jahrbücher Bd. 36, S. 294), dergleichen Sachen nach §. 7 des G. v. 24. Mai 1861 noch zur richterlichen Entscheidung gebracht werden können. Während der Anhängigkeit läuft diese Verjährung nicht.

67) Die hier vorgeschriebene kurze Verjährung soll nach dem Pr. des Obertr. 2039, vom 10. August 1848, voraussetzen, daß die Alimente, um deren Einklagung es sich handelt, bereits bei der Einklagung in quali et quanto feststehen; sie soll daher auf Alimente keine Anwendung finden, die erst mit der Schwängerungsklage nach Ablauf von mehr als vier Jahren seit der Geburt des Kindes eingeklagt werden. Der Satz ist willkürlich. Was daran Wahres ist, liegt auf einer anderen Seite. Hat nämlich ein Dritter die Verpflegung des Kindes besorgt, so verjährt dessen Forderung in der kurzen Zeit deshalb nicht, weil er nicht Alimente, sondern Auslagen aus der negotiorum gestio zu fordern hat. Dieser Grundsatz ist es, auf welchem das ältere Pr. 1691, vom 29. Januar 1846 beruht: „Einer Mutter, welche ihre außer der Ehe erzeugten Kinder selbst verpflegt hat, darf der Schwängerer den Einwand der kurzen Verjährungsfrist nicht entgegensetzen." (Entsch. Bd. XIV, S. 227.) Auch der Grundsatz selbst, daß Forderungen aus der Geschäftsbesorgung (durch Bezahlung einer der kurzen Verjährung unterworfenen Schuld) nicht in dieser, sondern nur in der gewöhnlichen Frist verjähren, ist noch besonders anerkannt durch das Pr. des Obertr. v. 5. Februar 1846 (Ulrich, Arch. Bd. XII, S. 326). Ist auch nicht zweifelhaft. (4. A.) Das Obertr. hat jedoch seine Theorie in einem Erk. v. 26. Okt. 1860 festgehalten. Der Fall hatte das Besondere, daß der uneheliche Vater vor Jahren verurtheilt worden war, an die Mutter des Kindes, die jetzt wieder klagte, Alimente auf das Kind zu zahlen. Darauf wird aber die neue Entscheidung nicht gegründet; der Entscheidungsgrund ist jener Theorie entnommen. Die Motive gehen dahin, daß von Alimenten eines unehelichen Kindes, die erst mit dem Antrage eingeklagt werden, „den natürlichen Vater zu deren Zahlung zu verurtheilen", die also vor rechtskräftiger Entscheidung des Schwängerungs-Prozesses noch nicht feststehen, sich nicht sagen lasse, daß sie „Rückstände von Alimenten" seien. (Entsch. Bd. XLIV, S. 66.) Diese Motive leuchten nicht ein. Warum sollen dergleichen Alimente nicht ohne einen Prozeß rückständige werden können? Ob darüber ein Prozeß geführt worden, ist ein sehr zufälliger Umstand. Der Schuldner kann lange Zeit freiwillig bezahlt haben, ehe man in Streit gerathen ist. Ebensogut könnte man sagen, es gäbe keine Rückstände von Konventionalzinsen, so lange nicht darüber prozessirt worden ist.

67a) (4. A.) Auf Kaufgelderraten, welche in bestimmten Terminen zahlbar sind, findet diese Verjährung nicht Anwendung. Erk. des Obertr. v. 19. Dezemb. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV. S. 201).

Die Geldentschädigung für eine nicht gewährte Holzungsgerechtigkeit unterliegt auch dann nicht der kurzen Verjährung von vier Jahren, wenn dieselbe auf den Grund jährlicher Durchschnittsbeträge nach jährlichen Terminen gefordert wird. Erk. dess. v. 7. Novbr. 1850 (Archiv für Rechtsf. Bd. I, S. 102).

68) In Beziehung auf die Zulässigkeit der vierjährigen Verjährung macht es keinen Unterschied: ob das Zuvielgezahlte an Kosten in der Ueberschreitung der Sportelsätze in quanto, oder in der überhaupt unzulässigen Ansetzung der monirten Kosten an sich, seinen Grund hat. Pr. des Obertr. 2113, vom 27. März 1849 u. Pr. 2237, vom 10. Oktbr. 1850.

zu viel gezahlten Kosten[69]), mit Einschluß der Stempel- und Portogefälle; ausgenommen bleiben jedoch die Werthstempel, welche mehr als Ein Prozent betragen, oder zu Verträgen und Schuldverschreibungen zu verwenden sind.

§. 3. Fällt weg[70]).

§. 4. Bestehen bei den in §§. 1 und 2 angeführten Forderungen unter besonderen Verhältnissen nach den bisherigen Gesetzen noch kürzere Verjährungsfristen (z. B. §. 141 des Anh. zum A. L.R.), so behält es dabei sein Bewenden.

§. 5. Die Verjährung fängt an in Betreff

1. der Gebühren und Auslagen der im §. 2, Nr. 2 genannten Personen, insofern ihre Forderungen einer Festsetzung durch die vorgesetzte Behörde bedürfen, mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem sie im Stande gewesen sind, die Liquidation zur Festsetzung einzureichen;
2. der in Prozessen und Untersuchungen vorkommenden Gerichtskosten, Stempel- und Portogefälle mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem der Prozeß oder die Untersuchung durch rechtskräftiges Erkenntniß, Entsagung oder Vergleich beendet worden ist[70a]). Unter Prozeß ist jede Art des gerichtlichen Verfahrens zu verstehen, welche Gegenstand des ersten Theils der A. G.O. ist;
3. alle übrigen in den §§. 1 und 2 aufgeführten Forderungen mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten Dezember, und, wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt ist, mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist[71]).

§. 6. Der Lauf der in den §§. 1 und 2 bestimmten Verjährungen wird dadurch nicht unterbrochen, daß das Verhältniß, aus welchem die Forderungen entstanden sind, fortgedauert hat.

§. 7. Enthält eine bereits vorübergegangene Bestimmung.

§. 8. Bei Abgaben, Leistungen und Zahlungen, die von einer Behörde eingezogen werden, welche befugt ist, solche ohne vorgängige gerichtliche Entscheidung exekutivisch beizutreiben, tritt die Unterbrechung jeder Art der Verjährung durch die Zustellung des Zahlungsbefehls ein.

§. 9. Bei denjenigen Forderungen, bei welchen ein prozessualisches Verfahren vor Gericht nicht zulässig ist, wird jede Verjährung durch schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der kompetenten Verwaltungsbehörde unterbrochen[72]).

---

69) Diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf Sporteln, welche nicht als Gerichtsgebühren, sondern als dem Gutsherrn zu berechnende Dominialgefälle eingezogen worden. Pr. des Obertr. 1643, vom 24. Novbr. 1845.

Der Anspruch auf Rückzahlung von Besitzveränderungsabgaben, welche eine Gutsherrschaft, ohne dazu berechtigt zu sein, erhoben hat, unterliegt nicht der durch das Gesetz eingeführten vierjährigen Verjährung. Pr. v. 12. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 146).

70) Die vorbehaltene Verordnung folgt weiterhin im Zus. 9, weshalb der im §. 3 enthalten gewesene Vorbehalt wegfällt.

70a) S. die folg. Anm. 71 a. E.

71) Die Bestimmung des §. 5, nach welcher die Verjährung mit dem letzten Dezember des resp. Nr. 1, 2 und 3 bezeichneten Jahres anfängt, ist dahin auszulegen, daß die Beendigung der Verjährung erst mit dem Ablaufe des letzten Dezembers des zweiten, resp. vierten Verjährungsjahres eintritt, mithin während des Laufes dieses Tages noch eine Unterbrechung durch Klage stattfinden kann. Pr. des Obertr. 1768, v. 7. August 1846 (Entsch. Bd. XIV, 213). — (3. A.) „Diese Vorschrift Nr. 3 ist für die, nach §. 10 nach erfolgter Unterbrechung *neu* beginnende Verjährung nicht maßgebend, der Anfang dieser neuen Verjährung ist vielmehr nach den Vorschriften der §§. 554 ff. d. T. zu bestimmen." Pr. des Obertr. 2503 vom 21. März 1854 (Entsch. Bd. XXVIII. S. 261). (4. A.) Eine andere Ansicht ist, daß für die Fälle der §§. 1 u. 2 der letzte Dezember auch bei der unterbrochenen und neu wiederbeginnenden Verjährung als Normaltag gelte, so daß sie erst nach Ablauf des letzten Tages des Jahres, in welchem die Unterbrechung stattfand, wieder neu anfangen könne, und zwar auf Grund der auch hier anzuwendenden Bestimmung des §. 5. Das Obertrib. hat jedoch das Pr. v. 21. März 1854 (Nr. 2503) durch Pl.-Beschl. v. 3. März 1862 bestätigt. (J.M.Bl. S. 126 und Entsch. Bd. XLVII, S. 1.) Auch die Vorschrift Nr. 2 ist auf den Fall einer unterbrochenen und von Neuem angefangenen Verjährung nicht zu beziehen, wie der V. S. des Obertr. in dem Erk. v. 30. Oktober 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 60) ausspricht. Der IV. S. hat die entgegengesetzte Meinung, nach der Note im Arch. a. a. O.

(5. A.) M. s. auch oben die Anm. 29a zu §. 524 d. T.

72) Bei der Einforderung der außergerichtlichen Prozeßkosten (§. 2, Nr. 7) unterbricht die Einreichung des Liquidationslibells die Verjährung. §. 551 d. T.

§. 10. Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung[72a]), so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist. Eine Ausnahme hiervon findet jedoch statt[73]), wenn wegen des Anspruches eine rechtskräftige Verurtheilung[73a]) erfolgt ist; in diesem Falle[74]) tritt, anstatt der ursprünglichen kürzeren, die ordentliche[74a]) Verjährungsfrist ein.

---

72a) (3. A.) Ueber den Anfang dieser neuen Verjährung s. d. Pr. 2503, oben in der Anm. 71.

73) Diese greift nicht nur dann Platz, wenn die Verurtheilung erst *nach*, sondern auch dann, wenn sie schon *vor* dem 31. Dezember 1838 (der Valescenz dieses Gesetzes) ergangen ist. Pr. des Obertr. 1905, vom 20. August 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 489).

73a) (4. A.) Oder ein im Mandatsprozesse erlassenes und exekutorisch gewordenes Zahlungsmandat. Erk. dess. v. 20. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 169).

(5. A.) Einer rechtskräftigen Verurtheilung steht in dieser Hinsicht auch die Feststellung im Konkurse gleich, wenn auch der Konkurs nicht durch Akkord beendigt worden ist, sagt das Obertr. in dem Erk. vom 17. September 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 475). Dies gilt auch für Wechselforderungen. Erk. dess. vom 1. Dezembrr 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LV, S. 328). — Vergl. unten, Anm. 74a, Abs. 3. — Dem ist nicht beizustimmen. Denn es widerspricht absolut dem obersten Rechtsgrundsatz über die Gerechtigkeitspflege, daß Niemand ungehört verurtheilt werden darf. Der Gemeinschuldner wird im Konkursverfahren, welches bloß zwischen den theilnehmenden Gläubigern verhandelt wird, *als Partei* nicht zugelassen und nicht gehört, was also zwischen den Gläubigern hinsichtlich ihrer Forderungen gethätigt und geurtheilt wird, kann gegenüber der Person des Gemeinschuldners niemals die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung haben oder erlangen. Das Obertribunal hat sich zwar in einigen Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen, namentlich in den Erkenntnissen vom 22. Oktober 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 344), vom 27. September und 20. Oktober 1864 (ebd. Bd. LIV, S. 288 u. 336), vom 7. Juli 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 454) und vom 1. Dezember 1864 (Arch. für Rechtsf. Bd. LV, S. 326). Allein diese Entscheidungen gründen sich auf durch gerichtlichen Akkord beendigte Konkurse, in welchen der Gemeinschuldner als Partei in seinem eigenen persönlichen Interesse mitwirkt und kontrahirt. Dagegen fällt das Obertribunal in seinem Erkenntnisse vom 17. September 1864 ab von seinen, sich auf die alte Konkursordnung stützenden Grundsätzen, wonach die Liquidation einer Forderung im Konkurse nicht die Wirkung einer Klageanmeldung, und die Klassifikatoria nicht die einer rechtskräftigen Entscheidung in Beziehung auf die Unterbrechung und den Wiederanfang der Verjährung durch Nichtgebrauch gegen den früheren Gemeinschuldner haben (Erk. vom 15. März 1844, Entsch. Bd. XIV, S. 218), und das gegen den Konkurskurator (Kontradiktor) ergangene Judikat nach aufgehobenem Konkurse gegen den vormaligen Kridar nicht die Judikatsklage begründet (Erk. vom 29. April 1856, Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 156); und doch enthält die neue Konkursordnung in dieser Richtung nichts, wodurch der Abfall gerechtfertigt werden könnte. Was dafür beigebracht wird, ist dieses: „In den §§. 131 u. 215 der Konk.-Ordn. ist der Verwalter zwar als „Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse" bezeichnet. Weil aber „die Masse" nach §. 1 ib. aus dem gesammten, der Exekution unterworfenen Vermögen besteht, — so ist der Verwalter der Masse „*zugleich der vermögensrechtliche Vertreter des Gemeinschuldners*." (Entsch. Bd. LII, S. 476.) Dies ist ein Fehlschluß. Es wird aber weiter gesagt: „Diese Vertretung gebührt dem Verwalter, namentlich rücksichtlich der Ansprüche, welche gegen die Masse, also gegen das Vermögen des Gemeinschuldners geltend gemacht werden. Um in dieser Beziehung Erklärungen des Verwalters vorzubeugen, welche — nicht entsprechen, — — so ist in den §§. 169 ff. verordnet, daß den Prüfungsverhandlungen vollständige, den Betrag und Rechtsgrund der Forderungen, sowie deren Beweismittel darlegende Anmeldungen zum Grunde gelegt, auch, außer dem Verwalter und den Gläubigern, der Gemeinschuldner selbst dabei zugezogen und mit seinen Erklärungen darüber gehört werden soll" (a. a. O.). Die Gesetzesworte lauten: „In dem Prüfungstermin muß der — Verwalter gegenwärtig sein: der Gemeinschuldner wird ebenfalls zugezogen, *wenn er zu erlangen* ist." — „Der Kommissar verhandelt mündlich, — giebt dem Gemeinschuldner Gelegenheit, sich zu erklären." — — „Jeder — annehmende *Gläubiger* ist befugt, die — einzelnen Forderungen zu bestreiten." (§§. 171, 172.) Von dem Gemeinschuldner ist weiter nicht Rede. Die erste Frage hierauf ist: war denn dieses Alles nach der alten Konkursordnung anders? Nein, es war Alles ebenso, wie im §. 114, I. 50 der A. G.O. zu lesen ist. Der Gemeinschuldner soll vorgeladen werden, um dem Kurator Auskunft zu geben. Sonst kommt auf ihn nichts an, er kann auch fehlen, er kann krank, er kann abwesend sein, es ist alles einerlei, es braucht auf seinen Widerspruch keine Rücksicht genommen zu werden und endlich *wird ihm auch keinerlei Präjudiz angedroht*. Und dann, wenn eine Vertretung des Gemeinschuldners durch den Kurator oder Verwalter anzunehmen wäre, so darf doch nicht vergessen sein, daß es sich lediglich nur in Bezug auf die Konkursmasse, auf das vorliegende, dem Gemeinschuldner entzogene Vermögen handelt, *nicht um sein erst nach Beendigung des Konkurses zu erwerbendes Vermögen*, und doch ist es gerade dieses, auf welches die Rechtskraft der im Konkurse, ohne Vertretung des Gemeinschuldners, getroffenen Entscheidungen abzielt. Auf dieses Vermögen bezieht sich aber keine derjenigen Bestimmungen, welche von dem Obertribunal für seine neue Meinung vorgeführt werden. Die darauf gerichtete Vorschrift findet sich erst im §. 280, wo es heißt:

8. V. v. 12. April 1842 über die Aufhebung der dem G. v. 31. März 1838, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen, so wie den §§. 54 und 55, Tit. 6,

„Das Vermögen, welches der Gemeinschuldner erwirbt, nachdem die Beendigung des Konkurses ausgesprochen ist (§. 277), fällt seiner Verwaltung und Verfügung anheim. Die nicht vollständig befriedigten Konkursgläubiger und die neuen Gläubiger sind befugt, sich an dasselbe im gewöhnlichen Verfahren zu halten."

Warum werden die ausgefallenen Gläubiger und die neuen Gläubiger ohne Unterschied zusammen geworfen und auf das gewöhnliche Verfahren verwiesen? Warum werden die exekutorischen Titel beziehungsweise die rechtskräftigen Judikate der alten Konkursgläubiger gänzlich ignorirt? Antw.: weil sie keine haben.

Die Frage ist behandelt von: Hans Rudorff (Gerichtsassessor in Berlin) in der Abh. über die Wirkung der Feststellungen und der Spezialjudikate im Konkurse für den Gemeinschuldner; in Hinschius Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. I (Berlin 1867), S. 665 ff. Eine gute Arbeit, welche zu dem hier vertretenen Resultat gelangt. Dagegen: Heidenfeld (Rechtsanwalt zu Ruptsch), Abh. zur Frage über die Wirksamkeit der Feststellungen und Spezialjudikate im Konkurse gegenüber dem Gemeinschuldner, ebd. Bd. II (Berlin 1868), S. 184 ff. — Nachträglich zur Abhandlung von Rudorff ist a. a. O. S. 709 ff. noch erschienen: Zur Lehre vom Kontradiktor, insbesondere von der Wirkung der von ihm abgegebenen Anerkenntnisse und der gegen ihn ergangenen Spezialjudikate für den Gemeinschuldner. Die Gründe Heidenfeld's erscheinen ihm nicht überzeugend. Darin ist er mit Vielen in Uebereinstimmung.

74) Doch aber nicht in Ansehung der vorbedungenen Zinsen, welche vom Tage der Rechtskraft des Urtels weiter laufen, d. h. erst künftig fällig werden; denn wegen dieser ist noch keine Verjährung unterbrochen worden, weil noch keine angefangen hatte. S. Pr. 2199 o. in der Anm. 65. — (3. A.) Zur Ausschließung der kürzeren Verjährung genügt jedoch die rechtskräftige Verurtheilung wegen des Anspruches auf Rückstände an Renten und anderen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, wenngleich diese, der Summe nach, in dem Urtel nicht bestimmt sind, deshalb vielmehr noch eine Separatermittelung erforderlich war. Erk. des Obertr. vom 14. April 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 392). (4. A.) Jedoch muß das Judikat ausdrücklich auf Entrichtung von Rückständen sprechen und nicht bloß über das Recht auf die Leistungen und Abgaben im Allgemeinen ergangen sein. Pr. des Obertr. v. 11. März 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 86.) — Das Gleiche gilt von rechtskräftig zuerkannten Alimenten, welche zur Zeit des rechtskräftigen Urtels noch nicht fällig waren, die künftig fällig werdenden Raten verjähren vom Tage der Fälligkeit an in vier Jahren, wenn diese erste und ursprüngliche Verjährung nicht unterbrochen wird. Vergl. Erk. des Obertr. v. 8. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 82).

Ein gerichtlich geschlossener Vergleich über rechtshängige Sachen begründet nicht, wie eine rechtskräftige Verurtheilung, die Ausnahme von der Regel, daß zu der, nach erfolgter Unterbrechung beginnenden, neuen Verjährung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist genüge. Pr. des Obertr. 2115, v. 13. April 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 170.) Vergl. Erk. vom 15. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, 274).

Durch die Ausstellung eines Schuldscheines über eine der kürzeren Verjährung des G. vom 31. März 1838 unterworfene Forderung wird, auch wenn darin Verzinsung versprochen und die Fälligkeit der Forderung anderweit bestimmt wird, die kürzere Verjährung des gedachten Gesetzes, welche von dem neuvereinbarten Fälligkeitstermine ab zu rechnen, nicht ausgeschlossen. Pr. des Obertr. 2295, v. 5. Juni 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 36). (5. A.) Dieses Präjudiz ist durch den Plenarbeschluß vom 2. Dezember 1867 aufrecht erhalten. (J.M.Bl. 1868, S. 11 und Entsch. Bd. LIX, S. 1.) Zugleich ist der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838 (o. Anm. 56 zu §. 545) auf die der kurzen Verjährung aus diesem Gesetze unterstehenden Forderungen, sofern sie auf Kündigung lauten, für anwendbar erklärt, und dadurch das folgende Pr. vom 4. Januar 1862 bestätigt worden, lautend: Ist in einem über eine der kurzen Verjährung unterworfene Forderung ausgestellten Schuldscheine eine bestimmte Kündigungsfrist festgesetzt, so beginnt die kurze Verjährung auch ohne Kündigung mit Ablauf der vom Tage der Ausstellung des Schuldscheins oder von dem Tage, von welchem an die Kündigung zulässig sein soll, zu berechnenden Kündigungsfrist. Erk. des Obertr. v. 4. Januar 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 305). Mit anderen Worten: die Verjährungsfrist wird um die Kündigungsfrist verlängert und vom Tage des Schuldscheins an gerechnet. Zinsenzahlung unterbricht aber immer von Neuem die Verjährung. §§. 565 und 570 d. T.

74a) (4. A.) Die ordentliche Verjährungsfrist ist die im §. 546 d. T. als Regel aufgestellte dreißigjährige Zeit. Erk. des Obertr. vom 8. Septbr. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 327). Vergl. unten Anm. 93 zu §. 558 d. T.

(5. A.) Die ordentliche Verjährung setzt für die im §. 2, Nr. 5 gedachten Zinsen, Miethe- und Pachtgelder, Pensionen, Besoldungen, Alimente, Renten, und alle andern zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, voraus, daß die Raten zur Zeit der Verurtheilung fällig und rückständig waren, wogegen es in Betreff der künftig fällig werdenden Raten bei der Regel

und der Dekl. v. 31. März 1838 entgegenstehenden provinziellen und statutarischen Bestimmungen. (G.S. S. 114.)

Wir ꝛc. verordnen

in Erwägung, daß diejenigen Rücksichten, aus welchen das Ges. wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 und die Dekl. des §. 54, Tit. 6, Th. I des A. L.R. von demselben Tage erlassen worden ist, auch auf diejenigen Landestheile Anwendung finden, in welchen neben dem A. L.R. provinzielle und statutarische Vorschriften gelten,

auf den Antrag Unseres Staatsministeriums, nach Anhörung Unserer getreuen Stände der betheiligten Provinzen, was folgt:

§. 1. Alle dem G. wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen v. 31. März 1838 und den im §. 4 desselben bestätigten allgemeinen[75]) Gesetzen, so wie den §§. 54 und 55, Tit. 6, Th. I des A. L.R. und der sich hierauf beziehenden Dekl. v. 31. März 1838 entgegenstehende provinzielle und statutarische Bestimmungen, sie mögen längere oder kürzere Verjährungsfristen enthalten, werden hierdurch aufgehoben. Statt derselben kommen von jetzt an das G. v. 31. März 1838, die §§. 54 u. 55, Tit. 6, Th. I des A. L.R. und die Dekl. v. 31. März 1838 zur Anwendung.

§. 2. (Enthält eine Uebergangs-Bestimmung, welche nicht mehr zur Anwendung kommt.)

9. G. v. 18. Juni 1840 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben. (G.S. S. 140.)

Wir ꝛc. verordnen über die Verjährungsfristen bei öffentlichen[76]) Abgaben, worüber im Gesetz v. 31. März 1838 (G.S. S. 250) eine besondere Verordnung vorbehalten worden ist, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Reklamationen gegen direkte Steuern, namentlich gegen Abgaben, welche nach den Etats, Katastern oder Jahresheberollen als Grundsteuer durch Ortserheber oder unmittelbar durch Unsere Kassen von den Steuerpflichtigen erhoben werden, ingleichen gegen Klassen- und Gewerbesteuer, sowie gegen diejenigen Abgaben, welche in Folge des §. 11 des allgemeinen Abgabengesetzes v. 30. Mai 1820, als auf einem speziellen Erhebungstitel beruhend, zu entrichten sind, müssen ohne Unterschied, ob sie auf Ermäßigung oder auf gänzliche Befreiung gerichtet sind, binnen drei Monaten vom Tage der Bekanntmachung der Heberolle, oder wenn die Steuer im Laufe des Jahres auferlegt worden, binnen drei Monaten nach erfolgter Benachrichtigung von deren Betrage, oder endlich, im Falle eine periodische Veranlagung und Anfertigung von Heberollen nicht stattfindet, binnen den ersten drei Monaten jedes Jahres, bei der Behörde angebracht werden.

Wird diese Frist versäumt, so erlischt der Anspruch auf Steuerermäßigung oder Befreiung, so wie auf Rückerstattung, für das laufende Kalenderjahr.

Ist diese Reklamation vor dem Ablaufe der Frist angebracht, und wird solche begründet gefunden, so erfolgt die Ermäßigung oder gänzliche Befreiung für das laufende Jahr. Für verflossene Jahre wird keine Rückzahlung gewährt.

Tritt eine solche Veränderung ein, wodurch die bisherige Steuerverpflichtung aufgehoben wird, so muß davon der Behörde Anzeige gemacht werden. Bis zu Ende des Monats, in welchem diese Anzeige erfolgt, kann die Entrichtung der Steuer gefordert werden.

---

der ursprünglich vierjährigen Verjährungsfrist bewendet. Erk. dess. vom 7. Juli 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 300). Vergl. oben, Anm. 74, Abs. 1.

Auch auf eine durch Judikat zuerkannte Wechselforderung findet nicht die Wechselverjährung, sondern die gewöhnliche Verjährung Anwendung. Erk. des Obertr. v. 21. Nov. 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 272).

75) Diese allgemeinen Gesetze sind also gleichfalls zum alleinherrschenden, die provinziellen und statutarischen Bestimmungen verdrängenden Rechte gemacht.

76) Hier und in dem §. 3 des G. v. 31. März 1838, wo diese Verordnung in Aussicht gestellt worden ist, wird der Ausdruck „öffentliche Lasten" in einem weiteren, auch Gemeindelasten umfassenden Sinne gebraucht. Nach dem Sprachgebrauche des A. L.R. ist damit ein bestimmter Begriff nicht verbunden; es ist bei jeder einzelnen Anwendung dieses Ausdruckes die Beziehung und Bedeutung desselben festzustellen. Im eigentlichen Sinne sind darunter steuerartige Abgaben der Landeseinwohner an den Staat zu verstehen. §. 655 d. T. S. bes. Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 53 ff.

§. 2. Auf Zurückzahlung zu viel erhobener Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangsabgaben, der in Folge der Zollvereinigungsverträge zu erhebenden Ausgleichungsabgaben, der Branntwein-, Braumalz-, Mahl- und Schlachtsteuer, der Weinmost- und Tabackssteuer, der Salzablösungsgelder, der Blei- und Zettelgelder, der Wege-, Brücken-, Fähr-, Waage- und Krahngelder, der Kanal-, Schleusen-, Schifffahrts- und Hafenabgaben und der Niederlagegelder findet ein Anspruch nur statt, wenn derselbe binnen Jahresfrist, vom Tage der Versteuerung an gerechnet, angemeldet und begründet wird.

§. 3. Wird in den Fällen der §§. 1 u. 2 die Reklamation ganz oder theilweise zurückgewiesen, so ist dagegen der Rekurs an die vorgesetzte Behörde binnen einer Präklusivfrist von sechs Wochen, vom Tage der Bekanntmachung des Bescheides an gerechnet, zulässig. Wendet sich der Reklamant an eine inkompetente Behörde, so hat diese das Rekursgesuch an die kompetente Behörde abzugeben, ohne daß dem Reklamanten die Zwischenzeit auf die Frist anzurechnen ist.

§. 4. In den Fällen, in welchen nach den bestehenden Gesetzen über die Steuerverpflichtung der Weg Rechtens nachgelassen ist, kann die Steuer nur von dem Anfange desjenigen Kalenderjahres an zurückgefordert werden, worin die Klage angemeldet, oder worin vor der Klage eine Reklamation bei der Verwaltungsbehörde eingereicht worden ist[77]).

§. 5. Eine Nachforderung von Grundsteuern ist zulässig sowohl bei gänzlicher Uebergehung, als bei zu geringem Ansatz, in beiden Fällen aber nur für das Kalenderjahr, worin die Nachforderung geltend gemacht wird.

§. 6. Die Nachforderung von Klassen-, Gewerbe- und persönlichen, auf besonderen Titeln beruhenden Steuern findet im Fall gänzlicher Uebergehung nach den im §. 5 enthaltenen Regeln statt; im Fall eines zu geringen Ansatzes fällt bei diesen Steuern jede Nachforderung weg, jedoch unbeschadet der gesetzlichen Wiederumlage bei Gewerbesteuergesellschaften, welche nach Mittelsätzen steuern.

§. 7. Bei den im §. 2 erwähnten indirekten Steuern kann der Betrag dessen, was zu wenig oder gar nicht erhoben worden ist, nur binnen einem Jahre, vom Tage des Eintritts der Zahlungsverpflichteten an gerechnet, nachgefordert werden[77a]).

§. 8. Zur Hebung gestellte direkte oder indirekte Steuern, welche im Rückstande verblieben oder kreditirt sind, verjähren in vier Jahren, von dem Ablaufe des Jahres an gerechnet, in welches ihr Zahlungstermin fällt.

Die Verjährung wird durch eine an den Steuerpflichtigen erlassene Aufforderung zur Zahlung, so wie durch Verfügung der Exekution, oder durch bewilligte Stundung der Steuer unterbrochen.

Ist nach Ablauf des Jahres, in welchem die letzte Aufforderung zugestellt, Exekution verfügt worden, oder die bewilligte Frist abgelaufen, so beginnt eine neue vierjährige Verjährungsfrist.

§. 9. Reklamationen wegen Steuern, welche vor Publikation dieses Gesetzes entrichtet worden sind, so wie Nachforderungen wegen Steuern aus dieser Zeit, müssen, bei Verlust des Anspruchs, binnen Jahresfrist nach Publikation dieses Gesetzes geltend gemacht werden.

Für die zur Zeit der Publikation dieses Gesetzes vorhandenen Steuerrückstände beginnt die §. 8 festgesetzte vierjährige Verjährungsfrist mit dem 1. Januar 1841.

§. 10. Ist in der unterlassenen Entrichtung der ganzen Steuer oder eines Theils derselben eine Kontravention gegen diese Steuergesetze enthalten, so verjährt die Nachforderung nur gleichzeitig mit der gesetzlichen Strafe.

§. 11. Die in dem Gesetze festgesetzten Fristen laufen auch gegen minderjährige und bevormundete Personen, so wie gegen moralische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zu-

---

77) Die bei Rückforderung öffentlicher Abgaben angeordnete kurze Verjährungsfrist findet allgemeine Anwendung, mag von einer gänzlichen und persönlichen Befreiung des Betheiligten, von einer Steuer- oder Abgabenverpflichtung, die Rede sein, oder es sich nur darum handeln, ob eine Abgabe, die ihrer Art nach unstreitig ist, zu erlegen oder zu ermäßigen sei. Pr. des Obertr. 2278, vom 11. März 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 30).

77a) (3. A.) Gegen diese verjährte Nachforderung wurde jedoch vor 1861 kein Rechtsschutz gewährt. M. s. unten Anm. 2a zu §. 5, Tit. 14, Th. II.

(4. A.) Die Bestimmung des §. 14 findet auch auf die Beiträge zur oberschlesischen Bergbau-Hülfskasse Anwendung. Erk. des Obertr. vom 12. April 1861 (Entsch. Bd. XLV, S. 104).

stehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.

§. 12. Durch den Ablauf der Verjährungsfrist wird der Steuerpflichtige von jedem ferneren Anspruch, sowohl des Staates als der Steuerbeamten und der Steuersozietäten, befreit.

§. 13. Wegen der Verjährung der Stempelsteuer und der Reklamation in Betreff dieser Steuer, nicht minder wegen der Hypotheken- und Gerichtsschreiber-Gebühren in der Rheinprovinz, bleibt es bei den bestehenden Vorschriften.

§. 14. Dieses Gesetz findet auch auf öffentliche Abgaben, welche nicht zu Unseren Kassen fließen, sondern an Gemeinden und Korporationen, so wie an städtische Kassen zu entrichten, oder als Provinzial-, Bezirks-, Kreis- oder Gemeinde-Lasten, oder zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten aufzubringen sind, so wie auf die mit Einziehung solcher Abgaben beauftragten Beamten Anwendung [77b]).

§. 15. Alle frühere gesetzliche Vorschriften über die im gegenwärtigen Gesetz enthaltenen Gegenstände werden hierdurch aufgehoben.

Unterbrechung.

**§. 551. Mit dem Augenblicke [78]), da Jemand seine Klage bei dem gehörigen [79]) Richter anmeldet [80]), wird die Verjährung durch Nichtgebrauch unterbrochen [81]).**

---

77b) (4. A.) Der Einwand des Zahlungspflichtigen, daß die geforderte Abgabe, insbesondere die in einigen Städten eingeführte „Hausstands-Ergänzungssteuer", in der Kommunalverfassung und den darüber ergangenen Gesetzen nicht begründet, daß die Abgabe von der städtischen Behörde mit Unrecht eingeführt und diese daher zur Erstattung des erhobenen Betrages verpflichtet sei, kann nicht im Rechtswege, sondern nur im Wege der Beschwerde bei den vorgesetzten Verwaltungsbehörden geltend gemacht werden. Entsch. des Komp.-Gerichtsh. v. 12. März 1859 (J.M.Bl. 1860, S. 138).

78) Der Ausdruck ist gedankenlos gebraucht, denn es wird bei der Verjährung nicht von Augenblick zu Augenblick (a momento ad momentum) gerechnet; unter dem Augenblicke ist hier der Tag gemeint. Ueberdies ist der „Augenblick", da Jemand den Richter angeht, um zu klagen, gar nicht allgemein kennbar festzustellen, und überdies ist zu streiten: welcher Augenblick entscheiden soll, wenn der Richter gerade mit Anderen beschäftigt ist, wo der Kläger eintritt: ob der Augenblick, wo er in das Gerichtszimmer tritt, oder, wenn er warten muß, der, wo er zu sprechen beginnt.

79) Suarez wollte, im Einverständnisse mit Heidenreich, daß auch die Klage vor einem inkompetenten Richter allemal die Verjährung unterbreche. „Genug, ich war nicht mehr negligens." Dieser Vorschlag ging nicht durch, hatte aber die Bestimmung der §§. 552, 553 zur Folge. Simon, Material. S. 467.

80) Die Verjährung durch Besitz wird nur durch die Insinuation der Citation unterbrochen. §§. 603 ff. und Erk. des Obertr. v. 4. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 91). Das war schon im Entw. vorgeschlagen. Zu dieser Unterscheidung der pr. acquisitiva und extinctiva fanden Heidenreich und v. Tevenar keinen Grund. Suarez aber bemerkte darauf: Dergleichen Grund sei allerdings vorhanden. Praescriptio extinctiva sei poena negligentiae, sie erfolge per solum nonusum. Sobald man klage, sei man nicht mehr negligens; man gebrauche sein Recht. Bei der acquisitiva sei es anders. Hier entstehe sein Recht ex possessione continuata. Durch die bloße Klageanmeldung des Anderen werde sein Besitz nicht unterbrochen; per insinuationem citationis aber werde er in malam fidem konstituirt. Simon, Material. 482. — „Man muß sich immer erinnern," sagt derselbe bei der Revision der Monita (ebd. S. 527), „daß poena negligentiae das eigentliche Fundament der pr. extinctivae ist. Sobald also der Berechtigte aufhört, negligens zu sein, sobald muß der Lauf der Verjährung aufhören. Dies geschieht aber, wenn er sein Recht gerichtlich anmeldet, und den Richter implorirt, ihm dazu zu verhelfen. Ob diese Anmeldung dem Verpflichteten bekannt gemacht worden, oder nicht, darauf kommt es gar nicht an, weil dessen bona fides vel mala fides bei der pr. extinctiva nichts ausmacht, sondern alles von dem bewiesenen Fleiße oder Unfleiße des Berechtigten abhängt." S. auch die folgende Anm. 82, Abs. 3. — (5. A.) In dem gedachten Erk. vom 4. Juni 1860 wird gesagt: „Die Extinktiv-Verjährung wird durch bloße Anmeldung der Klage unterbrochen (§. 551), und dabei gilt, weil es nur auf Abwendung des Vorwurfs einer Säumniß in Verfolgung des Rechts ankommt, jede Manifestation beim Richter, den Anspruch geltend machen zu wollen, also auch ein bezüglicher Vorbehalt, der wirklichen Anmeldung gleich." S. 92 a. a. O. — Dagegen heißt es wieder in dem Erk. vom 10. Januar 1867: „Am Schlusse der Klage des Vorprozesses heißt es: „Der Kläger behält sich seinen Anspruch auf Schadensersatz in jeder Beziehung vor, der ihm durch das rotzkranke Pferd des Beklagten, außer dem hier geltend gemachten Anspruche, erwachsen ist." Einem solchen bloßen Vorbehalte läßt sich nicht die Wirkung und Bedeutung einer wirklichen Klageanmeldung beilegen." (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 29.)

(5. A.) Die Geltendmachung der betreffenden Forderung durch Kompensation in einem gegen den Gläubiger angestrengten Prozesse, wenn dieser Einwand wegen Illiquidität ad separatum verwiesen wird, steht der Klageanmeldung gleich und unterbricht den Lauf der Verjährung. Erk. des Obertr.

vom 21. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 119). Wird gemeinrechtlich für irrig erklärt. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. I, §. 118; v. Savigny, System, Bd. V, §. 243, S. 321.

81) Zu einer Klageanmeldung, welche den Lauf der Verjährung zu unterbrechen geeignet sein soll, gehört nothwendig die namentliche Bezeichnung des Beklagten. Bei mehreren, keine Korporation bildenden Beklagten ist daher auch eine allgemeine, nicht namentliche Bezeichnung, z. B. „sämmtliche Einsassen eines Dorfes", nicht genügend, vielmehr gegen die nicht genannten unwirksam. Pr. des Obertr. 2148, v. 27. Septbr. 1849. (Entsch. Bd. XVIII, S. 160.) Dieser Satz wird aber nicht anzuwenden sein auf Gewerkschaften, deren Bezeichnung unter der Kollektivbenennung „Gewerkschaft der Steinkohlengrube NN." ebenso genügt wie die Firma einer Handlungsgesellschaft. — (3. A.) „Bei der Frage: ob eine erhobene Klage die Verjährung eines Anspruchs unterbrochen habe, kommt auch das Fundament dieser Klage in Betracht," sagt das Obertr. in einem Erk. vom 30. Januar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 318, u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 285); die Klageanmeldung soll darnach mit den Erfordernissen des §. 2, I, 4 der A. G O. versehen sein. Zu solcher Kasuistik führt bloß die durch die Verachtung der s. g. Klageformeln, d. h. des jedem Rechtsgeschäfte oder Anspruche eigenthümlichen Klagrechts, entstandene Rechtsunsicherheit. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Verjährung nur derjenigen Klage (actio), von welcher durch Anmeldung oder Anbringung Gebrauch gemacht wird, unterbrochen ist. (4. A.) Durch die bloße Provokation auf Ablösung des Zehntrechtes wird die Verjährung der Zehntrückstände nicht unterbrochen; es bedarf dazu vielmehr der ausdrücklichen Anmeldung dieser Rückstände. Erk. des Obertr. vom 4. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX. S. 237). (4. A.) Zur Anmeldung ist ebenso wie zur Klage gehörige Legitimation erforderlich. Der Legitimationsmangel des Klägers im Vorprozesse bewirkt daher, daß die Vorklage auch nicht als Anmeldung des Anspruchs erachtet werden darf. Erk. des Obertr. vom 30. Juni 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI. S. 332). — Auch durch Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner wird die Verjährung der Klage nicht unterbrochen. Erk. dess. v. 9. Januar 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 131). Nur gegen die in der Klage als Bekl. bezeichnete Person wird die angemeldete Klage unterbrochen. Daher unterbricht z. B. eine Klage, angestellt gegen A., vertreten durch seinen Generalbevollmächtigten B., die Verjährung gegen den B. nicht. Erk. dess. v. 6. November 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 296).

(4. A.) In einem Erk. v. 17. Dezember 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 371) hat das Obertribunal den Satz behauptet, daß gegen den, dem Gläubiger unbekannten wirklichen Schuldner die Verjährung durch Anmeldung der Klage gegen den vermeintlichen Schuldner unterbrochen werde. Das ist keine Rechtswahrheit. Die Klagverjährung tritt zwar gegen den dem Gläubiger unbekannten Schuldner nicht ein; dies ist aber keine Wirkung der Klageanmeldung gegen einen Unrechten; vielmehr ist der Grund ein anderer. Oben, §. 516 und die Anm. 19 dazu.

Durch bloße Litisdenunziation wird, insofern dieselbe nicht ein Anerkenntniß zur Folge hat, der Lauf der Verjährung nicht unterbrochen. Pr. 995, v. 6. März 1841. [3. A. Der Satz ist aus juristischen Gründen wohl gerechtfertigt. Das Plenum des Obertr. aber hat denselben durch Beschluß v. 6. Juni 1853 (Pr. 2451), gegen den übereinstimmenden Antrag beider Referenten, verworfen und dafür den Satz angenommen: „Die Litisdenunziation unterbricht die Verjährung der von dem Litisdenunzianten gegen den Litisdenunziaten anzustellenden Regreßklage." (J.M.Bl. S. 310 und Entsch. Bd. XXV, S. 325.) Der Satz läßt sich juristisch nicht begründen und ist auch entbehrlich. Der juristische Grund ist dargestellt durch die Behauptung, daß das Gesetz allein auf die bei dem Richter geschehene Kundgebung, den Anspruch geltend machen zu wollen, in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung Gewicht lege. Bewiesen wird dies aus dem §. 561 nach einem arg. a contrario, daß schon eine gerichtliche Mahnung unterbreche. Es ist schon eine mißliche Sache, einen Rechtsgrund oder Rechtssatz durch das sehr trügerische arg. a contrario beweisen zu wollen, und man fordert nicht zuviel, wenn man jenen Rechtsgrund besser nachgewiesen verlangt. Läßt man denselben aber auch dahin gestellt sein, so fehlt doch der Nachweis des geschichtlichen Moments ganz. Eine Behauptung wird dafür gegeben, die Behauptung nämlich: daß in der Litisdenunziation die fr. Kundgebung bei dem Richter, den Anspruch geltend machen zu wollen, enthalten sei — daß in der Litisdenunziation eine solche Mahnung, resp. eine Klageanmeldung virtualiter enthalten sei. Das ist nicht einzuräumen. Die Litisdenunziation geschieht gar nicht dem Richter wie die Klageanmeldung, sie geschieht dem Gewährsmanne, und es ist eine in dem Bevormundungsprinzipe liegende Zufälligkeit, daß dabei der Richter die Rolle des Briefträgers hat. Dadurch wird im Wesentlichen nichts geändert. Bei der gerichtlichen Mahnung hat zwar der Richter dieselbe Stellung, aber einestheils ist es, wie gesagt, noch zu erweisen, daß die gerichtlich insinuirte Mahnung die Verjährung unterbricht, anderentheils hat die Litisdenunziation einen ganz anderen Inhalt und Gegenstand als die Mahnung. Die Mahnung macht eine bestimmte Forderung unmittelbar und geradezu geltend. Die Litisdenunziation fordert aber nur zum Beistande behufs Abwehr des Anspruchs eines Dritten auf. Wo ist da die Kundgebung bei dem Richter, den Anspruch (welchen?) geltend machen zu wollen? Die Gleichstellung der Litisdenunziation mit der Mahnung und gar mit der Klageanmeldung ist sonach naturwidrig und damit fällt die Begründung des neuen vermeintlichen Rechtsgrundsatzes zusammen. Außerdem aber tritt entgegen die von der Minderheit geltend gemachte rechtliche Natur der Verjährung und deren Unterbrechung als rein positiver Institute: dabei ist keine Analogie zulässig, die Verjährung ist nur

§. 552. Die Klage[81a]) vor einem ungehörigen Richter unterbricht die Verjährung nur[81b]), wenn sie binnen Einem Jahre nach erfolgter Zurückweisung[82]) bei dem gehörigen Richter angemeldet worden.

---

da zulässig, wo sie vorgeschrieben ist, und die Unterbrechung geschieht nur durch die Mittel, welche dazu für geeignet erklärt worden sind; der Richter kann die Zahl derselben nicht vermehren. Zuletzt ist der neue nicht passende Rechtssatz, bei richtiger Auffassung und Behandlung der Sache, in Beziehung auf die schließliche Regreßklage, womit ein bestimmter Betrag als Ersatz gefordert wird, auch entbehrlich. Denn jede Regreßklage ist nur subsidiarisch, mithin in der Regel erst gegeben, wenn die Bedingung eingetreten ist, d. h. die Klage gegen den Hauptschuldner sich als erfolglos erwiesen oder der Dritte den Anspruch, wegen dessen der Litisdenunziat Gewähr leisten soll, durchgesetzt hat. Eher kann auch die Verjährung nicht anfangen. Zwar gestattet der §. 23, Tit. 17 der Pr.-O. die sofortige Anstellung der Regreßklage gegen den die Regreßverbindlichkeit nicht anerkennenden Litisdenunziaten. Allein dies bezieht sich nur auf den Grund der Regreßklage; und wenn dieser bestritten, so verletzt der Litisdenunziat das Recht des Litisdenunzianten und kann insoweit sofort beklagt werden. Aber wenn zu dieser Präjudizialklage — etwas anderes ist sie nicht, über das Quantum läßt sich noch nicht streiten, weil es erst durch den Hauptprozeß gegeben werden soll — kein Anlaß gegeben wird, so ist in keiner Beziehung actio nata. Der fr. Satz müßte daher, selbst wenn er an sich zu begründen wäre, immer eine gewisse Beschränkung durch richtige Beziehung erleiden. Anzumerken ist, daß der Art. 80 der A. D. Wechs.-O. die Unterbrechung der Verjährung durch die Streitverkündigung für zweckmäßig und deshalb als eine Ausnahme von der Regel, besonders anzuordnen für nothwendig befunden hat. Daß dem Gegner des Litisdenunzianten die Hereinziehung des Litisdenunziaten hinsichtlich des an diesen seitens des gedachten Gegners geltend gemachten Anspruchs nichts nutzt, ist gleichfalls festgestellt, durch das Pr. 2602, v. 8. Dezbr. 1854, lautend: „Die Thatsache, daß ein Litisdenunziat dem Litisdenunzianten in dem Prozesse gegen dessen Gegner Beistand geleistet hatte und er solchergestalt in diesem Prozesse Partei geworden war, ist nicht geeignet, die Verjährung des von diesem Gegner demnächst gegen den früheren Litisdenunziaten erhobenen Anspruchs zu unterbrechen." (Entsch. Bd. XXIX, S. 348.)] Auch genügt in Fällen, wo wegen Entziehung von Privilegien binnen einer Präklusivfrist der Rechtsweg nachgelassen ist, nicht die bei einer Administrativbehörde abgegebene Erklärung: den Rechtsweg betreten zu wollen. Pr. des Obertr. v. 11. November 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 374).

Die Klageanmeldung ist aber kein absolutes Mittel, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen; die unterbrechende Kraft hat nur die Klage, die imploratio judicis um Rechtshülfe, oder wie Suarez sich ausdrückt, „wenn er (der Berechtigte) sein Recht gerichtlich anmeldet und den Richter implorirt, ihm dazu zu verhelfen." S. die vor. Anm. a. E. Die Unterbrechung wird nur in dem Falle der wirklichen Einbringung der Imploration auf den Tag der Anmeldung zurückdatirt. Eine Anmeldung dagegen mit der Erklärung, daß dadurch nicht die Ausübung oder Verfolgung des Rechts, sondern nur die Unterbrechung der Verjährung bezweckt werde; und mit dem Antrage: die Sache auf sich beruhen zu lassen, ist wirkungslos, denn der Berechtigte thut das gerade Gegentheil von dem, was er thun müßte, um den Lauf der Verjährung zu unterbrechen; er müßte klagen; er erklärt aber, daß er von seinem Klagerechte zur Zeit keinen Gebrauch machen wolle. Auch das Obertr. giebt in einer Entsch. v. 28. Jan. 1857 zu vernehmen: „Von dem, der eine Klage anmeldet, aber ausdrücklich erklärt, er wolle nie klagen, wird allerdings richtig gesagt werden können, er melde eine Klage gar nicht an." (Entsch. Bd. XXXV, S. 31.) Dieser Fall ist ganz verschieden von dem des §. 554 d. T., wo eine neue Negligenz vorausgesetzt wird. S. die Anm. 83. In diesem Sinne hat sich auch der J.M. in der allg. Verf. v. 22. Jan. 1841 ausgesprochen, worin er die Gerichte anweist, in einem solchen Falle sich lediglich an die Vorschriften der Pr.-O. Tit. 4, §§. 16, 17 zu halten und dem Anmeldenden keine Rekognition über seine ungehörige Klageanmeldung zu ertheilen, sondern zu eröffnen, daß seine Anzeige zur Unterbrechung der Verjährung nicht genüge. (J.M.Bl. S. 65.) In der späteren Verf. dess. v. 20. Juli 1843, werden die Gerichte, nach dem Wunsche des Westphäl. Prov.-Landtages v. J. 1843, auf allerhöchsten Befehl angewiesen, jede nach §§. 551 ff. d. T. zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Klageanmeldung, auch wenn sie keinen Prozeß zur Folge hat, mit der darauf erlassenen Verfügung der Gegenpartei mitzutheilen. (J.M.Bl. S. 204.) Vergl. die ältere Anweisung in demselben Sinne vom 23. Febr. 1841 ad 3. (J.M.Bl. S. 110.) Diese Benachrichtigung geschieht auf Kosten des Klägers, der dazu die Veranlassung giebt.

Bei der Wechselverjährung gilt der allgemeine Grundsatz des §. 551 d. T., daß die Verjährung durch Anmeldung der Klage unterbrochen wird, nach den Grundsätzen der A. D. W.-O. Art. 80 nicht mehr; das auf das A. L.R. gegründete Pr. 1705, vom 6. März 1846, ist mithin außer Kraft gesetzt.

81a) (4. A.) Oder die Klageanmeldung. Erk. des Obertr. v. 23. Jan. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 266).

Der bei der Generalkommission angebrachte, wenngleich wegen deren Inkompetenz zurückgewiesene Ablösungsantrag hat in Betreff rückständiger Gutsabgaben die Wirkung der Klageanmeldung, wenn binnen Jahresfrist die Klage bei dem gehörigen Richter eingereicht wird. Erk. des Obertr. v. 29. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX. S. 95).

81b) (5. A.) Nach G. R. unterbricht die vor einem ungehörigen Richter angestellte Klage die Verjährung gar nicht. L. 7 C. ne de statu (VII, 21).

§. 553. Hat aber der ungehörige Richter die Klage angenommen, und dadurch den Kläger in seinem Irrthume bestärkt, so ist die Verjährung für unterbrochen zu achten[82a]).

§. 554. Wird die gehörig angemeldete Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze verfolgt[83]), so fängt von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen[84]), eine neue[85]) Verjährung wider ihn an.

10. Decl. v. 18. Mai 1839, wegen der Verjährung der bei den vormaligen Reichsgerichten unerledigt gebliebenen Prozesse. (G.S. S. 175.)

Wir ꝛc. finden Uns bewogen, zur Beseitigung entstandener Zweifel, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten einer von Uns aus Mitgliedern des Staatsraths ernannten Kommission für den ganzen Umfang Unserer Monarchie zu erklären:

daß die Vorschrift des Röm. Rechts in der L. 9 C. de praescriptione 30 vel 40 annorum[86]) auf die bei den vormaligen Reichsgerichten bis zum Schlusse verhandelten, dann aber unentschieden liegen gebliebenen[87]) Prozesse, so lange für dieselben die Kompetenz der Reichsgerichte begründet war, keine Anwendung hat finden können, daß aber von dem Zeitpunkte[88]) der Erlö-

---

82) In der Praxis ist es üblich, eine muthmaßlich aus Irrthum an der unrechten Stelle eingereichte Klage an das zuständige Gericht abzugeben. Zu einer förmlichen Zurückweisung kommt es nur dann, wenn der Kläger auf das gewählte Forum besteht.

82a) (4. A.) Wenn aber der ungehörige Richter die Klageanmeldung zwar angenommen und dem Bekl. zugestellt hat, demnächst aber die Klage selbst wegen Inkompetenz zurückweiset, so ist es so gut, als wenn er schon die Klageanmeldung, ohne Zustellung an den Bekl., zurückgewiesen hätte. Vergl. Erk. des Obertr. vom 20. Febr. 1860 (Entsch. Bd. XLII, S. 66).

83) In diesem Falle verlangten einige Monenten den Wegfall der Unterbrechung. Suarez aber bemerkte darauf: „Hat der Berechtigte einmal durch Anmeldung der Klage seine diligentiam erwiesen, so ist nicht abzusehen, warum solches ohne alle Wirkung sein solle, weil er ex post wieder angefangen hat, negligens zu sein. Genug, wenn er für diese neue Negligenz dadurch bestraft wird, daß eine neue Verjährung wider ihn zu laufen anfängt." Simon, Material. S. 527. Vergl. o. die Anm. 81, Abs. 4 a. E. und die folg. Anm. 84, auch die vor. Anm. 82a.

84) Der terminus a quo der neuen Verjährung — sagt Suarez — kann kein anderer sein als der, wo er zur Fortsetzung der Sache etwas hätte thun können und sollen, z. E. der Termin zur Aufnehmung der Klage, der Instruktionstermin. Ebd. S. 528. (4. A.) Im Falle eines durch Litisdenunziation angemeldeten Regreßanspruchs beginnt die Verjährung von dem Zeitpunkte, in welchem das im Vorprozesse ergangene Erkenntniß rechtskräftig geworden ist. Erk. des Obertr. v. 17. November 1859 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 19).

85) Die neue Verjährung ist die der Instanz, und hätte nach einer Anwendung des A. L.R. II, 8, §. 2356 eine 30jährige Dauer. Nach dem Ges. vom 31. März 1838, §. 10 hat sie die Dauer der Klageverjährung. (3. A.) Dies ist es, was das Obertr. durch das Pr. 2579, v. 23. November 1854 feststellen will: „Für die neue Verjährung, welche nach §. 554, Tit. 9, Th. 1 des A. L.R. zu laufen beginnt, wenn die angemeldete Klage nicht fortgesetzt wird, gilt, soweit nicht Spezialvorschriften, wie sie die §§. 908 und 2356, Tit. 8, Th. II ebd. für Wechsel- und Versicherungsansprüche enthalten, entgegenstehen, als Regel die der ursprünglichen gleichkommende Frist." (Entsch. Bd. XXX, S. 37.) In Beziehung auf die Verjährung öffentlicher Abgaben schreibt das Gesetz v. 18. Juni 1840, §. 8 den gleichen Grundsatz vor.

(4. A.) In Anwendung auf Regreßklagen nach vorheriger Litisdenunziation (vor. Anm. 84) hat das Obertribunal diesen Grundsatz (die Verjährung der Spezialklage aus dem Rechtsverhältnisse) in dem Erk. v. 17. Novbr. 1859 (Anm. 84) angewendet und begründet.

86) Diese L. 9 beschränkt sich nicht bloß auf Personalklagen, sondern ist von allen Klagen ohne Unterschied zu verstehen. Pr. des Obertr. 1820a, vom 28. Dez. 1846. (Entsch. Bd. XV, S. 126.)

87) Unter den bis zum Schlusse verhandelten, dann aber unentschieden liegen gebliebenen Prozessen sind nur solche zu verstehen, in denen von den Parteien nichts mehr vorzunehmen ist, um die Entscheidung der Sache auszuwirken, und welche mithin bloß durch die Schuld des Richters liegen geblieben sind. Dahingegen findet die Deklaration auf solche Prozesse keine Anwendung, in denen zwar die gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Schriften eingegangen sind, von den Parteien aber noch nicht zum Erkenntnisse submittirt, oder die Sache auf den Antrag des einen oder anderen Theils ausdrücklich für beschlossen erklärt ist. Pr. des Obertr. 1820b, v. 28. Dezbr. 1846. (Entsch. Bd. XV, S. 126.)

88) Durch eine Ministerial-Instruktion vom 27. Juli 1839 ist als dieser Zeitpunkt festgestellt:

schung dieser Kompetenz an, in Ansehung der Verjährung, die in den einzelnen Landestheilen geltenden Gesetze in Anwendung zu bringen sind.

§. 555. So lange aber die Sache nur durch die Schuld des Richters liegen bleibt, läuft keine Verjährung[89]).

§. 556. Wird der Kläger durch ein Dekret abgewiesen, und macht er von den dagegen zulässigen Rechtsmitteln binnen Dreißig Tagen keinen Gebrauch, so nimmt mit dem Ablaufe dieser Frist die neue[90]) Verjährung wider ihn den Anfang.

§. 557. Hat er ein wirkliches Erkenntniß, wodurch er abgewiesen worden, rechtskräftig werden lassen, so hat es dabei lediglich sein Bewenden[91]).

---

1) in Betreff derjenigen Landestheile, in welchen das L.R. und das Gem. Recht gilt und welche zu einem Staate des vormaligen Rheinbundes gehört haben, der 1. August 1806, als der Tag, an welchem der Reichsversammlung der Abschluß der rheinischen Konföderationsakte und der Austritt jener Staaten aus dem Reichsverbande notifizirt worden ist; insofern aber der Staat dem Rheinbunde später beigetreten ist, der Tag des erfolgten Beitritts; 2) in Betreff der übrigen Landestheile des A. L.R. und des G. R. der 12. Juli 1807, als der Tag, an welchem die Ratifikationsurkunden über den Tilsiter Friedensschluß ausgefertigt worden sind; 3) in Ansehung der Rheinprovinzen, soweit das franz. R. gilt, der 9. März 1801, als der Tag, an welchem der am 9. Febr. 1801 unterzeichnete Lüneviller Friede, welcher diese Landestheile des linken Rheinufers von Deutschland trennte, von Seiten des Reiches ratifizirt worden ist. (J.M.Bl. 1839, S. 287.) — Auf die in manchen Landestheilen, namentlich auch im Fürstenthume Münster, sowie den übrigen durch den Reichs-Deputations-Hauptschluß vom 25. Februar 1803 an Preußen abgetretenen Entschädigungsländern schon vor Errichtung des Rheinbundes oder vor dem Abschlusse des Tilsiter Friedens vorhanden gewesenen Privilegia de non appellando ist deshalb keine Rücksicht genommen worden, weil die Reichsgerichte denselben niemals rückwirkende Kraft beigelegt, sich vielmehr in den damals anhängig gewesenen Sachen fortwährend für kompetent erachtet haben. R. v. 26. September 1839. (J.M.Bl. S. 330.)

89) Hierzu hatten einige Monenten bemerkt, daß die Negligenz des Richters der Negligenz des Klägers nicht patrociniren könne, folglich, wenn dieser die Sache bei dem Richter zu urgiren unterlasse, eine neue Präskription wider ihn anfange. Suarez fand dies ganz richtig und schlug eine entsprechende Bestimmung vor. Es wurde jedoch konkludirt, daß es bei dem §. 555 verbleiben solle. Simon, Material. S. 528, Nr. 3. Der §. 555 hat den von mehreren gemeinrechtlichen Schriftstellern vertheidigten Grundsatz aufgenommen: quod praescriptio quadragenaria allegari nequit, si non penes litigantes, sed judicium stetit, quo minus litem prosequeretur. Boehmer, Consult. et decis. Tom. I, dec. 930, no. 6, 10 und 11.

90) Hier ist unter der neuen Verjährung die Klageverjährung verstanden, wie aus den Materialien zu entnehmen. Einige Monenten hatten erinnert, daß, wenn der Kläger abgewiesen werde, die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten. Suarez bemerkte darauf: „Wird der Kläger abgewiesen, so geschieht solches entweder per decretum, oder per sententiam. Letzteren Falles ist von keiner Präskription mehr die Frage, weil der Kläger alsdann ein judicatum wider sich hat. Geschieht aber die Abweisung bloß per decretum, so steht dem Kläger der Rekurs dagegen an die höhere Behörde offen. Vernachlässigt er diesen, so ist er von neuem negligens, folglich kann auch die neue pr. extinctiva wider ihn anfangen." Simon, Material. S. 527, 528. Hierauf wurden die §§. 556 und 557 hinzugefügt. Die Abweisung per decretum hindert mithin die Wiederholung der Klage nicht; die Sache erlangt dadurch kein Ende.

91) D. h. es kann auf eine Verjährung nicht weiter mehr ankommen. S. die vor. Anm. 90. Nach Suarez' Ansicht müßte ein abweisendes Erkenntniß, sei es gefaßt wie immer — auch wenn es angebrachtermaßen abweist — die Erneuerung desselben Anspruchs allemal ausschließen. Denn er meinte, die Frage: ob die Verjährung unterbrochen sei, wenn der Kläger nur angebrachtermaßen abgewiesen worden, könne bei uns nicht vorkommen, weil unsere Pr.-O. dergleichen Abweisungen nicht kenne. Simon, Material. S. 543, Nr. 5. Die Praxis hat sich jedoch anders gestaltet. Ueber die Wirkung einer unrichtig begründeten Klage in Beziehung auf die Verjährung der richtigen Klage ist man nicht einerlei Meinung. Man hat gesagt, daß auch die Verjährung der richtigen Klage durch die angebrachtermaßen abgewiesene Klage unterbrochen worden sei, weil der Kläger doch immer aufgehört habe negligens zu sein. Dies ist jedoch nicht juristisch. Wenn Jemand 100 aus einem Kaufe zu fordern hat und er klagt wegen 100 aus einem Darlehn, so kann die Verjährung der nicht gebrauchten actio emti venditi unmöglich durch die ungegründete condictio ex mutuo unterbrochen werden. Vielmehr tritt hier die Bestimmung des §. 557 ein: es hat bei der Abweisung, nämlich der Darlehnsklage, sein Bewenden; andere Klagerechte, die der Kläger etwa sonst noch hat, werden dadurch gar nicht betroffen. (5. A.) Dies wird auch nach den Grundsätzen des Gemeinen Rechts angenommen. Unter Anderem führt Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 125,

§. 558. Auch wenn ihm das eingeklagte Recht durch ein rechtskräftiges Urtel[92]) wirklich zuerkannt worden, kann dennoch eine neue[93]) Verjährung durch Nichtgebrauch wider ihn anfangen[94]).

§. 559. Der Anfang dieser neuen Verjährung ist bei Zahlungen oder Prästationen, die zu einer gewissen Zeit, oder bei einer gewissen Gelegenheit geleistet werden sollen, der Tag, wo die Zahlung oder Prästation zum ersten Male fällig war.

§. 560. Bei andern Rechten[95]) nimmt die neue Verjährung erst nach einem Jahre, von dem Tage an, da das Urtel rechtskräftig geworden ist, ihren Anfang[95a]).

---

S. 444, II, Nr. 3 aus: Wenn der Anspruch des Klägers völlig abgewiesen wird, demungeachtet aber ein anderer Anspruch noch übrig ist, der zwar in der Begründung sich unterscheidet, in dem wesentlichen Zwecke aber mit dem zurückgewiesenen übereinstimmt, so wird die Verjährung fortlaufend gerechnet. Doch aber — fügt er bei — so, daß die Zeit, welche durch die erste Klage versplittert worden ist, nicht in Anrechnung kommt, weil die L. 16 C. de inoff. testam. (III, 28) verordne, daß für denjenigen, der zuerst den seinen Pflichttheil verletzenden letzten Willen geradezu jedoch erfolglos als nichtig oder untergeschoben angefochten habe, der hierdurch bewirkte Zeitverlust keine Verkürzung an der zur Anstellung der inofficiosi querela eingeräumten Zeit zur Folge haben soll. Das Gleiche soll nach seiner Ansicht gelten, wo zunächst bloß der Besitz einer Sache zum Gegenstande der abgewiesenen Klage gemacht worden und demnächst das s. g. Petitorium angestellt ist. Die Zulässigkeit der Analogie jener L. 16 in diesem Falle wie in anderen ähnlichen Fällen ist zu bezweifeln und im preußischen Rechte fehlt auch jene Verordnung, so daß selbst deren analoge Anwendung unmöglich ist. Hinsichtlich der Possessorienklage ist man gemeinrechtlich auch nicht einig, nach der Meinung Einiger soll dieselbe, wenn sie auch abgewiesen wird, (denn siegt der Kläger, so tritt ja in Folge der Exekution usurpatio naturalis ein), die Usukapion unterbrochen haben. M. s. Donell, Comment. jur. civ. V, 21; Kind, Quaest. for. III, c. 32; Wening v. Ingenheim, II, §. 52. Die Frage erfordert eine besondere Erörterung. Die Praxis des Obertribunals ist mit dem A. L.R. im Einverständniß. „Es versteht sich von selbst" — sagt dasselbe —, „daß in beiden Fällen (Anmeldung der Klage bei der Extinktivverjährung und Insinuation bei der Akquisitivverjährung) eine in früheren Akten enthaltene Anmeldung oder Verfolgung einer Klage die Verjährung in Betreff eines ganz anderen Anspruchs nicht unterbrechen kann." Erk. vom 11. Mai 1863 (Entsch. Bd. LII, S. 59).

(4. A.) Der §. 557 setzt eine definitive Abweisung oder mindestens eine Abweisung in der angebrachten Art voraus und findet auf den Fall der Abweisung zur Zeit keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 24. September 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 234).

92) Eine im Konkurse ergangene Klassifikatoria hat gegen den Gemeinschuldner selbst nicht die Wirkung eines rechtskräftigen Urtels, und unterbricht gegen ihn auch nicht den Lauf der Verjährung. Pr. des Obertr. 1845, vom 15. März 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 218). Ist nach neuem Konkursrechte nicht mehr praktisch, da die Klassifikatoria abgeschafft ist. Ein gerichtlicher Vergleich über rechtshängige Sachen hat in dieser Hinsicht nicht gleiche Wirkung, er hat nur die Wirkung eines Anerkenntnisses in Betreff der Verjährung. Vergl. Entsch. d. Obertr. Bd. XVIII, S. 177, und o. die Anm. 74.

93) Diese dauert in allen Fällen 30 Jahre. G. v. 31. März 1838, §. 10 und Pr. des Obertr. 1905 o. in der Anm. 73. (4. A.) Vergl. Erk. vom 28. Jan. 1859 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXII, S. 176) und vom 8. September 1862 (ebd. Bd. XLV, S. 327). Auch zu der neuen Verjährung rechtskräftig zuerkannter Rückstände an Konventionalzinsen ist der Ablauf einer 30jährigen, nicht aber einer nur zehnjährigen (Tit. 11, §. 849) Frist erforderlich. Der §. 849, Tit. 11 ist gänzlich beseitigt. Erk. des Obertr. vom 8. September 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 75). Ebenso zur Verjährung zuerkannter Wechselforderungen. Anm. 74a, Abs. 3.

94) Im ersten Entwurfe war die entgegengesetzte Bestimmung vorgeschlagen. Dagegen protestirten sämmtliche Monenten und Suarez trat ihnen quoad pr. extinctivam bei. Bei der pr. acquisitiva wollte er einen Unterschied machen. Derjenige, gegen welchen das judicatum ergangen, könne dagegen nicht präskribiren, weil er einmal in malam fidem versetzt worden. Simon, Material. S. 470, Nr. II. Daraus ist der §. 558 und der sich auf die Verjährung durch Besitz beziehende, den entgegengesetzten Grundsatz aussprechende §. 592 hervorgegangen. Damals dachte man noch nicht an die §§. 568, 569. Diese passen dazu nicht.

95) Auch bei Zahlungen, wenn in dem Urtel keine Zahlungszeit bestimmt ist. So ist es nach den Materialien gemeint. Der erste Entwurf hatte an Stelle des §. 558 eine entgegengesetzte Bestimmung. Darauf folgte die dem §. 559 entsprechende Bestimmung, welche so lautete: „Sie tritt ein, wenn auf Zahlungen oder Prästationen erkannt worden, welche zu einer gewissen Zeit, oder bei einer gewissen Gelegenheit geleistet werden sollen, und zwar von der Zeit an, da sie fällig waren." Suarez widersprach dem Vorschlage der Unverjährbarkeit (s. die vor. Anm.) und fügte bei: „Gesetzt es wäre erkannt: Cajus solle Titio 100 bezahlen, und in der formula sententiae wäre just das

§. 561. Eine bloße außergerichtliche[95b]) Erinnerung ist, für sich allein[96]), die Verjährung zu unterbrechen noch nicht hinreichend.

---

tempus solutionis nicht bestimmt; sollte dann die Forderung inpräskriptibel sein? M. E. fängt alsdann die Verjährung a die judicati von neuem zu laufen an; in dem Falle des §. 29 (559) aber, von dem im Urtel festgesetzten Tage." Simon a. a. O. §. 471. Darauf brachte der gedr. Entw. die unserem §. 560 entsprechende Bestimmung, welche dort so lautet: „Außerdem nimmt sie erst ꝛc." Diese Fassung entspricht dem Gedanken der Verf. besser als die des §. 560: „Bei anderen Rechten" u. s. w., wodurch der Zweifel angeregt werden kann: ob nicht andere als Forderungsrechte auf Zahlungen oder Leistungen gemeint sein möchten. Wie man zu dem Jahre nach der Rechtskraft gekommen, erhellet nicht; Suarez' Vorschlag war sachgemäßer, denn bei Verurtheilungen auf Zahlung ohne Fristbestimmung versteht sich die sofortige Fälligkeit.

95a) (4. A.) Diese Vorschrift kommt auch im Großherzogthume Posen hinsichtlich der vor Einführung des A. L.R. begonnenen erlöschenden Verjährung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß zur Anwendung. Erk. des Obertr. v. 4. März 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 281).

95b) (3. A.) Argumento a contrario wird in der Begründung des Pl.-Beschl. v. 6. Juni 1853 (Anm. 81, Satz 2 zu §. 551) behauptet, daß eine gerichtliche Mahnung unterbreche. Dafür giebt es keine prozessualische Form.

96) Für sich allein nicht; es muß noch etwas hinzukommen. Was dies sei, ist aus der Kontroversengeschichte dieses Rechtsgrundsatzes zu entnehmen. Nach Gemeinem Rechte war es streitig: ob bei Schuldforderungen die Verjährung durch Interpellation unterbrochen werde; die Römischen Quellen schweigen darüber. Dagegen kommen in Beziehung auf die Usukapion zwei Stellen vor: die L. 13 D. pro emt. (XLI, 4) und die L. 2 C. de annali exceptione (VII, 40). In der ersteren wird gesagt: Es habe Jemand einen fremden leeren Platz von dem Nichteigenthümer bona fide gekauft und vor Ablauf der Verjährung angefangen, darauf zu bauen; der Eigenthümer habe Einspruch (denunciatio) gemacht; der Besitzer habe den Besitz durch die ganze Verjährungszeit fortgesetzt. Es wird gefragt: ob die Ersitzung durch jenen Widerspruch unterbrochen worden sei. Der Jurist (Scävola) antwortet mit Nein. Die zweite Stelle ist eine Verordnung Justinians, welche gleichfalls bloß von der Ersitzung spricht. Die Verordnung giebt ein Mittel zur Unterbrechung der Verjährung, wenn wegen Abwesenheit, oder wegen Kindheit, oder Geisteskrankheit des nicht bevormundeten Besitzers die Abforderungsklage nicht angebracht werden kann. Der Eigenthümer oder Berechtigte soll diese Umstände in einer Beschwerde dem Provinzialpräsidenten, oder bei dessen Unzugänglichkeit dem Bischofe, oder dem Defensor der Stadt anzeigen, und wenn von allen diesen Personen keine anzutreffen ist, soll er seine Verwahrung, welche von Tabularien oder von dreien Zeugen mit zu unterschreiben, öffentlich vor der Wohnung des Besitzers anheften. Das soll zur Unterbrechung der Verjährung genügen. Das Mittel ist also die Protestation im heutigen Rechtssinne. Hinsichtlich der Personalklagen standen sich unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern und Praktikern zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen sollte die bloße außergerichtliche Mahnung unterbrechen; nach der anderen nicht, wenn nicht noch etwas hinzutrete. Was damit gemeint ist, findet man bei einem nicht unberühmten Vertreter dieser Meinung, nämlich bei Wernher, obs., P. III, obs. 164: „Extrajudicialis interpellatio possessorem regulariter in mala fide haud constituit, nec praescriptionem interrumpit; sed dantur tamen quidam casus, ubi illa sufficit, v. gr. conjuncta sit cum deductione juris, in continenti liquida, ita ut alter causae justitiam agnoscat." Nach dieser Meinung wird die Sache so gedacht, daß von der einen Seite gemahnt und von der anderen eine anerkennende Antwort gegeben wird. An eine gerichtliche Mahnung außer dem Falle der Klage, im Gegensatze zur außergerichtlichen, dachte kein Mensch, es konnte Niemand daran denken, weil es dafür keine prozessualische Form gab. Dies ist das Material, aus welchem die landrechtliche Bestimmung hervorgehen sollte. Der erste Entwurf hatte das Anerkenntniß und die Mahnung nicht zusammengestellt. Er lautete: „§. 20. Durch gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts wird die Verjährung immer unterbrochen. §. 22. Wer den Anderen nur außergerichtlich an seine Verbindlichkeit etwas zu thun oder zu dulden erinnert, unterbricht dadurch diese Art der Verjährung nicht." Zu §. 22 war von Scherer folgendes Monitum eingegangen: „Ich würde annehmen, daß bei allen Personalklagen eine außergerichtliche Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung hinreicht, weil der Gemahnte gewöhnlich seine Schuldigkeit einräumt, und nur Frist zur Zahlung sucht. Daß er bei der Mahnung die Forderung nicht eingeräumt, sondern derselben widersprochen habe, muß er allenfalls beweisen." Das Monitum harmonirte vollständig mit dem Stande der verschiedenen Meinungen. Suarez wußte davon nichts; er antwortete: „Herr Scherer macht hier ein Monitum, welches ich nicht verstehe, es wäre denn, daß er bei Realklagen einen Unterschied statuiren wollte, zu dem ich aber keinen Grund absehe. Meines Ermessens ist der Satz bei der praescriptione extinctiva, sie mag ein jus personale oder reale betreffen, richtig; hier verliere ich mein Recht propter solum nonusum. Wenn ich nun den Anderen mahne, so gebrauche ich ja mein Recht, also können mich die Folgen des nonusus nicht treffen." Suarez war also ein Anhänger der ersten der gedachten beiden Meinungen. Man ging jedoch darauf nicht ein, das Concl. lautet: „cessat monitum." Simon und v. Strampff, Zeitschrift, Bd. III, S. 466. Es blieb

§. 562. Durch gegenseitiges[97]) Anerkenntniß des Rechts aber wird die Verjährung immer unterbrochen[98]).

§. 563. Von der Zeit einer solchen Unterbrechung kann sie jedoch von neuem[98a]) angefangen werden.

§. 564. Ist die Verjährung bereits vollendet, so hebt ein Anerkenntniß des verloschenen[99]) Rechts die Wirkung derselben nur in sofern auf, als aus diesem Anerkenntnisse, nach den Gesetzen, ein neuer Rechtsgrund entsteht[100]).

---

also bei den im Entwurfe vorgeschlagenen Sätzen über Anerkennung und Mahnung. Aber nach ihrer Stellung und Fassung hatten sie unter sich keinen Zusammenhang, was doch nach der Quelle vorausgesetzt wird. Das ist bei der Umarbeitung des Entwurfs geändert: der §. 22 erscheint dort (Th. II, Tit. 6, §. 443) als Fortsetzung des §. 20 und ist mit diesem durch die eingeschaltene Partikel „aber" in inneren Zusammenhang gebracht, so wie sie sich hier in diesem Titel als §§. 561, 562 zeigen. Aus dieser Geschichte erhellet: 1. daß die §§. 561 und 562 zusammengehören, indem der §. 562 den §. 561 ergänzt; 2. daß das hier in Rede stehende Anerkenntniß als Thatsache aufzufassen ist und daher der Schriftform nicht bedarf, die wohl auch selten auf die mündliche Mahnung zu erlangen sein würde; 3. daß die auf die Mahnung erfolgende anerkennende Antwort nicht der einzige denkbare Fall ist, in welchem die außergerichtliche Mahnung den Lauf der Verjährung unterbricht; 4. daß es unzulässig ist, aus dem §. 561 durch ein argumentum a contrario den Satz zu entnehmen, daß eine gerichtliche Mahnung, verschieden gedacht von der Klageanmeldung, geeignet ist, die Verjährung zu unterbrechen; diese neue Theorie des Obertribunals (s. die vor. Anm. 95a) ist ohne allen geschichtlichen und ohne allen Rechtsboden. Für eine solche gerichtliche Mahnung giebt es, abgesehen von den Kapitalskündigungen, die nur auf Geldschulden berechnet sind (A. G.O. Th. I, Tit. 28, §. 16), nicht einmal eine Form; die gerichtliche Mahnung ist ein überall unbekanntes Institut. Auch eine außergerichtliche Protestation ist kein allgemeines Mittel zur Unterbrechung der Verjährung; man hat die Bestimmung absichtlich fehlen lassen. Simon und v. Strampff a. a. O. S. 526. — Eine außergerichtliche Abforderung genügt in dem Falle des §. 158, Tit. 14. (Entsch. des Obertr. Bd. IV, S. 341.) Dies ist aber nicht als Ausnahme anzusehen, denn die dort bestimmte Frist ist keine Verjährung, wenngleich das Obertr. sie dafür erklärt hat. S. die Anm. zum §. 158 a. a. O.

97) Das „gegenseitig" zeigt an, daß bei Ablegung des Anerkenntnisses eine Beziehung zwischen dem Anerkennenden und dem Gläubiger, die Absicht, die Schuld als noch bestehend anerkennen zu wollen, vorhanden sein müsse; und wenn in solchem Sinne die Anerkennung gegen einen Dritten ausgesprochen worden, so ist dann eine Unterbrechung der Verjährung allerdings eingetreten. Es verhält sich mit dem hier gemeinten Anerkenntnisse ähnlich wie mit dem, den Mangel der schriftlichen Form eines Vertrages heilenden Anerkenntnisse. Pr. des Obertr. vom 8. November 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 120, 122.) Vergl. die Anm. zu §. 185, Tit. 5.

Dadurch allein, daß die Erben bei der gegenseitigen Erbregulirung ohne Zuziehung des Gläubigers dessen Forderung an den Erblasser für noch bestehend erklären, wird die Verjährung derselben nicht unterbrochen. Ein gegenseitiges Anerkenntniß, welches zur Unterbrechung der Verjährung geeignet sein soll, ist nur dann vorhanden, wenn eine Thätigkeitsäußerung des Berechtigten oder Gläubigers, eine Entgegennahme des Anerkenntnisses, damit verbunden ist. Pr. des Obertr. 2005, vom 3. März 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 123). Oder auch eine die Anerkennung bezweckende oder enthaltende Erklärung gegen einen Dritten. Denn die Vorschrift des §. 562 erfordert zu ihrer Anwendung nicht, daß das Anerkenntniß in einem mit dem Berechtigten abgeschlossenen Vertrage oder unmittelbar gegen diesen erfolgt sei. Es reicht hin, wenn der Verpflichtete — seine fortdauernde Verbindlichkeit unzweideutig anerkannt hat; und der Lauf der Verjährung wird insonderheit dadurch unterbrochen, daß der Verpflichtete einem Dritten die Berichtigung der ihm obliegenden Schuld überweist (aufträgt). Pr. 1646, vom 13. Nov. 1845. — Dieses gegenseitige Anerkenntniß ist an keine Form gebunden; es kann auch durch Handlungen ausgedrückt werden und erheischt zu seiner Gültigkeit, auch bei Gegenständen über 50 Thlr., nicht die schriftliche Form. Pr. des Obertr. 2294, v. 27. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 192). Dergleichen Handlungen sind z. B. auch Sicherheitsbestellung, Zinsenzahlung (welche das Obertrib. aber auch unter den Begriff der Ausübung des Rechts gebracht hat, s. die Anm. zu §. 438, Tit. 5), Abschlagszahlung auf eine ausdrücklich bezeichnete Schuld (II, 1, §. 1084), Fristgesuch (§. 510 d. T.). Vergl. Erk. des Obertr. v. 14. Oktbr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 326). Auch der Vergleich enthält ein solches Anerkenntniß. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 171 ff.

98) Das Anerkenntniß einer Schuldverbindlichkeit unterbricht die Verjährung auch dann, wenn nicht zugleich der Betrag anerkannt wird, z. B. Anerkennung einer Verbindlichkeit zum Schadensersatze ohne Anerkennung des Betrages. Pr. d. Obertr. v. 20. April 1827 (Simon, Rechtsspr. I, 78).

98a) Ueber die Dauer der neuen Verjährung: oben, Anm. 85 zu §. 554.

99) Die Wirkung der Verjährung besteht also in der Verlöschung, Zerstörung des Rechts, was mit dem §. 568 nicht harmonirt. S. u. die Anm. zu §§. 568, 569.

100) Dieſer Satz paßt weder zu der Theorie, nach welcher die Verjährung eine Vernichtung oder Verlöſchung des Rechts wirkt, noch zu der, nach welcher aus der Verjährung nur die Vermuthung irgend einer Aufhebung entſtehen ſoll (§. 568), noch iſt der damit verknüpft geweſene juriſtiſche Gedanke erkennbar und die praktiſche Anwendung iſt gar ſchwierig. Was jene Theorie betrifft, ſo kann ein ganz und gar (ipso jure) verloſchenes Recht durch bloßes Anerkenntniß nicht wieder exiſtent werden, und was die andere Theorie (§. 568) anlangt, ſo iſt bei derſelben ein beſonderes qualifizirtes Anerkenntniß, „aus welchem ein neuer Rechtsgrund entſteht," unmöglich erforderlich, da die Vermuthung ſchlechtweg durch die Wirklichkeit, mithin durch die Erklärung des Schuldners, daß die Schuld noch nicht aufgehoben worden, beſeitigt werden kann. — An welchen Rechtsbegriff man bei einem Anerkenntniſſe denken ſoll, „aus welchem, nach den Geſetzen, ein neuer Rechtsgrund entſteht," iſt nicht zu ſagen, denn ein Anerkenntniß iſt überhaupt gar keine Entſtehungs- oder Begründungsart für ein Schuldverhältniß. Vgl. o. Anm. 80 zu §. 189, Tit. 5. Der ganze Satz iſt durch einen Rechtsirrthum entſtanden. Der erſte Entwurf hatte im §. 20 nur den Satz: „Durch gegenſeitiges Anerkenntniß des Rechts wird die Verjährung immer unterbrochen." Heidenreich monirte, es ſei zu ſetzen: „die noch nicht vollendete Verjährung" u. ſ. w. Dazu bemerkte Suarez: „Herr Heidenreich meint, wenn auch nach vollendeter Verjährung das ſtreitige Recht anerkannt würde, ſo ſchade doch ſolches dem Präkribenten nicht, und will dies ausdrücklich geſagt haben. Die Sache ſcheint mir ſehr zweifelhaft; ich bin aber geneigter das Gegentheil anzunehmen, denn die Agnition iſt ein neuer Rechtsgrund." Hierauf iſt konkludirt: „Nach vollendeter Verjährung wird die Verbindlichkeit per agnitionem erneuert." Simon, Material., S. 466. Hier iſt alſo vorausgeſetzt: das Anerkenntniß ſei ein Entſtehungsgrund für ein Schuldverhältniß. Nun brachte der gedruckte Entwurf den §. 445 d. T., welcher mit unſerem §. 564 wörtlich gleichlautet. Er iſt dem Konkluſum nicht entſprechend gefaßt; denn nach dem Konkluſum ſollte ein Anerkenntniß das erloſchene Recht erneuern; der §. 564 aber ſagt: das Anerkenntniß hebe die Wirkung der Verjährung nur inſofern auf, als aus dem Anerkenntniſſe, nach den Geſetzen, ein neuer Rechtsgrund entſteht. Wird die Satzung nach dem Wortlaute genommen, ſo iſt ſie ohne Inhalt, denn nach den Geſetzen iſt das Anerkenntniß kein neuer Rechtsgrund, d. h. ein Entſtehungsgrund. Nach dem Zuſammenhange iſt die Sache die: Gemeinrechtlich ſteht die Ausſchließung der Verjährung und die Modifizirung der Bedingungen oder Wirkungen der Verjährung in Frage. Eine ſolche Abänderung der Rechtsbeſtimmungen durch Parteiwillkür kann vor und nach Ablauf der Verjährung gedacht werden. Ueber die Zuläſſigkeit einer ſolchen Uebereinkunft vor Ablauf der Verjährung, ſei es ſogleich bei Eingehung des Rechtsgeſchäfts oder durch einen ſpäteren beſonderen Vertrag, iſt Streit; die Unzuläſſigkeit wird von Vielen behauptet, weil die Verjährung dem jus publicum angehörig und deshalb der Privatwillkür entzogen (L. 38 D. de pactis, II, 14; L. 45, §. 1 D. de reg. jur. L, 17). Neuere Geſetzgebungen, namentlich der Code civil Artt. 2220 bis 2222 und das öſtr. G.B. §. 1502 ſind dieſer Meinung gefolgt. Das A. L.R. hingegen hat, nach vorherigem Schwanken (Simon, Mater., S. 473, 474), ſich der entgegengeſetzten Anſicht angeſchloſſen. §§. 565—567, 669 d. T. Dagegen iſt man einverſtanden darüber, daß es geſtattet ſei, nach Ablauf der Verjährung auf die daraus erlangten Vortheile zu verzichten, womit auch jene beiden Geſetzbücher a. a. O. übereinſtimmen. Dies iſt es, auf was der §. 564 bezogen werden muß. Die Anwendung ſetzt mithin bei dem Verzichtenden das Bewußtſein der Erlöſchung des fraglichen Rechts und die Abſicht, die Wirkung der Verjährung aufzuheben, voraus.

(4. A.) Wie man ſich die Beſtandtheile des Inhaltes eines ſolchen Anerkenntniſſes, „aus welchem nach den Geſetzen ein neuer Rechtsgrund entſteht," zu denken habe, läßt ſich, wie geſagt, nicht beſtimmen, wenn man die Beſtimmung nicht auf einen Verzicht auf die durch die Verjährung erlangten Vortheile beziehen will. Das Obertr. läßt es in einem Erk. v. 19. Septbr. 1854 dahin geſtellt ſein, wie der neue Rechtsgrund hätte beſchaffen ſein müſſen; denn das damals vorliegende Anerkenntniß war bei einem Gegenſtande von mehr als 50 Thlrn. wegen Mangels der Schriftform unkräftig (Arch. für Rechtsf. Bd. XIII, S. 364), da das Anerkenntniß, wie es in dem Erk. des Obertr. vom 15. April 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 202) direkt ausgeſprochen wird und auch nicht zweifelhaft iſt, bei Gegenſtänden über 50 Thlr. ſchriftlich gegeben ſein muß. Dieſer Grund war für die Entſcheidung hinreichend, ja es könnte behauptet werden, daß ein ſolches Anerkenntniß wegen der darin enthaltenen Verzichtleiſtung allemal die ſchriftliche Form haben müſſe, wenngleich ſchon der bloße Nichtgebrauch des Einwandes der Verjährung im Prozeſſe die Vortheile der Verjährung entzieht. I, 16, §. 383. In einem jüngeren Erk. v. 7. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 329) nimmt das Obertr. an, ein Anerkenntniß, welches das Bekenntniß, daß die verjährte Schuld noch nicht getilgt worden ſei, und das Verſprechen, die ſchuldige Summe zu einer beſtimmten Zeit zu bezahlen, enthalte, ſei mit allen Erforderniſſen eines Schuldſcheins (§. 730, Tit. 11) verſehen, und ſtelle, wenn auch die Natur der urſprünglichen Verbindlichkeit durch die Ausſtellung des Schuldſcheins nicht geändert werde, einen neuen Rechtsgrund her. Was damit gemeint ſei, iſt juriſtiſch nicht verſtändlich. Der §. 730, Tit. 11 ſpricht von Schuldſcheinen über Darlehen, und die verjährte Schuld war für Beköſtigung entſtanden; es war weder eine neue Beköſtigung vorgekommen, noch ein Darlehn gegeben, folglich keine neue causa debendi gegeben worden, wie das Obertribunal vorgiebt; denn

Verträge über die Verjährung.

§. 565. Ueberhaupt hängt es von den Parteien ab[1]), bei[2]) Schließung eines Vertrags der Verjährung und dem daraus entstehenden Rechte, auch im Voraus, zu entsagen; ingleichen kürzere oder längere Fristen dazu, als die gesetzmäßigen sind, zu verabreden[3]).

---

ein instrumentum indiscretum stellt eine causa debendi nicht dar. Ein bestimmter juristischer Begriff wird nicht ausgesprochen in diesem Erkenntnisse, das Gesagte ist nicht faßbar. — (5. A.) In dem Erk. dess. v. 5. Septbr. 1865 wird das Anerkenntniß des §. 564 als ein die Wirkung der bereits vollendeten Verjährung wieder aufhebender Verzicht aufgefaßt. (Entsch. Bd. LV, S. 36.)

(4. A.) In der Unterschrift der Rechnung des Gläubigers seitens des Schuldners kann ein neuer Rechtsgrund und ein vollständiger Beweis, daß der Schuldner unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben habe entziehen wollen, nicht gefunden werden. Erk. d. Obertr. v. 15. April 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 201).

1) S. die vor. Anm. 100. Suarez trägt bei der Schlußrevision vor, daß diese streitige Frage hier nach der gemeinsten, auch in dem Tribunale rezipirten Meinung entschieden worden sei. (Jahrb. Bd. XLI, S. 14.) Die „gemeinste" Meinung soll vielleicht diejenige sein, welche die mehrsten Anhänger hatte. Das ist aber völlig unentschieden. Die gewichtigsten Meinungen waren auf der anderen Seite, u. A. auch der damals einflußreiche Rave, §. 167, und heutzutage u. A. v. Savigny, Bd. V, S. 411, auch sind die beiden neueren Gesetzgebungen (s. die vor. Anm.), welche gleichfalls dieser Meinung folgen, wohl nicht gewichtlos. Suarez selbst stand auf dieser Seite. Simon, Mater., S. 474.

2) Nicht bloß bei Schließung des Rechtsgeschäfts, worauf sich künftig eine Verjährung beziehen könnte, d. h. also in einem Nebenvertrage, sondern auch nachher, durch einen besonderen Vertrag, können die Betheiligten dies ausmachen. Vergl. die Anm. 100 a. E.

3) Jetzt ist Ungewißheit und Meinungsverschiedenheit darüber; was für Verträge als solche anzusehen sind, welche über die Verjährung geschlossen worden. Das Obertribunal hat zwei hier einschlagende Präjudizien geliefert: 1) Pr. 1722, v. 13. März 1846: Die in einem Vertrage enthaltene Stipulation, daß die dadurch begründeten Rechte bei Verlust derselben binnen einer bestimmten Frist geltend gemacht werden müssen, namentlich die in den Schlußzetteln der vereidigten Berliner Kourtiers sich vorfindende Bestimmung: „Auch müssen überall die Rechte aus dem gegenwärtigen Geschäfte in den nächsten sechs Wochen nach dem letzten Erfüllungstage durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, widrigenfalls selbige unbedingt erlöschen und nicht mehr verfolgt werden können", ist nicht als ein Vertrag über die Verjährung anzusehen (Entsch. Bd. XIV, S. 222). 2) Ein uneingeschriebenes Präj. v. 25. Januar 1849: Die Bestimmung in einem Assekuranzvertrage, daß jeder nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Unfalle festgestellte oder nicht vor den Richter gebrachte Entschädigungsanspruch erloschen sei, enthält eine Bedingung und nicht die Verabredung einer kürzeren Verjährungsfrist. (Entsch. Bd. XVII, S. 361.) Mehrmals wiederholt, namentlich in den Erkenntnissen vom 13. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 64 und Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 130); vom 5. Juni 1860 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 35); vom 7. Juni 1866 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXIV, S. 140), in welchem letzteren zugleich ausgeführt wird, daß die in der Police enthaltene Bestimmung: „alle nicht innerhalb 6 Monaten — — durch — Klage — anhängig gemachte Ansprüche — — sind — erloschen", sich nicht so verstehen lasse, daß diese Klage binnen der 6 Monate — behändigt sein müßte; sondern es genüge, daß die — Ansprüche durch — Klage vor dem zuständigen Gerichte inuerhalb der stipulirten Frist geltend gemacht weiden. Für beide Aussprüche ist die Beweisführung ungenügend; durch weit schlagendere und überzeugendere juristische Gründe läßt sich das gerade Gegentheil darlegen. Wenn der Gegenstand der Verabredung die Dauer des Klagerechts (Anspruchs) ist, so ist die Verabredung ein Vertrag über die Verjährung. (4. A.) In einem Erk. v. 5. Juni 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 35), betr. die Fristbestimmung in einem Lebensversicherungsvertrage zur Geltendmachung des Anspruches daraus, ist die Auffassung der Fristbestimmung als einer Bedingung aufrecht erhalten. Zur Rechtfertigung wird von der hypothetischen Bedeutung der Definition des §. 500, wie sie in der Anm. 1 dazu angegeben ist, ausgegangen, und gesagt, daß sonach lediglich die im positiven Rechte besonders anerkannten Fälle unter den Begriff zu beziehen seien, dagegen sonstige, zur Ausübung oder Erhaltung gewisser Befugnisse (? darunter sind doch die Klagerechte nicht begriffen) gestattete Fristen nicht nach den Vorschriften von der Verjährung zu beurtheilen, vielmehr ablaufen, ohne daß es auf die Erfordernisse der letzteren ankomme und (das ist das Punktum) vertragsmäßig ohne Beobachtung der §. 566 vorgeschriebenen gerichtlichen Form eingeführt werden können. Das ist jedoch weiter nichts als eine Behauptung, welche zu erweisen ist. Es handelt sich hier um die Anwendung einer Klage innerhalb einer gewissen Frist. Jede Klage erlischt durch den Ablauf einer für sie gesetzlich bestimmten Frist. Diese Frist kann willkürlich von den Kontrahenten verändert werden, aber nur in der §. 566 bestimmten Form. Diese Form will das Obertribunal dadurch umgehen, daß es die willkürliche Fristbestimmung für eine Bedingung erklärt. Das ist rein willkürlich. Ebenso müßte, wenn in einem außergerichtlichen Kaufkontrakte ausgemacht worden wäre, daß, wenn der Käufer das kreditirte Kaufgeld nicht binnen 8 Tagen nach der Ueber-

§. 566. Es muß aber ein solcher Vertrag, bei Strafe der Nichtigkeit dieser [4]) Verabredung, gerichtlich [5]) verlautbart, und wenn er ein Grundstück, oder ein darauf eingetragenes dingliches Recht betrifft, in den gerichtlichen Grund- und Hypothekenbüchern verzeichnet werden.

§. 567. Verträge dieser Art, die nicht ein bestimmtes Geschäft, oder einen bestimmten Gegenstand betreffen, sind, soweit sie etwas über die Verjährung bestimmen sollen, ohne rechtliche Wirkung.

§. 568. Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt [6]) die rechtliche Ver- Wirkung der Verjährung.

---

gabe einklage, die ganze Kaufgelderforderung erloschen sein sollte, als eine Bedingung angesehen werden. Mir scheint das ein juristischer Unsinn zu sein. Aber die Unzulässigkeit der Auffassung einer solchen Fristbestimmung *als Bedingung* ergiebt sich ja ganz handgreiflich aus der rechtlichen Natur der Bedingung und deren Wirkung, welche letztere nur darin besteht, daß das *bedingte* Rechtsgeschäft, je nachdem die Bedingung eintrifft oder unerfüllt bleibt, entweder als aufgelöst oder als unwiderruflich zu betrachten ist. Wie soll denn nun bei einem lästigen Geschäfte, welches von der einen Seite vollständig erfüllt ist, der Erfüllende durch die Versäumung der zur Einforderung der Gegenleistung formlos bestimmten Frist um sein ganzes Recht aus der Erfüllung kommen können? Das ist zu erweisen. Aus dem Nichteintreffen der Bedingung kann nie ein Verlust des Rechts, sondern nur die Auflösung des Geschäfts folgen. (5. A.) Der Versicherte müßte also, nach Versäumung der Einforderung seiner Entschädigung, die Prämie zurückerhalten. — In dem angef. Erk. v. 7. Juni 1866 sagt das Obertr. zum Beweise seiner Behauptung: „Die Schadenersatzforderung des Versicherers (soll heißen *Versicherten*) wird dadurch allein, daß ein Brand stattgefunden hat, noch nicht begründet; sondern es muß zugleich feststehen, daß dadurch versicherte Gegenstände beschädigt oder vernichtet worden sind." (S. 140 a. a. O.) Was soll das wol bedeuten? Wenn unversicherte Gegenstände verbrennen, so ist ein casus assecurationis ja nicht vorhanden und eine Forderung gar nicht entstanden, folglich kann auch keine verjähren oder sonst erlöschen. Weiter heißt es: „Die Police giebt dem Versicherten kein absolutes Recht auf Schadenersatz, sondern macht ein solches Recht davon abhängig, daß binnen 6 Monaten vom Tage des Brandes angerechnet, bestimmte Schadenersatzansprüche durch — Uebereinkunft der Parteien festgestellt, oder Seitens des Versicherten durch — Klage anhängig gemacht werden. Beide Thatsachen stellen sich mithin als Bedingungen dar." (S. 140 unten.) Das ist wieder bloße Behauptung, eine Folgerung ohne Schlüssigkeit. Die beiden bezeichneten Thatsachen erscheinen bei einer jeden Verjährung genau ebenso; man könnte daher eine jede der Verjährung unterliegende Forderung eine *bedingte* nennen, ohne damit etwas auszurichten oder bewiesen zu haben.

Vergl. oben die Anm. 102 zu §. 100. Tit. 4.

4) Nur diese Nebenabrede ist hinfällig; hinsichtlich des Hauptvertrages bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften über die Vertragsformen.

5) Unter Beobachtung dieser Vorschrift kann auch der Wechselverjährung gültig entsagt werden. Gutachten des Ges.-Komm. v. 22. Oktbr. und Konfirmationsreskr. v. 9. November 1795. (*Stengel*, Bd. X, S. 273 ff.) Pr. des Obertr. Nr. 9 ohne Datum.

6) Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt nach den Bestimmungen des A. L.R. gänzliche Erlöschung, Zerstörung, den Verlust des Rechts selbst unmittelbar durch sich selbst (ipso jure). M. s. die §§. 501, 502, 564 d. T.; §. 7, Tit. 16; die Anwendung §. 377, Tit. 16 und §. 631, Tit. 18. Das wird auch von den Verfassern mehr als einmal ausgesprochen. „Alle Rechte, die in einer Einschränkung der Freiheit und Rechte eines Anderen bestehen, gehen per solum nonusum intra tempus lege definitum verloren," sagt *Suarez* zu dem *Klein*'schen Entwurfe, *Simon*, Mater., S. 423. Ferner auf die Monita gegen den gedruckten Entwurf: „Wenn es bloß darauf ankommt, daß ein Recht erlöschen, und der Verpflichtete die Befreiung von der aus diesem Rechte entspringenden Verbindlichkeit erlangen soll: so ist es in der Natur der Sache gegründet, daß es dabei nur auf die Person dessen ankomme, der das Recht hat, und wenn dieser sein Recht durch 30 Jahre vernachlässigte, so können die Gesetze, ohne mit sich selbst im Widerspruche zu stehen, diese Vernachlässigung durch den Verlust des Rechtes strafen. Bei dem Verpflichteten kommt er dabei auf bonam oder malam fidem nicht an, denn bei ihm ist gar kein Faktum in medio, wo diese Redlichkeit und Unredlichkeit sich hätte äußern und wodurch er zur Verjährung hätte mitwirken müssen." *Simon* a. a. O. S. 508. Den Voraussetzungen und Anwendungen entsprechend wollte *Suarez* hier an dieser Stelle den Grundsatz selbst, „und zugleich den bei der ganzen Lehre de praescriptione extinctiva zum Grunde liegenden Satz, *daß es dabei auf bonam fidem a parte des Verpflichteten nicht ankomme*, zur Hebung aller Zweifel erwähnen," und folgende §§. einschalten: „Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt eine gänzliche Befreiung des Verpflichteten von seiner bisherigen Verbindlichkeit. — Diese Wirkung wird durch den Einwand, daß der Verpflichtete seine Verbindlichkeit gewußt habe, nicht gehindert." *Simon* a. a. O. S. 532. Statt derselben kamen die beiden §§. 568 u. 569 zur Entstehung, welche ganz fremdartig sind und deshalb zu den Grundsätzen und

muthung, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden [6a]).

§. 569. Diese Vermuthung kann nur durch den vollständigen Beweis, daß der

---

Bestimmungen des A. L.R. durchaus nicht passen. Damit hat es folgende Bewandtniß. Damals (1790) war die 3. Eichmann'sche Ausgabe des Rave'schen Buchs über die Verjährung erschienen, welches wegen des Einflusses, den es lange ausgeübt, merkwürdig ist. Rave hat in Beziehung auf die Bedingungen der Klageverjährung, namentlich in Betreff der bona fides, eine eigenthümliche, vereinzelt gebliebene Meinung. Er ist für die Meinung, nach welcher zur Klageverjährung bona fides erforderlich ist; das Eigenthümliche seiner Meinung bezieht sich auf den Beweis der mala fides. Die Klageverjährung, sagt er, bewirkt nur eine starke Vermuthung der Tilgung. Diese Vermuthung wird nur durch den Beweis zweier Thatsachen entkräftet: 1) daß die Schuld wirklich noch fortdauere, 2) daß der Schuldner dieses wisse. §. 133. Dadurch soll der Beweis der mala fides geführt werden, die der Richter aus den Umständen zu erkennen habe. Dieses Buch mußte wohl der Großkanzler Carmer kurz vorher gelesen haben. Als Suarez über die Monita vor demselben Vortrag hielt, fiel sein Vorschlag und es wurde konkludirt: „Es findet der Beweis statt, daß der Verpflichtete gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden (Verbindlichkeit) der Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich entziehen wolle." Simon a. a. O. S. 532. Der umgearbeitete Entwurf brachte dann an dieser Stelle die beiden §§. 568 u. 569 in ihrer gegenwärtigen Fassung und Suarez sagte zu deren Rechtfertigung in seinen amtlichen Vorträgen: „Nach der Praxis wird zwar, sobald die Frist abgelaufen ist, nach der bona fides nicht mehr gefragt; der Theorie aber ist dieses nicht gemäß. Denn lapsus temporis begründet nur eine praesumtionem juris für den Präskribenten, welche den Beweis des contrarii niemals ausschließt." Simon S. 580. Diese Rechtfertigung ist zum Theile eine wörtliche Uebersetzung aus Rave §. 132, wie denn Suarez überhaupt bei dieser Gelegenheit (im Staatsrathe) nicht seine eigene Meinung, sondern die Carmer'sche Theorie nach Rave vortrug. Die in den §§. 568 u. 569 reproduzirte Lehre des Rave setzt die hindernde Unredlichkeit nicht auf den Anfang oder in den Lauf der Verjährung, sondern in die Zeit nach der Vollendung, nämlich in die des Prozesses: der Schuldner soll gegenwärtig wissen, daß er noch schuldig sei. Im Uebrigen ist das A. L.R., vielleicht bis auf die einzige Beziehung im §. 245, Tit. 20, unverändert geblieben; diese beiden §§. sind wie ein fremder Körper unvorbereitet eingeschoben und stehen ohne eigentlichen Einfluß neben den Grundsätzen des A. L.R. über die Verjährung, nach welchen keine bona fides erforderlich ist. v. Savigny, System, Bd. V, S. 343 ff., 346 ff., 406. — Nach Gemeinem Rechte — so spricht das Obertr. in dem Pr. 1100, vom 29. Januar 1842 aus — ist sie namentlich hinsichts solcher Ansprüche, die auf eine Zahlung oder Leistung gerichtet sind, auch nicht erforderlich; und in Fällen, wo die Klageverjährung durch Nichtgebrauch schon vor Publikation des A. L.R. vollendet ist, kann auf die Vorschriften der §§. 568, 569 nicht zurückgegangen werden. (Entsch. Bd. VII, S. 257.) (4. A.) Später hat sich das Obertribunal unbedingt für die Meinung erklärt, nach welcher das c. 20 X. de praescriptionibus (II, 26) nur auf die erwerbende und nicht auf die löschende Verjährung Anwendung findet. Diese Stelle wird nämlich in den Worten: „unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae" von Einigen in der Anwendung auf die erwerbende Verjährung beschränkt, indem sie darin nur eine Abänderung des R. R., namentlich der L. un. C. de usucap. transform. (VII, 31) in den Worten: „non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia," sehen; Andere wollen sie nur bei solchen Klagen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet sind, angewendet wissen; noch Andere beziehen sie unbedingt auch auf die löschende Verjährung. v. Savigny hält die zweite Meinung für die richtige. System, Bd. V, S. 331 ff. Das Obertribunal vertritt, wie gesagt, die erste Meinung. Erk. vom 17. Februar 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 32).

6a) (5. A.) Aus Rave a. a. O. §. 130, lit. f, wo es heißt: „Denique haud inepte forsan dixeris, donationem aut remissionem praesumendam esse in eo, qui integris triginta annis actionem non instituit." Der donatio aut remissio ist im §. 568 „eine oder die andere Art" (der Tilgung) substituirt.

(5. A.) Der §. 568 führt mitunter zu sonderbaren Behauptungen. Man hat z. B. u. A. daraus hergeleitet, daß derjenige, welcher den Rechtsgrund der gegen ihn geltend gemachten Forderung bestritten und daher deren Tilgung nicht behauptet hat, den Einwand der Verjährung eventuell gegen solche Forderung nicht geltend machen könne. Diesem Irrthume ist das Obertr. entgegengetreten. Erk. vom 21. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 116). „Es ist gar nicht inkonsequent, die Einrede der Verjährung neben irgend einer anderen Art der Vertheidigung, selbst neben der absoluten Verneinung, geltend zu machen." v. Savigny, System, Bd. V, §. 237, Note f, S. 268. Die Präsumtion ist ein Nebengrund der Einführung der Klageverjährung und besteht in der Unwahrscheinlichkeit, daß Jemand seine Klage durch 30 Jahre versäumt haben würde, wenn er nicht schon auf irgend eine jetzt nicht mehr erweisliche Art befriedigt worden wäre (S. 268 a. a. O.); sie paßt daher nicht bei kurzen Verjährungen.

andere unredlicher Weise, und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, sich der Erfüllung derselben entziehen wolle[7]), entkräftet werden.

§. 570. Wer einen Theil seines Rechts ausübt, der erhält dadurch das ganze Recht[8]).

---

7) Wie dieser Beweis geführt, d. h. wie die Vorschrift praktisch angewendet werden soll, ist nicht zu sagen. Der Erfinder dieser Lehre, Rave, §. 133, sagt: Der Richter habe die mala fides aus den Umständen zu erkennen, unter anderen aus folgenden Thatsachen: aus dem außergerichtlichen Geständnisse, aus dem Versuche, die Beweisurkunden zu unterdrücken, aus Mittheilungen, die er darüber von anderen Personen empfangen haben kann. Ueber die hierin liegende Verwirrung der Begriffe und die logischen Widersprüche s. m. v. Savigny, Bd. V, S. 344.

Das Obertribunal hat ausgesprochen: Zur Beseitigung der nach §. 568 aus der Verjährung durch Nichtgebrauch entspringenden Vermuthung der Tilgung der Schuld ist der dem Schuldner dahin zugeschobene Eid: daß die eingeklagte Schuld von ihm weder durch Zahlung, noch auf irgend eine andere Art berichtigt, und überhaupt keine Thatsache eingetreten sei, wodurch sich das Schuldverhältniß verändert habe, auch der Verklagte hiervon vollständig unterrichtet sei, — nicht geeignet. Pr. 1521, v. 8. Januar 1845. (Entsch. Bd. X, S. 107.) Die Eidesdelation muß auf bestimmte Thatsachen gerichtet werden; auf was für welche? das ist die Frage. Es müssen Thatsachen sein, aus welchen der Richter mit Zuverlässigkeit schließen kann, daß der Beklagte nicht nur das Bestehen seiner Verbindlichkeit gekannt, sondern sich derselben auch vorsätzlich unredlicher Weise entzogen habe. Die von Rave bezeichneten Thatsachen sind dazu nicht tauglich. Die Gesetzkommission verlangte im J. 1789 solche unredliche Handlungen des Schuldners, wodurch die Anstellung der Klage verhindert, also der Ablauf der Verjährung veranlaßt werde. (Klein's Annalen, Bd. VI, S. 311.) Dieser Sinn wird auch von manchen Schriftstellern der Stelle untergelegt. Mir scheint dieser Fall zu den Hindernissen, welche im Laufe der Verjährung eintreten, und nicht hierher zu gehören. Ich kann mir überhaupt keinen bestimmten Fall der Anwendung denken; mir ist im Verlaufe meiner langjährigen Praxis kein einziger vorgekommen und bekannt geworden. Erlebt habe ich folgenden: Jemand hatte im J. 1785 ein Landgut des ehemaligen Deutschordens auf zweimal 6 Jahre gepachtet, so daß die Aufkündigung nach den ersten 6 Jahren geschehen konnte. Als darauf, im Anfange der 90er Jahre, die Güter an den Fiskus fielen, wurden die Pächter aufgefordert, ihre Kontrakte vorzulegen. Jener zeigte den ursprünglichen Kontrakt vor, wonach er etwa 300 Thlr. jährl. Pacht zu entrichten hatte. Im J. 1827 fand aber die Domänenverwaltung aus einem alten Buche der ehemaligen Ordensrentei, daß dieser Pachtkontrakt vom J. 1785 nach den ersten 6 Jahre aufgehoben und 1791 ein anderer auf 6 J. geschlossen war, wonach der Pächter statt 300 Thlr. 800 Thlr. jährl. Pacht zu zahlen gehabt hatte. Sie nahm daher die Erben dieses Pächters noch nach 40 J. auf Nachzahlung der zu wenig gezahlten Pacht mit Erfolg in Anspruch. Aber sicherlich wird der §. 569 unpassend auf diesen Fall angewendet, da aus der Geschichte nicht erhellet, daß die Erben das Fortbestehen der Schuld wußten und daß sie sich derselben unredlicherweise entzogen hatten. — (4. A.) Die Thatsache, daß der Schuldner eine bestimmte Art der Tilgung eines der Zeit nach verjährten Zinsenrückstandes nur in Beziehung auf den älteren Theil dieses Rückstandes, nicht aber eine weitere Tilgung behauptet hat, giebt nicht den Beweis, welchen der §. 569 verlangt. Erk. des Obertr. vom 4. Mai 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 164).

8) „Wer ein Kapital zu fordern hat," sagt Suarez, „konservirt das Recht dazu, wenn er auch nur die Zinsen einfordert. Wer die Jagdgerechtigkeit hat, konservirt das Recht, wenn er auch nur mit der Flinte ohne Hunde jagt u. s. w. Die Meinung ist nun, wenn unter einem ganzen Rechte mehrere einzelne, nicht nothwendig zusammengehörende, Befugnisse begriffen sind, so erlöschen nur diejenigen einzelnen Befugnisse, deren Ausübung unterlassen worden, z. E. ich habe ex contractu ein Recht, von Jemandem jährlich gewisse Geld- und Naturalprästationes zu fordern, und ich habe mich seit 30 Jahren mit den Geldprästationen allein begnügt." Simon, Material., S. 532. Hieraus ist der folgende §. 571, der damals noch fehlte, entstanden.

Die Einforderung der Zinsen setzt den Gebrauch des entsprechenden Rechtsmittels voraus, denn die außergerichtliche Mahnung gilt nicht für eine wirksame Ausübung des Rechts (§. 561 d. T.). Erfolgt auf die Einforderung entsprechende Zahlung, so ist dann eine Einziehung vorhanden, worin eine Handlung des Gläubigers liegt, die, bei einer dinglichen Forderung, nicht bloß als Ausübung des dinglichen, sondern auch des persönlichen Rechts von Wirkung ist, und die den Anfang der Verjährung auch in Beziehung auf das persönliche Recht ausschließt. Entsch. des Obertrib. im Schles. Archiv Bd. V, S. 468. Vergl. hierzu auch die Anm. 37 zu §. 439, Tit. 5, u. L. 3 C. de annali except. (VII, 40). — Die bloße Empfangnahme einer Zahlung ist gleichfalls als Ausübung des Rechts aufgefaßt worden (s. ebend. o. S. 290), doch enthält das Rechtsgeschäft mehr ein Anerkenntniß des freiwillig und unveranlaßt zahlenden Schuldners. (3. A.) Als Anerkenntniß, und zwar sehr richtig als „gegenseitiges" Anerkenntniß, wird die unaufgefordert geleistete und angenommene Zahlung auch in dem Erk. vom 14. Juni 1854 von dem Obertr. aufgefaßt. (Entsch. Bd. XXVIII, S. 81.)

§. 571. Dagegen kann von mehreren in sich verschiedenen, obgleich aus einerlei Rechtsgrunde entspringenden Befugnissen, die eine durch Verjährung erlöschen, wenn gleich die andere durch fortgesetzte Ausübung erhalten wird [9]).

§. 572. Kann ein Recht auf mancherlei Art ausgeübt werden, so wird der Besitzer desselben dadurch, daß er sich bisher nur Einer Art der Ausübung bedient hat, in seinem Rechte nicht eingeschränkt [10]).

§. 573. Ein Recht in [11]) einem fremden Grundstücke geht, in Ansehung des

---

S. o. die Anm. 97 a. E. zu §. 562 d. T. — (3. A.) „Die durch Zahlung der Zinsen einer Kapitalsschuld erfolgende Unterbrechung der angefangenen Extinktivverjährung ist durch die wirkliche Leistung der Zahlung an den Berechtigten bedingt und tritt daher in dem Falle nicht ein, wo nur die Pflicht des Schuldners zur Zinsenzahlung aus einem besonderen Rechtsgrunde, z. B. wegen eines demselben zeitweise angefallenen Nießbrauchsrechts an jenem Kapitale, eine Zeit lang geruhet hat." Zus. Nr. 2 zum Pr. 2531 v. 14. Juni 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 76). Die Verjährung ruht auch nicht während dieser Zeit, nach den Grundsätzen des A. L.R.; denn das A. L.R. kennt ein solches Ruhen der Verjährung nicht, mit einer einzigen Ausnahme, worüber: oben §. 529 und die Anmerk. 34 dazu. — Auch fängt die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht an, so lange der Berechtigte die für das Recht übernommene Verbindlichkeit seinerseits erfüllt. Tit. 19, §. 32. Wenn z. B. einem Erbpächter gegen Entrichtung des Erbpachtzinses eine fortdauernde Gegenleistung an Holz zugesagt worden, demnächst aber der Forst von dem Gute des Erbpächters getrennt wird, so ist der Erbpächter gleichwohl von demjenigen, welchem der Kanon gezahlt werden muß, das Holz zu fordern berechtigt, indem durch die Annahme des Kanons jede Extinktivverjährung ausgeschlossen wird, wenn auch der Erbpächter inzwischen seit rechtsverjährter Zeit das Holz in einem anderen, außerhalb des Guts gelegenen Forste angewiesen erhalten und angenommen haben sollte. Pr. des Obertr. 1783, vom 21. Sept. 1846. Aber die Verjährung durch Nichtgebrauch wird dadurch nicht gehindert, daß der Berechtigte seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage, wodurch eine Holzgerechtigkeit konstituirt worden, erfüllt hat, wenn die erfüllte Verbindlichkeit mit dem nicht ausgeübten Rechte nicht in einer solchen Beziehung steht, daß sie als Gegenleistung für das nicht ausgeübte Recht klar hervortritt. Pr. des Obertr. v. 1848, Nr. II (Entsch. Bd. XVII, S. 284).

Der Satz des §. 570 ist übrigens mit Vorsicht anzuwenden, denn er hat keine unbedingte und allgemeine Geltung, namentlich kann er nicht angewendet werden auf den Fall, wenn ein gleichartiger, quantitativer Theil eines Rechts nicht ausgeübt wird, z. B. wenn Jemand einen jährlichen Zins von 20 zu fordern hat und durch rechtsverjährte Zeit ohne Vorbehalt 10 annimmt. Th. II, Tit. 7, §. 494; Tit. 11, §. 871.

Wenn die Schäfereigerechtigkeit als ein Vorrecht der Gutsherrschaft angesehen werden muß, kann sie durch Nichtgebrauch auch in Ansehung einzelner Grundstücke nur dann erlöschen, wenn die Gutsherrschaft rechtsverjährte Zeit hindurch die Schafhütung überhaupt auf der Feldmark nicht ausgeübt hat. Pr. des Obertr. 1059, vom 22. Okt. 1841. Vergl. §. 573.

9) Die Fassung ist unbestimmt; man kann sich vielerlei dabei denken. So hat man gefragt, ob das Eigenthum als „einerlei Rechtsgrund" zu betrachten, aus welchem mehrere Befugnisse entspringen. Das wäre keineswegs widersinnig, nur ist das Eigenthum hier ausgeschlossen durch die Bestimmung des §. 504 d. T. Ein hierher passendes Beispiel ist die mannigfache Wegegerechtigkeit. Von derselben kann die Befugniß zu fahren durch Nichtgebrauch erlöschen, während die geringeren Befugnisse erhalten werden. — Die durch einen Vertrag konstituirten Grundgerechtigkeiten auf Bauholz, Brennholz und Zaunstrauch sind nicht Theile Einer Holzgerechtigkeit, sondern selbstständige Befugnisse. Die Ausübung der einen Gerechtigkeit erhält daher nicht die anderen, vielmehr kann die eine durch Nichtgebrauch erlöschen, während die andere durch den fortgesetzten Gebrauch erhalten wird. Pr. des Obertr. von 1848, Nr. I (Entsch. Bd. XVII, S. 283).

10) Anwendungen: Th. II, Tit. 11, §§. 923, 935.

11) Dabei hat man an Grundgerechtigkeiten (Servituten) gedacht. Die Fassung kommt von Scherer. Die sog. Klein'schen Materialien hatten folgende Sätze: §. 930. Sollen erworbene Dienstbarkeiten durch den bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, so ist dazu ein 30jähriger Zeitraum erforderlich. §. 931. Wird sie auch nur zum Theile — ausgeübt, so wird das ganze Recht erhalten. Simon a. a. O. S. 444. Der erste Entwurf dagegen enthielt an der entsprechenden Stelle die entgegengesetzte Bestimmung. §. 30: Jedesmal geht nur derjenige Theil des Rechts, dessen Ausübung vernachlässigt worden, durch Verjährung verloren. Scherer erinnerte dagegen: „Statt des §. 30 würde ich setzen: Durch den Nichtgebrauch eines Rechts in einem fremden Grundstücke geht das Recht, in Ansehung des ganzen Grundstücks, dadurch nicht verloren, daß die Ausübung desselben nur auf einem Theile desselben geschehen." Suarez aber war damit nicht einverstanden. „Gesetzt," sagt er, „ich habe das Hütungsrecht auf dem ganzen Gute des Titius, ich übe solches aber immer nur über einen gewissen Theil aus; kann ich nach 30 Jahren wieder das ganze Gut behüten? Man sagt:

Ganzen, dadurch nicht verloren, daß die Ausübung desſelben bisher nur auf einem gewiſſen Theile geſchehen iſt[12]).

§. 574. Soll in beiden Fällen (§§. 572, 573) der Berechtigte in der Art der Ausübung, oder in Anſehung des Bezirks, worauf ſie ſtattfindet, durch Verjährung eingeſchränkt werden, ſo muß der Verpflichtete, oder ein Dritter, den Beſitz eines Unterſagungsrechts[13]) gegen ihn beſonders erlangt, und ſich dabei durch die Verjährungsfriſt behauptet haben. (Tit. 7, §. 86.)

§. 575. Bei mehreren Miteigenthümern untheilbarer, oder gemeinſchaftlich beſeſſener Sachen und Rechte kommt das, was in Anſehung des einen Mitberechtigten die Verjährung hindert, oder unterbricht, in Anſehung derſelben Sache oder Rechts auch den übrigen zu Statten[14]).

§. 576. Hingegen kann einer unter mehreren Mitverpflichteten, deren Verbindlichkeit aus einem und eben demſelben Rechte entſpringt, bloß um deswillen, weil das Recht gegen ihn nicht ausgeübt worden, ſich mit der Verjährung keineswegs ſchützen[15]).

§. 577. Soll demſelben die Verjährung zu Statten kommen, ſo wird erfordert, daß er dem Berechtigten die Leiſtung der Pflicht bei geſchehener Aufforderung verweigert, und der Berechtigte dabei die geſetzmäßige Friſt hindurch ſich beruhigt habe. (Tit. 7, §. 126.)

§. 578. Es geht alſo auch ein gegen eine ganze Gemeine überhaupt ausgeübtes Recht gegen einzelne Mitglieder bloß dadurch, daß es gegen ſie inſonderheit binnen rechtsverjährter Zeit nicht ausgeübt worden, keineswegs verloren, ſondern dieſe müſſen ihre Befreiung davon auf die im §. 577 beſchriebene Art beſonders erworben haben.

II. Verjährung durch Beſitz*). Gewöhnliche Verjährung.

§. 579. Die Verjährung durch Beſitz findet in allen Fällen ſtatt, wo Jemand

---

es war res meræ facultatis, wie viel ich behüten wollte. Dies iſt aber bei juribus in re aliena nicht richtig. Kann ich mein Recht aufs Ganze per solum nonusum verlieren, warum nicht auch das Recht auf einen gewiſſen Theil?" Das Monitum des Scherer wurde jedoch approbirt, und der gedruckte Entwurf brachte unter 452 einen dem Scherer'ſchen Vorſchlage entſprechenden Satz, welcher wörtlich unſer §. 573 iſt. Simon a. a. O. S. 471, 472, 531. Die Beziehung deſſelben iſt hiernach wohl nicht zweifelhaft. (4. A.) Insbeſondere erhellet, daß der §. 573 ſich nur auf die erlöſchende Verjährung, nicht auf die Erſitzung bezieht. Vergl. Erk. des Obertr. v. 14. Sept. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 14).

12) Einen ſolchen Fall ſ. m. in dem Pr. 1059, in der Anmerk. 10 a. E. zu §. 570.

13) Scherer hatte in jenem Monitum (Anm. 11) zugleich den Satz vorgeſchlagen: „Es ſei denn, daß der Eigenthümer oder ein Dritter inzwiſchen durch einen rechtmäßigen Beſitz ein Mitausübungsrecht, oder durch ein Verbot und die darauf erfolgte Beruhigung des Berechtigten, ein geſetzmäßiges, ausſchließendes Recht erlangt hätte." Daraus iſt der §. 574 entſtanden. Das Unterſagungsrecht in der Perſon des Eigenthümers oder Beſitzers führt inſoweit zur Freiheit des Grundſtücks von der Servitut; in der Perſon eines Dritten hat es anders keine Realität, als wenn der Dritte ſelbſt eine Grundgerechtigkeit in dem betroffenen Bezirke in Beſitz genommen hat. Ein Mitausübungsrecht ſchließt jenen Berechtigten nicht aus. In dieſer Hinſicht hat man den Scherer'ſchen Vorſchlag nicht berückſichtigt.

14) Iſt z. B. ein Minderjähriger unter den Mitberechtigten, ſo kann die Verjährung während der Minderjährigkeit auch gegen keinen der übrigen Mitberechtigten anfangen. Der gleiche Grundſatz gilt auch bei der Akquiſitivverjährung gegen Miteigenthümer, unter welchen ein Privilegirter iſt. §. 640 d. T. Vgl. L. 10 D quemadmodum servit. amitt. (VIII, 6).

(4. A.) Man hat den Rechtsſatz des §. 575 auf die einem jeden Miterben zuſtehende hereditatis petitio partiaria anwenden wollen. Dieſes Klagerecht ſteht aber jedem der Miterben für ſich ſelbſtſtändig und unabhängig von dem Rechte der Uebrigen zu und iſt, jedes für ſich, der Verjährung unterworfen. Vergl. Erk. des Obertr. vom 20. Febr. 1860 (Entſch. Bd. XLII, S. 66).

15) Dieſe Vorſchrift findet keine Anwendung auf die, gemäß §. 753, Tit. 11, den reſp. Erben mehrerer Ausſteller eines Schuldinſtruments, nach Verlauf von 10 Jahren nach dem Todestage ihrer reſp. Erblaſſer, zu Statten kommende Präſkription der Beweiskraft des Schuldinſtruments. Pr. 924, vom 3. Okt. 1840.

*) (5. A.) F. F. Weichſel, die erwerbende Verjährung. Magdeburg 1825. (Dieſe Schrift behandelt bloß das Preußiſche Recht.)

eine Sache oder Recht[16]), aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums[16a]) geschickt ist[17]), durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicher[17a]) Weise besessen hat[17b]).

---

16) D. h. überhaupt einen besitzbaren Gegenstand. Tit. 7, §. 80. Als ein solcher sind namentlich auch affirmative Rechte anzusehen. Ein solches kann selbst als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitivverjährung erworben werden. S. o. Anm. 3 zu §. 503. Dabei versteht sich, daß ein Recht solcher Art, von dessen Ersitzung die Frage ist, von der Gesetzgebung nicht als Gegenstand des Privateigenthums unterdrückt worden sein muß, wie z. B. Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch die Gewerbeordnung vom 17. Jan. 1845 aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind. §. 11 das. (G.S. S. 43).

16a) (4. A.) Das Obertribunal behauptet in einem Erk. vom 3. u. 15. Nov. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. X, S. 293), das Miteigenthum könne nicht in Besitz genommen und deshalb auch nicht ersessen werden. Der Vordersatz wird durch die anerkannte rechtliche Möglichkeit eines Mitbesitzes (Tit. 7, §. 24) widerlegt; denn wenn ein Mitbesitz möglich ist, so muß er auch erworben werden können, und wenn er erworben werden kann, so muß dieses auch auf Grund eines an sich zur Erwerbung des Miteigenthums geschickten Titels möglich sein und folglich das Miteigenthum ersessen werden können.

17) Daß unter einem solchen Titel ein Rechtsgeschäft zu verstehen sei, welches auf beabsichtigte Eigenthumsübertragung von dem Einen auf den Anderen gerichtet und dazu auch nach Beschaffenheit des Gegenstandes tauglich ist (z. B. Kauf, Tausch bei körperlichen Sachen), kann als unstreitig angesehen werden. Was aber sonst zu einem solchen Titel genüge, war lange streitig, namentlich widersprachen sich die Meinungen bezüglich auf die Frage: ob ein in der Form mangelhaftes Rechtsgeschäft einen geschickten Ersitzungstitel gebe. Die schließliche Meinung der Redaktoren des A. L.R. ist aus den Materialien nicht zu erkennen, und es hat zu dieser Kontroverse der Umstand viel beigetragen, daß das Institut der Ersitzung und das der 30jähr. Akquisitivverjährung (longi temporis praescriptio) bei der Abfassung des A. L.R. nicht gehörig unterschieden worden ist, obwohl man sich des Unterschiedes, wenn auch erst spät, bewußt geworden. Denn Suarez sagt in dieser Hinsicht: „Die Natur der 30jähr. Präscription muß, auf den Grund einiger monitorum — etwas näher auseinandergesetzt werden. Aus dem bloßen gar nicht titulirten Besitze kann niemals ein Eigenthum entstehen; eigentlich findet also auch keine praescriptio acquisitiva sine titulo statt; weil doch aber der Besitzer, qua talis, nur dem weichen darf, der ein besseres Recht zum Besitze nachweisen kann, und weil der, der wirklich ein besseres Recht hatte, solches per nonusum XXX annorum verloren hat, so geschieht es per indirectum, daß der 30j. possessor non titulatus bei seinem Besitze auch contra verum dominum geschützt werden muß, folglich pro domino zu achten ist, weil Niemand mehr vorhanden ist, der sein Besitzrecht anfechten kann. Die 30j. Präskription ist also im Grunde species extinctivae; weil sie aber doch nur demjenigen Nutzen bringt, der sich im Besitze befindet, so hat man sie füglich unter den acquisitivis mit vortragen können. Sie ist also wirklich vermischter Natur. Von der extinctiva hat sie das, daß kein titulus erfordert wird, und daß zu ihrer Vollendung 30 Jahre gehören. Von der acquisitiva hat sie das, daß eine wirkliche Ergreifung des vollständigen Besitzes, i. e. eine Handlung, wodurch Jemand die Sache oder das Recht, als das seine, in Besitz genommen, vorhergegangen, und daß der Besitzer in bona fide sein muß, weil mala fides niemals auf die beneficia possessionis, auf welche es doch hier ankommt, ein Recht haben kann. Auf diese Theorie gründen sich die §§. 625—628." Simon, Material., S. 549. — Die Ausleger pflegen jedoch die §§. 579, 591 und 628 immer zusammenzustellen und dabei den §. 628 zur Deutung der §§. 579 und 591 zu benutzen. Dies ist unstatthaft. Die Bestimmungen der §§. 579 und 591 gehören der ordentlichen, 10—20j. Verjährung (Ersitzung) an, der §. 628 bezieht sich lediglich auf die 30j. Präskription und trägt zum richtigen Verständnisse jener Bestimmungen nichts bei.

Die ordentliche Verj. (Ersitzung) ist ein Institut, dazu bestimmt, die juristischen Mängel im Titel oder Rechte oder in der Verfügungsfähigkeit des Autors oder Vorbesitzers zu beseitigen, und setzt ein nach Inhalt, Erfordernissen und Form so beschaffenes Rechtsgeschäft voraus, daß es den Schein hat, selbst bei dem besonnenen und geschäftskundigen Erwerber den Glauben zu erzeugen, daß das Eigenthum der Sache, deren Besitz er auf Grund dieses Titels erworben hat (Erk. des Obertr. vom 25. Mai 1852, Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 275), auf ihn übergegangen sei, während dies in der Wirklichkeit doch nicht der Fall ist. Der Erwerber muß hierüber in Irrthum, aber der Irrthum muß auch gerechtfertigt sein. Es kann mithin dem Autor das Eigenthum fehlen, er kann handlungsunfähig sein, immer vorausgesetzt, daß der irrende Erwerber nicht fahrlässig ist; aber die zu dem Geschäfte gehörende Rechtshandlung, wobei der Erwerber selbst nothwendig mitwirkt, darf nicht auf mangelhafte Weise vollzogen werden. Denn wenn der Erwerber dies aus Unwissenheit thut, so ist der Irrthum nicht gerechtfertigt, und wenn er mit Bewußtsein die vorgeschriebene Form nicht beobachtet, so kann gar nicht Rede vom guten Glauben sein. Auch ein Irrthum über das Dasein eines Rechtsgeschäfts (des Titels) selbst — ein sog. Putativtitel — wird meistens ungerechtfertigt sein, weil er eine eigene

§. 580. Durch einen solchen verjährten Besitz werden Sachen und Rechte nur in so weit erworben, als überhaupt das Eigenthum von Sachen und Rechten dieser Art auf den Erwerber übergehen kann[17c]).

§. 581. Wenn eine Sache durch Gesetze[18]) dem bürgerlichen Verkehr ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben werden[18a]).

---

Handlung betrifft; er kann aber wohl durch besondere Umstände, z. B. Hintergehung durch den bestellten Bevollmächtigten, der dem Erwerber die vollzogene Erwerbung glaubhaft vorspiegelt, Rechtfertigung finden. L. 11 D. pro emtore (XLI, 4); L. 5, §. 1 D. pro suo (XLI, 10); L. 4 D. pro legato (XLI, 8). v. Savigny, System, Bd. III, S. 372 ff. (5. A.) Ein bloß vermeintlicher Titel — titulus putativus — genügt zur gewöhnlichen Verjährung durch Besitz nicht, sagt das Obertr. in dem Erk. vom 25. Januar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 217); und dies halte ich für das allein richtige, denn ein bloß vermeintlicher Titel ist eben kein wirklicher Titel, also gar kein Titel.

Die Praxis hat sich dieser raison écrite so ziemlich entsprechend entschieden. Durch Plenarbeschl. (Pr. 972) des Obertr. vom 15. Febr. 1841 ist festgestellt: „Die gewöhnliche Verjährung durch Besitz erfordert einen Titel, welcher nicht bloß seinem materiellen Inhalte, sondern auch seiner Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet ist." (Entsch. Bd. VI, S. 410.) Daher kann z. B. der überlebende Ehegatte, welchem ein zur Gütergemeinschaft gehöriges Nachlaßgrundstück von dem Vormunde der minderjährigen Erben ohne Aufnahme einer Taxe überlassen worden, das Eigenthum dieses Grundstücks durch Verjährung nicht schon in zehn, sondern erst in dreißig Jahren erwerben. (Erk. dess. v. 28. Juni 1852, Archiv f. Rechtsf. Bd. V. S. 327.) Der Ausdruck „seinem materiellen Inhalte" ist freilich immer so unbestimmt, daß noch fortwährend gestritten werden kann, ob z. B. ein Verkauf durch einen erklärten Verschwender (Interdizirten) ein tauglicher Titel sei, ob nicht. Das ältere Pr. 303, vom 17. Juni 1837 hatte sich, in Betreff der Form, schon ganz richtig dahin ausgesprochen: „Ein über ein Grundstück mündlich geschlossener Kaufvertrag ist kein Titel, welcher an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt, und zur Begründung der gewöhnlichen Verjährung durch Besitz geeignet ist." (Entsch. Bd. III, S. 108.) S. auch Pr. 2018 in der Anmerk. zu §. 614.

Auch in Hinsicht der Verfügungsberechtigung ist treffend ausgesprochen: „Wenn der mit seiner Ehefrau in ehelicher Gütergemeinschaft lebende Ehemann ein gemeinschaftliches Grundstück ohne Einwilligung der Ehefrau verkauft, so ist dies ein zur Erwerbung des Eigenthums an sich geschickter Titel und der redliche Käufer kann das Eigenthum durch die ordentliche Ersitzung von 10 Jahren erwerben." Pr. des Obertr. v. 25. Juli 1846. (Schles. Arch. Bd. VI, S. 461.) Die vorgeschriebene Form ist natürlich hierbei vorausgesetzt, und ebenso, wie dort auch ausgeführt ist, der gute Glaube. Vergl. Erk. vom 22. September 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 57).

In Beziehung auf Berechtigungen, insbesondere Grundgerechtigkeiten, wird gestritten: ob der Titel ein ursprünglich begründender, d. h. die Servitut bestellender sein muß, oder ob es auch ein übertragender (titulus translativus) sein kann, z. B. wenn Jemand dem Abkäufer seines Grundstücks ausdrücklich eine angeblich dazu gehörige Grundgerechtigkeit auf des Nachbars Grundstück mit verkauft, und der Käufer dieselbe auch wirklich ausübt. Nach den oben vorgetragenen Grundsätzen muß dieses bejaht werden. Der II. S. des Obertr. hat in einem Erk. vom 23. Okt. 1847 die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen, aus dem ganz falschen Grunde, weil ein zur Eigenthumserwerbung an sich geschickter Titel nur von dem Eigenthümer der Sache soll eingeräumt werden können. (Rechtsf. Bd. III, S. 43.) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ist eine längst ausgemachte und bekannte Sache.

Hinsichtlich des sog. Putativtitels (s. o. Abs. 2) hat sich eine Praxis noch nicht gebildet. Weder die Redaktoren haben sich darüber geäußert, noch die landrechtlichen Bestimmungen sprechen sich darüber aus.

(3. A.) Ein präkludirter Realanspruch kann dem dritten Besitzer gegenüber als Titel einer Verjährung nicht dienen. Pr. 2406, vom 26. Oktober 1852 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 315).

17a) Unrechtfertigkeit hindert auch die gewöhnliche Verjährung nicht. Der im Pr. des Obertr. 2073 (Anm. 67 zu §. 628) ausgesprochene Grundsatz gilt, nach den Entscheidungsgründen, von der Akquisitivverjährung überhaupt und ist auch angewendet worden auf einen Fall der 10jährigen Verjährung in der Entsch. vom 24. April 1849, in Sachen Schneider w. Obt, $^{11}/_{25}$ III, 49. (4. A.) In den Entsch. v. 23. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. II, 361) u. v. 14. Jan. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 134) hingegen nimmt das Obertr. an, daß der unrechtfertige Besitzer durch zehnjährigen Besitz nicht verjähren könne.

17b) (5. A.) Der Erbschaftsbesitzer darf sich dem die Erbschaftsklage anstellenden wahren Erben gegenüber auf die Ersitzung nicht berufen, er kann namentlich dem wahren Erben gegenüber nicht seinen Titel auf die Erbfolge aus dem Testamente gründen, wenn der Testator die Verpflichtung hatte, dem wahren Erben die Erbschaft zu hinterlassen. Erk. des Obertr. vom 13. April 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 73).

17c) Vergl. unten die Anm. 11 zu §. 15, Tit. 13, Th. II.

18) Litigiöse Sachen gehören nicht zu den, durch Gesetz dem Privatverkehre entzogenen Sa-

§. 582. Ein Gleiches gilt von Sachen, die durch rechtsgültige Privatverfügungen dem Verkehre entzogen worden, in sofern diese Verfügungen den Erwerbenden verpflichten können[19]). (Tit. 4, §§. 15—19.)

§. 583. Außerdem aber wird durch Irrthum in den Eigenschaften der Sache die Verjährung durch Besitz nicht gehindert.

§. 584. Sachen und Rechte[20]), die Jemand durch Gewalt oder Diebstahl an sich gebracht, und an einen Andern überlassen hat, können von diesem, wenn er auch ein redlicher Besitzer wäre[21]), durch die gewöhnliche Verjährung nicht erworben werden[21a]). (§. 648.)

§. 585. Hat aber schon der nächstvorhergehende Besitzer die Sache oder das Recht

---

chen; das A. L.R. hat das gemeinrechtliche Veräußerungsverbot in Betreff dieser Sachen ausdrücklich aufgehoben. Tit. 11, §. 383. Deshalb ist die Litigiosität einer Sache kein Hinderniß der Akquisitivverjährung, wenn der dritte Besitzer derselben sie aus einem Singulartitel erworben hat, und bei seiner Erwerbung von der Rechtsanhängigkeit nicht unterrichtet war. Pr. des Obertr. v. 3. August 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 149). Schon nach L. 1 C. de praescr. (VII, 33) hinderte Litigiosität die Verjährung nicht.

Das Marktrecht, oder das Recht Jahrmärkte zu halten, kann nur durch ausdrückliche Verleihung vom Staate, nicht aber durch Verjährung erworben werden. Pr. des Obertr. v. 16. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, 338).

(4. A.) In Schlesien besteht weder ein positives Gesetz, noch ein Gewohnheitsrecht für die ganze Provinz, welches die Unverjährbarkeit der Aue, d. h. der Plätze im Dorfe, die nicht zu den Gebäuden, Höfen oder Gärten der Dorfinsassen gehören, ausschließt; im Wesen der Dorfaue, als eines von der Gutsherrschaft nicht ausgethanen Theils ihrer Feldmark, aber an und für sich, soweit sie dem Verfügungsrechte des Gutsherrn als Eigenthümer unterworfen geblieben, liegt nichts, um in Ansehung der erwerbenden Verjährung diesen Theil des gutsherrlichen Grundbesitzes anders zu behandeln, als die ganze herrschaftliche Feldmark, wogegen allerdings, soweit die eigentliche Dorfaue als eine Anstalt und Einrichtung der öffentlichen Ordnung besteht (was als Thatsache in jedem einzelnen Falle festgestellt werden muß), der Gutsherr mithin darüber nur als Gutsobrigkeit zu verfügen hat, oder in seiner Disposition auf solche Gebrauchs- und Nutzungsrechte eingeschränkt ist, welche mit jenen Zwecken des öffentlichen Interesses vereinbar, eine verschiedene, von den Verhältnissen des konkreten Falles bedingte Beurtheilung der Verjährungsfrage eintritt. Pr. des Obertr. 2636, vom 19. Juni 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 13) u. Erk. v. 15. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 97). Von schlesischen Gerichten ist die entgegengesetzte Meinung nach Provinzialrecht gehegt und zur Anwendung gebracht worden. Archiv a. a. O.; Entsch. a. a. O. S. 15, und Koch, Schles. Archiv, Bd. I, S. 530.

(5. A.) Festungswerke sind in Beziehung auf die Frage: ob dieselben durch Verjährung gegen den Fiskus erworben werden können, als Sachen zu behandeln, welche dem Verkehre entzogen sind. Th. II, Tit. 13, §. 5. Erk. des Obertr. vom 12. Februar 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 92).

Gegen die von einer Festungsbehörde vorgenommene Turbation ist der possessorische Schutz insofern zu gewähren, als der Störer nur als vermeintlicher Eigenthümer des streitigen Terrains in privatrechtlicher Hinsicht in Betracht kommt und weder ein öffentliches Interesse noch die polizeiliche Anordnung einer Festungsbehörde vorliegt, auch das fragliche Grundstück nicht zu den Festungswerken gebraucht worden ist, und äußerlich kein sichtbares Zubehör der Festungswerke gebildet hat. Erk. des Obertr. vom 3. Juni 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 103).

18a) (4. A.) Dieser Grundsatz ist auf die Erwerbung eines privativen Nutzungsrechts an öffentlichen Flüssen nicht anzuwenden. Unten, Anm. 13a zu §. 26, Tit. 15, Th. II. (5. A.) Auch nicht auf die Erwerbung von erblichen Kirchenstühlen. Unten, Anm. 23 zu §. 681, Tit. 11, Th. II.

19) D. h. insofern die an der in Bezug genommenen Stelle vorgeschriebenen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen ein Dritter durch dergleichen Verfügungen verpflichtet werden kann.

20) Wie Rechte sollen geraubt oder gestohlen werden können, kann ich mir nicht denken.

21) Ein solcher Erwerber hat immer den Verdacht wider sich, daß er um die unerlaubte Handlung seines unmittelbaren Vormannes gewußt, oder doch erhebliche Gründe, an der Befugniß desselben zu zweifeln, gehabt habe, ohne daß er dessen immer überführt werden kann; kann er aber wirklich nachweisen, daß er die Sache bona fide von einer unverdächtigen Person akquirirt, so leidet er keinen wirklichen Schaden dabei, weil ihm das, was er dafür gegeben und geleistet hat, bonifizirt werden muß, sagt Suarez. Simon a. a. O. S. 535. Hiernach ist die Sache so gedacht, daß die Unredlichkeit des ersten Erwerbers vermuthet wird und daß derselbe, um die Vortheile eines redlichen Besitzers bei der Vindikationsklage zu haben, den Beweis seines unverdächtigen redlichen Erwerbes führen muß.

21a) (4. A.) M. s. unten, Anm. 92, Abs. 2.

redlich beſeſſen[22]), ſo hindert der Einwand, daß ein Dritter dieſelben geſtohlen oder geraubt habe, die Verjährung nicht[23]).

§. 586. Wer den vorhergehenden Beſitzer nicht angeben kann[24]), hat in der Regel die Vermuthung gegen ſich, daß er die Sache von einem ſolchen, welcher ſie durch Gewalt oder Diebſtahl an ſich gebracht, erlangt habe. (Tit. 15, §§. 37, 38, 39.)

§. 587. Wer wegen Mangels perſönlicher Eigenſchaften, das Eigenthum gewiſſer Sachen und Rechte zu erlangen unfähig iſt, der kann dieſelben auch durch Verjährung nicht erwerben.

§. 588. Erſt von der Zeit, da dieſe Unfähigkeit gehoben worden, kann die Verjährung angefangen werden[25]).

§. 589. Alles, was die Beſitzergreifung, im rechtlichen Sinne, verhindert, das hindert auch den Anfang der Verjährung durch Beſitz. (Tit. 7, §§. 96—108.)

§. 590. Alles, was dem Anfange der Verjährung überhaupt entgegen ſteht, das hindert ihn auch bei dieſer Art derſelben (§. 512 sqq.). Anfang.

§. 591. Wer den Beſitz aus einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geſchickten Titel[26]), oder[27]) unredlicher[27a]) Weiſe erworben hat, kann niemals eine Verjährung durch Beſitz anfangen. (§. 663.)

§. 592. Inſonderheit kann gegen ein rechtskräftiges Urtel von dem, wider welchen es ergangen iſt, keine Verjährung durch Beſitz angefangen werden[28]).

---

22) Nach der Faſſung muß der Uſukapient in dieſem Falle die Redlichkeit ſeines Vormannes beweiſen.

23) Suarez trägt bei der Schlußreviſion des G.B. vor: „Wenn die römiſchen Geſetze ſagen, daß res furtivae nicht nur von dem Diebe, ſondern auch von einem Dritten nicht uſukapirt werden können, ſo reden ſie immer nur von einem ſolchen Dritten, welcher die Sache unmittelbar von dem Diebe akquirirt hat. §. 3 J. de usucap. Iſt aber die Sache durch die Hände mehrerer possessorum bonae fidei gegangen, ſo fällt ratio legis hinweg.“ Simon a. a. O. S. 582 u. Jahrb. Bd. XLI, S. 14. Dies iſt ein vollſtändiger Irrthum. Das A. L.R. weicht hier von dem R. R. bedeutend ab.

24) Die hieraus entſpringende Vermuthung ſteht neben der des vorhergehenden §. 585. S. die Anm. 22. Das Praktiſche iſt die Regelung der Beweislaſt, hier wie dort. Was übrigens unter dem „angeben“ gemeint wird, erſieht man aus Suarez' Bemerkung zu den Erinnerungen gegen dieſe Beſtimmung, in welcher im gedr. Entwurfe der Ausdruck „nachweiſen“ gebraucht war. „Es iſt nicht die Rede von Nachweiſung des Beſitztitels, ſondern der Perſon des vorigen Beſitzers. Unter dem „nachweiſen“ wird auch nicht ein förmlicher Beweis, ſondern wohl nur eine bloße beſtimmte Angabe des auctoris verſtanden. Unter dieſen Beſtimmungen enthält der Satz nur ein Verbot, nicht von unbekannten und verdächtigen Perſonen zu kaufen.“ — Simon a. a. O. S. 537. Darnach muß auch jetzt angenommen werden, daß nicht die Angabe irgend eines Perſonennamens genügt, ſondern die beſtimmte Angabe einer wirklich auffindbaren Perſon erforderlich iſt.

25) Die beiden §§. 587 u. 588 haben für die Zukunft ihre Bedeutung durch die veränderte Staatsverfaſſung verloren.

26) S. o. die Anm. 17 zu §. 579. Die Beſtimmung geht übrigens nicht auf die Normaljahre. §. 641.

27) Zur Erſitzung iſt guter Glaube am Anfange erforderlich. Dies iſt ſchon im §. 579 ausgeſprochen worden; es geſchieht hier wiederholt ohne allen anderen Zweck als um die Erforderniſſe der gewöhnlichen Akquiſitivverjährung feſtzuſtellen. Suarez bemerkt bei revisio monitorum: „Es dürfte nicht unnöthig ſein, nach dem Antrage einiger Monenten hier die Sätze zu prämittiren, daß alles, was die Beſitzergreifung hindert, auch dem Anfange der Verjährung durch Beſitz entgegenſtehe, und daß ohne titulum dominii translativum, ſo wie ohne bona fides, keine Verjährung durch Beſitz angefangen werden könne.“ Simon a. a. O. S. 538. Dabei findet ſich keine Schwierigkeit. Der §. 628 gehört nicht hierher.

27a) S. o. die Anm. 17a zu §. 579 d. T.

28) S. o. die Anm. 94 zu §. 558 d. T. Der Satz war vorher ſtreitig. „Einige Monenten,“ bemerkt Suarez, „verlangen, daß die ſtreitige Frage: ob praescriptio acquisitiva contra judicatum ſtattfinde, hier ausdrücklich entſchieden werden ſolle. Negativa ſcheint unbedenklich zu ſein.“ Simon a. a. O. S. 538, Nr. 2. In dieſer Beziehung wirkt jedoch die res judicata nur in personam; ein jeder Nachfolger im Beſitze, auch der Erbe, kann für ſich eine neue Verjährung anfangen. „Derjenige,“ ſagt Suarez, „gegen welchen das judicatum ergangen iſt, kann dagegen nicht präſtribiren,

§. 593. Dagegen wird durch persönliche Eigenschaften, wegen welcher die Verjährung durch Nichtgebrauch keinen Anfang nehmen kann (§§. 535, 540, 541), der Anfang der Verjährung durch Besitz nicht gehindert.

§. 594. Wenn jedoch gegen dergleichen Personen die Verjährungsfrist vor gehobenem Hindernisse abgelaufen ist, so kommt denselben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährung durch Besitz ebenso, wie bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, zu Statten. (§. 537 sqq.)

§. 595. Auch kann gegen solche Unmündige, Minderjährige, Wahn- oder Blödsinnige und Taubstumme, denen nach den Gesetzen ein Vormund hätte bestellt werden sollen, so lange diese Bestellung noch nicht erfolgt ist, keine Verjährung durch Besitz anfangen [29]).

Fortsetzung.

§. 596. Soll ein Recht, welches gewöhnlich [30]) ausgeübt werden kann, durch die ordentliche Verjährung erworben werden, so muß dessen Ausübung nach der Besitzergreifung jährlich [31]) wenigstens einmal [32]) erfolgt sein. (§. 649.)

§. 597. Wird ein dergleichen Recht in einem ganzen Jahre gar nicht ausgeübt, so ruht [33]) inzwischen die Verjährung.

§. 598. Die Jahre, während welcher das Recht geruhet hat, kommen bei Berechnung der Verjährungsfrist nicht mit in Anschlag.

§. 599. Wenn der Anfang und das Ende [34]) des Besitzes nachgewiesen ist, so wird vermuthet, daß die Ausübung des besessenen Rechts [34a]) auch in der Zwischenzeit fortgesetzt worden [35]).

---

weil er einmal in malam fidem versetzt worden. Der successor singularis kann ex sua persona die Präskription anfangen, nur bei dem successore universali ist es zweifelhaft. Doch würde ich solchen dem singulari parifiziren, weil der Unterschied, den das R. R. macht, in der That nur auf der ficta unitate personarum beruhet." Simon a. a. O. S. 471. Selbstverstanden muß der Nachfolger die Bewandtniß der Sache und das Verhältniß seines Autors zu derselben nicht kennen.

29) S. o. die Anm. 40 zu §. 535 d. T.

30) Das heißt nicht „alljährlich", sondern willkürlich. Der Gegensatz sind solche Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten zur Ausübung gebracht werden können, worüber der §. 649 Bestimmung trifft, auf welchen unser §. 596 verweist.

31) Dieses Jahr beginnt mit der ersten Ausübung. Vergl. u. die Anm. 99 zu §. 650.

32) Dies genügt, nach der Regel §. 130, Tit. 7. Die Uebung durch das ganze Jahr oder in den übrigen Zeiten und Fällen des Jahres wird nicht etwa vermuthet, sondern für nicht erforderlich zu der wirksamen Dauer des Usukapionsbesitzes erklärt. S. Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 6.

33) Der Besitz ist also nicht als gänzlich verloren zu denken. S. die vor. Anm. und oben die Anm. 76a a. E. zu §. 124. Anders bei Rechten, welche nicht willkürlich ausgeübt werden können: hinsichtlich dieser muß jede sich darbietende Gelegenheit wahrgenommen werden, sonst ist der Besitz verloren, die Verjährung unterbrochen und die Usukapion muß von Neuem beginnen. §. 649 ff. (4. A.) Das ist auch der Fall bei jenen Rechten, welche willkürlich ausgeübt werden können, wenn die Unterlassung der Rechtsausübung durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerspruch des Verpflichteten bewirkt wird, z. B. durch Verhinderung des Wasserschöpfens aus einem Brunnen durch Verschluß desselben und Beruhigung dabei. Erk. des Obertr. v. 8. Mai 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 80).

34) Durch einen fehlerfreien Besitzakt wird die Vollendung der Verjährung bewirkt, wenn auch dieser zur nachherigen Klage Veranlassung gegeben hat; und es findet der §. 85, Tit. 7, der nur von der Besitzergreifung, nicht von der Fortsetzung eines einmal ergriffenen Besitzes handelt, keine Anwendung. Pr. 1790, v. 19. Oktober 1846 (Entsch. Bd. XV, S. 142).

34a) (5. A.) Diese Regel umfaßt nicht bloß den Rechtsbesitz, sondern auch den Sachbesitz; sie gilt in der Praxis des Gemeinen Rechts ebenso, wie in der des Sächsischen Rechts. Erk. des Obertr. vom 9. November 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 263 und Entsch. Bd. LVI, S. 45).

35) Auch wenn der Zeitraum zwischen den beiden Besitzhandlungen am Anfange und am Ende länger ist als die zur Verjährung gerade erforderliche Zeit. Pr. des Obertr. 2166, v. 20. Dezember 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 139). Auch angewendet in dem Erk. v. 30. Sept. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 215). Vergl. §. 113, Tit. 7 und die Anm. 71 dazu. Dieser §. entscheidet eine Kontroverse für den Satz: olim et hodie possessor, interea possessor.

§. 600. Dagegen ist aber auch über jeden der vorbenannten beiden Zeitpunkte ein besonderer[36]), nach Vorschrift der Gesetze vollständig geführter, oder erfüllter, Beweis erforderlich[37]).

§. 601. Was den Besitz unterbricht, das unterbricht auch die darauf sich gründende Verjährung[37a]). (Tit. 7, §. 111 sqq.) Unterbrechung.

§. 602. Hat jedoch Jemand den Besitz einer Sache, die er verlassen hatte, noch ehe dieselbe von einem Andern in Besitz genommen worden, wieder ergriffen, so wird die Zwischenzeit, wo die Sache in Niemands Besitz gewesen ist, von der Verjährungsfrist nicht abgerechnet[38]).

§. 603. Durch Anmeldung der Klage, oder durch Einlegung einer gerichtlichen Protestation[39]), wird die Verjährung durch Besitz in sofern unterbrochen, als darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer[39a]) erfolgt[40]).

---

36) D. h. es darf von dem bewiesenen Anfange oder Ende nicht auf das Eine oder das Andere, ohne besonderen darauf gerichteten Beweis, geschlossen werden. Vor dem A. L.R. stritt man darüber. Der Entwurf enthielt darüber nichts. Einige Monenten erinnerten daran und wollten die streitige Frage entschieden wissen: ob der Anfang und das Ende der Besitzzeit per testes singulares erwiesen werden könne, oder jeder dieser Termine seine besonderen vollständigen Beweise erfordere. Letzteres, meint Suarez, ist wohl unbedenklich. Simon a. a. O. S. 509. Die Gegensätze sind etwas dunkel ausgedrückt. Es soll aber der streitige Satz: olim possessor, hodie possessor, reprobirt werden.

37) Wenn über einen Theil der Verjährungszeit ein vollständig geführter, über einen anderen Theil nur ein unvollständiger Beweis vorhanden ist, so darf der zur Erfüllung des letzteren erforderliche nothwendige Eid sich nur auf den zweiten Theil der Verjährungsfrist, nicht auf den Zeitraum erstrecken, für welchen der volle Beweis geführt worden. Pr. des Obertr. 409, v. 26. Januar 1838. — Der im angegebenen Falle erforderliche Eid darf auch auf den Anfang der Verjährungszeit beschränkt werden. Pr. des Obertr. 515, vom 3. August 1838. Nur versteht sich, daß immer ein Anfang von ausdrücklichem Beweise dafür vorhanden sein muß. Wenn z. B. durch Zeugen vollständig bewiesen würde, daß der Besitz zur Anfangszeit (und auch später noch vielleicht bis nahe am Endtermine) vorhanden gewesen, über den Endpunkt aber gar kein Beweis beigebracht wäre, so darf darüber: daß der Verjährende am Endpunkte der Verjährungszeit wirklich im Besitze gewesen, kein Erfüllungseid auferlegt werden, denn der „besondere Beweis" über den Endpunkt fehlt gänzlich, und es gilt dafür keine Vermuthung: diese beschränkt sich eben nur auf die Zwischenzeit, wenn Anfang und Ende, jedes für sich, bewiesen ist.

37a) (3. A.) Durch das Patent v. 22. Mai 1815 wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in den mit den preuß. Staaten wieder vereinigten Provinzen jenseits der Elbe und Weser u. s. w. ist der Lauf der Besitzverjährung eines Realrechts, welches zu seiner Erhaltung der Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfen würde, unterbrochen worden. Pr. des Obertr. 2338, vom 18. Dezember 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 15). Weil ein solches Recht ohne Eintragung von dem Gesetze nicht anerkannt wird, folglich auch nicht mehr Gegenstand des juristischen Besitzes sein kann. Dies ist der allein juristische und zureichende Grund, weshalb die Verkündung des Patents eine Unterbrechung des Besitzes enthält. Die wortreichen Gründe des Obertr. enthalten nichts Juristisches.

(4. A.) Die hinsichtlich einzelner Bestandtheile eines Gutes von dem Gutseigenthümer geschehene freie und willkürliche Ausübung seiner Eigenthumsrechte unterbricht den auf das ganze Gut sich erstreckenden Verjährungsbesitz des Dritten auch rücksichtlich derjenigen Bestandtheile des Gutes, auf welche jene Ausübung der Rechte des Eigenthümers sich nicht bezogen hat. Erk. des Obertr. v. 2. Februar 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 323).

38) Die Bestimmung bezieht sich auf den höchst seltenen Fall der Dereliktion. Suarez sagt: „Wenn Jemand eine Sache verliert und hernach wiederfindet, so ist dadurch die Verjährung nicht unterbrochen worden, weil er in diesem Falle possessionem solo animo kontinuirt hatte. — Wie aber, wenn Jemand eine Sache derelinquirt und hinterdrein sich derselben wieder anmaßt? Da er durch die Dereliktion den Besitz aufgegeben hatte, so war dadurch seine Verjährung allerdings unterbrochen. Wenn er also die Sache in der Folge wieder aufnimmt, so würde er, genau genommen, eine neue Präskription anfangen müssen. Dies dürfte indeß zu sehr ins Feine gehen, und submittire ich daher: ob man nicht lieber annehmen wolle, daß, wenn die Sache inzwischen von niemand Anderem besessen worden, die Zwischenzeit, wo sie gleichsam res nullius gewesen, gar nicht in Anschlag komme." Simon a. a. O. S. 542. Das praktische Bedürfniß fehlt zu dieser Bestimmung. Diese Fiktion des Besitzes darf außer dem Falle der Verjährung in anderen Beziehungen nicht angenommen werden.

39) Das in einem Vorprozesse stattgefundene Bestreiten eines angemaßten Rechtes hat die Kraft einer Protestation nur dann, wenn es eine ausdrückliche Verwahrung gegen die Verjährung enthält und

§. 604. Daß zwischen dem Zeitpunkte der Anmeldung und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besitzer nicht zu Statten[41]).

§. 605. Hat aber der Kläger die Klage zurückgenommen, oder den Betrieb der Sache liegen lassen, dergestalt, daß der Richter nach Vorschrift der Prozeßordnung[41a]), mit Reposition der Akten zu verfahren berechtigt gewesen, so ist die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten[41b]).

§. 606. Ein Gleiches findet statt, wenn der Kläger oder Protestirende durch ein Dekret[42]) abgewiesen wird, und sich dabei länger als Dreißig Tage nach Erhaltung des Dekrets beruhigt.

§. 607. Ist hingegen die Klage oder Protestation dem Besitzer einmal gehörig

---

auf Antrag des Erklärenden dem Gegner vom Gerichte insinuirt wird. Pr. des Obertr. v. 8. März 1848 (Rechtsf. Bd. III, S. 412).

39a) (4. A.) An den vollständigen Besitzer. In dem Falle, wenn die Eigenthümerin eines Grundstücks sich bei ihrer Verheirathung im Verjährungsbesitze einer Wegegerechtigkeit befindet, geht dieser Besitz durch die Verheirathung auf den Ehemann nicht dergestalt über, daß derselbe von da an die Gerechtigkeit ausschließlich in seinem Besitze hat; er ist ein unvollständiger Besitzer, die Frau behält den vollständigen Besitz (Tit. 7, §§. 6, 7 u. 124) und durch Insinuation der von dem Besitzer des belasteten Grundstücks gegen den Ehemann allein angestellten Negatorienklage an den Letzteren wird die Verjährung rücksichtlich der Frau nicht unterbrochen. Erk. des Obertr. vom 22. Mai 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 46).

40) Die Fassung des §. 603 ist sehr ungenau. Der darin enthaltene Rechtssatz ist der: Die Akquisitivverjährung wird erst durch die Insinuation der Klage unterbrochen, doch auf den Tag der Anmeldung oder Protestation zurückgezogen. Demnach muß unter dem Worte „Anmeldung" die Anbringung, und unter der „Bekanntmachung" die Insinuation der Klage verstanden werden. S. o. die Anm. 80 zu §. 551. Die angefangene Verjährung durch Besitz ist hiernach für unterbrochen nicht zu achten, wenn vor Vollendung derselben die Klage zwar angemeldet und dem Verjährenden gehörig bekannt gemacht, in der Folge aber durch rechtskräftiges Erkenntniß als ungegründet zurückgewiesen worden ist. Pr. des Obertrib. 1175, v. 5. August 1842. Dieser Satz ist nicht anzuerkennen. S. u. die Anm. 42 u. 45.

41) Diese Bestimmung ist auf das Monitum einiger Monenten hinzugekommen, daß, da die Besorgung der Insinuation de regula nicht in der Gewalt des Klägers stehe, es unbillig sein würde, wenn Jemandem, der noch vor Ablauf der Präskriptionsfrist geklagt habe, die Verjährung, weil solche ante insinuationem abgelaufen, dennoch obstiren sollte. Suarez war anderer Meinung. „Die Monenten verkennen das Fundament der praescriptionis acquisitivae. Das ist nicht negligentia dessen, contra quem praescribitur, sondern justa possessio des Präskribenten. So lange dieser Besitz nicht unterbrochen wird, und dies geschieht doch durch die bloße Anmeldung der Klage offenbar nicht, so lange muß sie ihren (er seinen) rechtlichen Effekt behalten. Es ist die Schuld, oder höchstens ein Unglück für den Kläger, daß er die Klage nicht früh genug angemeldet hat, daß solche noch vor Ablauf der Frist dem Anderen hätte insinuirt werden können." Darauf ist konkludirt: „Ist die Klage aufgenommen und auf Vorladung des Gegentheils angetragen." Simon a. a. O. S. 543. Die Unterbrechung der Usukapion geschieht daher auch nach der Theorie des L.R. durch die Klageinsinuation (Litiskontestation), wird aber aus Billigkeit und weil der Kläger, nach unserem Prozeßverfahren, die Insinuation nicht in seiner Gewalt hat, auf den Tag der Anmeldung zurückverlegt.

41a) (5. A.) Tit. 4, §. 20.

41b) (5. A.) Die erwerbende Verjährung ist für nicht unterbrochen zu achten, selbst wenn der Kläger seine Klage nach erfolgter Behändigung an den Beklagten zurückgenommen hat. Erk. des Obertr. vom 16. Mai 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 72). Vergl. die Anmerkungen 43 und 45 zu den §§. 607, 608.

42) Oder durch ein rechtskräftiges Erkenntniß. S. die Anmerk. 40. Wird der Prozeß durch Vergleich beendet, so bleibt die Verjährung unterbrochen. Suarez erklärte diese Frage für eine qu. Domitiana. Simon a. a. O. S. 544. Es fiel ihm nicht ein, daß der Kläger nicht der wahre Eigenthümer zu sein braucht und sich doch mit dem Besitzer vergleichen kann. Die einmal bewirkte Unterbrechung ist eine geschehene Thatsache, wodurch der Besitzer in der Verjährung immer gestört wird. Deshalb sollte eigentlich die abgewiesene Klage nicht den Wegfall der Unterbrechung (denn Thatsachen sind nicht ungeschehen zu machen), sondern die Verbindlichkeit des Klägers zur Entschädigung des Besitzers wegen Hinderung in der Erwerbung der Sache zur Folge haben. S. u. die Anm. 45.

bekannt gemacht worden[43]), so kann dieser die dadurch unterbrochene Verjährung niemals[43a]) wieder anfangen.

§. 608. In Fällen, wo die Gesetze, statt der gewöhnlichen Vorladung, Ediktalcitation zulassen, vertritt letztere auch hier die Stelle der Bekanntmachung[44]).

§. 609. Uebrigens macht es keinen Unterschied: ob die Klage oder Protestation bloß gegen den Besitzstand[45]), oder auch gegen das Besitzrecht selbst gerichtet ist.

§. 610. Wegen der bei einem ungehörigen Richter angestellten Klage oder eingelegten Protestation finden die Vorschriften §§. 552, 553 Anwendung.

§. 611. Außergerichtliche Handlungen unterbrechen die Verjährung durch Besitz nur insofern, als sie den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit[46]) des Besitzes überführen[47]), oder den vollständigen Besitz selbst aufheben[48]).

---

43) Und ist keiner der im §. 605 gedachten Fälle eingetreten; denn nur unter dieser Voraussetzung hat die Insinuation der Klage die hier im §. 607 bestimmte Wirkung. Der §. 607 ist die Fortsetzung des §. 603 und die §§. 604—606 sind dazwischen geschoben; diese sollten eigentlich erst hinter §. 607 folgen. Suarez' Vortr. in Simon a. a. O. S. 544, Nr. 7. Die Frage ist jedoch zweifelhaft. S. u. die Anm. 45. (4. A.) Das Obertr. hat sich in einem Erk. v. 20. Febr. 1860 für die hier vertretene Meinung ausgesprochen. Entsch. Bd. XLII, S. 68. (5. A.) Diese Meinung ist in dem Erk. v. 16. Mai 1867 ausführlich begründet. S. o. Anm. 41b zu §. 605. Auf die Protestation paßt aber keine dieser Bedingungen.

43a) S. u. die Anm. 45 zu §. 609 d. T.

44) Nach dem Vorschlage eines Monenten sollte die Frage entschieden werden, welcher Tag bei der Ediktalladung pro die insinuationis, durch welche die Präskription unterbrochen worden, zu achten sei. Suarez wollte denjenigen dafür annehmen, an welchem die Citation das erste Mal in den Zeitungen gestanden hat. Simon a. a. O. S. 544, Nr. 8. Damals stand man aber noch bei dem unveränderten Satze, daß nur die Insinuation der Ladung die Verjährung unterbreche. S. die Anm. 41 zu §. 604 d. T. Nachdem aber der Satz des §. 604 angenommen worden, kommt auf diesen Tag nichts mehr an, daher auch die gedachte, in den Erg. ohne meine Mitwirkung mitgetheilte Aeußerung von Suarez unerheblich ist. Aber etwas Anderes ist hierbei erheblich. Der entsprechende §. 481 des Entwurfs verordnete auch von der Protestation die öffentliche Bekanntmachung in dem Falle, wenn die Behändigung an den Besitzer nicht möglich ist. Es findet sich indeß das Konkl.: „die Protestation bleibt weg." Simon a. a. O. In Folge dessen wird der Protestation im §. 608 nicht gedacht, daher von derselben in dem gedachten Falle nicht Gebrauch gemacht werden kann.

45) Hierdurch ist, auf den Antrag der Monenten, eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden bei der Revision der Monita. Simon a. a. O. S. 543, Nr. 4. Von der Abweisung der Possessorienklage muß das Gleiche wie von der Petitorienklage gelten. Nach dem Pr. des II. S. des Obertr. 1175 (Anmerk. 40) soll die Unterbrechung der Verjährung wegfallen. Der Satz ist unächt. Das Eigenthum entsteht mittelst der Verjährung durch den ununterbrochenen ruhigen Besitz. Die Störung vereitelt die bis dahin gelaufene Verjährung und ist eine Thatsache, die nicht ungeschehen gemacht werden kann. Dazu würde eine Fiktion erforderlich sein, und solche muß ganz ausdrücklich durch das Gesetz verordnet werden. Das ist hier nicht geschehen; im Gegentheil: der §. 607 schreibt unbedingt vor: die dadurch (durch die Insinuation) unterbrochene Verjährung kann niemals wieder anfangen. Ferner: die Klage und deren Insinuation enthält eine Protestation (die röm. denunciatio) im verstärkten Grade. Die bloße Protestation unterbricht schon die Verjährung und die Protestation bleibt übrig, wenn auch der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgewiesen wird. Endlich ist die Bestimmung unseres §. 609 von entscheidendem Gewichte. Die possessorische Klage soll die Verjährung unterbrechen. Praktischen Werth hat dieser Satz gerade nur für den Fall der Abweisung. Denn gewinnt der Possessorienkläger, so erlangt er ja den thatsächlichen Besitz selbst und bedarf jenes Satzes nicht, es wäre denn, daß es ihm eben auf die immer nur kurze Zeit zwischen Anmeldung der Klage und Vollziehung des Urtheils ankäme.

46) S. o. die Anm. 12 zu §. 17, Tit. 7.

47) Mala fides superveniens nocet. Gemäß c. 5 u. 20 X. de praescr. (II, 26). Den Grundsatz enthält schon der §. 579: „durch die — Frist ꝛc. besessen hat." Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. VII, S. 265.

48) Die Ersitzung einer Trift- oder Hütungsgerechtigkeit wird unterbrochen, wenn der Besitzer des Grundstücks, auf welchem dieselbe bisher ausgeübt worden, der ferneren Ausübung widerspricht, und der Prätendent demzufolge davon absteht. Pr. des Obertr. 855, v. 11. April 1840. Die Zweifelhaftigkeit dieses Satzes springt nicht in die Augen.

§. 612. Bloße Pfändungen[49]) unterbrechen also die Verjährung nicht, wenn der Gepfändete, dessen ungeachtet, die Ausübung des Rechts fortsetzt.

§. 613. Jeder Nachfolger im Besitze, er sei Erbe[50]), oder nicht[50a]), kann die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen[51]), in sofern er nur selbst ein redlicher Besitzer ist[51a]).

---

49) Die Worte „bloße Pfändungen", haben nur den Sinn, daß die bloße Thatsache der Pfändung, als ein Akt der Privatgewalt, kein geeignetes Mittel zur Ueberführung des gepfändeten Besitzers von der Unrechtmäßigkeit des Besitzers sein soll. Wo aber die Pfändung auf gesetzmaßigem Wege weiter verfolgt und das Verfahren des Pfänders der richterlichen Kognition unterstellt wird, da ist eine solche gesetzmäßig erfolgte Pfändung nach Maßgabe des Ausfalls der diesfälligen richterlichen Entscheidung darüber, insbesondere über Forstkontraventionen, wenn der Gepfändete zur Erleidung der auf solche gesetzten Strafen verurtheilt worden, allerdings geeignet, denselben von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes zu überführen. Pr. des Obertr. 1798, v. 16. Nov. 1846. — (3. A.) Hat der Gepfändete sich durch die Pfändung nicht abhalten lassen, das Recht ferner auszuüben, und hat der Andere nichts gethan, um die Sache zum Austrag zu bringen, so ist anzunehmen, daß der Erstere sich im Besitze erhalten habe. (Rechtsf. Bd. I, S. 71; Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 30; J.M.Bl. 1854, S. 105.) — Noch weniger ist der Widerspruch des Beeinträchtigten erheblich, wenn der Besitzer sich dadurch von ferneren Besitzhandlungen nicht abhalten läßt. Erk. des Obertr. v. 7. Dezbr. 1853 (J.M.Bl. 1854, S. 105, Nr. 20).

50) S. u. die Anm. 52 zu §. 614, und Anm. 28 zu §. 592.

(5. A.) Der römische Rechtssatz, daß ein bereits von dem Erblasser angefangener Verjährungsbesitz nicht unterbrochen werde (L. 40 D. de usurpat. [XLI, 3]; L. 30 pr. D. ex quib. caus. major. [VI, 6]), ist hier aufgenommen, obgleich Papinian denselben für eine Singularität erklärt. L. 44. §. 3. D. de usurpat. Folgerecht muß dann auch das s. g. vacuum tempus, d. i. die Zwischenzeit von dem Tode des Erblassers bis zur Besitzergreifung Seitens des Erben, zur accessio possessionis mitgerechnet werden (L. 31, §. 5 D. de usurpat.) und es muß in der Folge der Erbe oder Erbeserbe auf Grund seines Erbrechts, ohne Dazwischenkunft eines Dritten (L. 50 D. eodem; L. 6, §. 2 D. pro emtore, XLI, 4), wirklich Besitz ergriffen haben. L. 2, §. 18 D. pro emtore. Hier sei erwähnt, wie sich die nach röm. Rechte streitige Frage: wie es zu halten, wenn während der hereditas jacens für dieselbe durch Geschäftsführer Besitz erworben ist, nach preußischem Rechte stellt. In der röm. Rechtssammlung finden sich von demselben Juristen (Papinian) zwei Stellen über diese Frage, welche sich widersprechen. Die L. 44, §. 3 D de usurp. sagt: in der Zwischenzeit könne der Vertreter für die hereditas jacens den Verjährungsbesitz anfangen. Die L. 45, §. 1 D. eodem sagt das Gegentheil. Unter den gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten ist bisher keine Einigkeit über die Frage erzielt worden. Für das preuß. Recht kommt darauf nichts an; in demselben stellt sich die Sache anders. Darnach giebt es keine hereditas jacens. der Nachlaß eines Verstorbenen ist zu keiner Zeit res nullius, das Recht des Erblassers geht allemal unmittelbar auf den Erben über. Es kann nur vorkommen, daß dieser Erbe eine Zeitlang unbekannt ist. Dies ist res facti. Unterdessen wird ein s. g. Nachlaßkurator bestellt. Dieser hat die Rechte und Pflichten eines Vormundes und ist wesentlich der Rechtsvertreter des wahren aber noch unbekannten Erben. §. 471 d. T. u. Anm. 87 dazu. Erwirbt dieser Rechtsvertreter unter Anderem auch einen Usukapionsbesitz, so erwirbt er solchen dem Erben. — Vergl. ob. die Anm. 95, Abs. 1 a. E. zu §. 484 d. T.

50a) Nur kein Beamter. Ein solcher kann das ihm zur Benutzung eingeräumte Recht durch Ersitzung von seiner Seite nicht ausdehnen. Pr. des Obertr. v. 11. Juni 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 203).

51) Accessio possessionis findet mithin allemal nur dann statt, wenn der Vorgänger selbst wirklich die Ersitzung angefangen und bis zum Uebergange seines Besitzrechtes an den Nachfolger fortgesetzt hatte. Hatte er aus irgend einem Grunde am Ende seiner Besitzzeit nicht den Verjährungsbesitz, so kann der Nachfolger, obgleich er selbst in bona fide ist und für sich eine Verjährung anfangen kann, keinen Vortheil von der Besitzzeit des Vorgängers haben. Dieser Fall ist einer von den wenigen, wo die Nichtunterbrechung des Besitzes, der doch mit dem Wegfalle der Person des Besitzers in der That aufhört, fingirt wird. Man darf daher, außer der Verjährung, nicht auch in anderen Beziehungen annehmen, daß der Besitz des Vorgängers und Nachfolgers identisch sei. — (2. A.) Diese Meinung vertritt auch das Obertr. nach dem Pr. 2383, vom 25. Mai 1852: „Bei der Verjährung durch Besitz kann sich ein Successer auf den Titel seines Auktors nur alsdann berufen, wenn der Auktor bereits selbst besessen und er dessen Besitz fortgesetzt hat, nicht aber auf den Titel seines Auktors erst den Verjährungsbesitz anfangen (Entsch. Bd. XXIII, S. 69). — (4. A.) Der Käufer einer Parzelle setzt für diese den Verjährungsbesitz, in welchem sich der im Besitze des Wurzelgrundstückes verbleibende Verkäufer für das ganze Gut befindet, nicht fort, so wenig, wie, wäre die Verjährung bereits vollendet gewesen, eine Nachfolge in die für das ganze Gut erworbene Grundgerechtigkeit von dem Erwerber eines Trennstückes behauptet und dadurch ohne weiteres einseitig eine Vervielfältigung der Grundgerechtigkeit zum Nachtheile des belasteten Grundstücks gefordert werden kann. Erk. des Obertr. v. 23. April 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 75). Vergl. u. Anm. 11 zu §. 12, Tit. 22.

51a) (4. A.) Die zehnjährige titulirte Verjährung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Be-

§. 614. Auch kann ein solcher Nachfolger, außer dem Falle des §. 584, die Verjährung anfangen, wenngleich der Besitz seines Vorfahren unredlich gewesen ist[52]).

§. 615. So weit aber Jemand unredlicher Weise zum Besitze einer Sache gelangt ist, kann er weder die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen, noch eine neue Verjährung, in Ansehung dieser Sache, so wenig gegen seinen Vorfahren im Besitze, als gegen den Eigenthümer[53]) anfangen.

§. 616. Dem Erben, welcher die Verjährung des Erblassers fortgesetzt[54]), kommt bei der Berechnung des Zeitraums auch die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu Statten[55]).

---

sitzer den Besitztitel seines Vorbesitzers aus einem Rechtsirrthume für gültig erachtet. Erk. des Obertr. v. 29. März 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 133).

52) Nur muß er davon nichts gewußt haben. „Bei einem Erben kann nicht vermuthet werden, daß er die Unredlichkeit eines schon von dem Erblasser ergriffenen und so auf ihn übergegangenen Besitzes gekannt habe. Die Vorschrift des §. 663 kommt bei ihm nur dann zur Anwendung, wenn nachgewiesen wird, daß er selbst von der Unrechtmäßigkeit des durch ihn fortgesetzten Besitzes überzeugt gewesen sei. Außer diesem Falle fängt der Lauf der Verjährung jederzeit mit dem Besitze des Erben an, sobald nicht die in den §. 614 und 584 bestimmte Ausnahme eintritt." Pr. des Obertr. 1061, vom 29. Oktober 1841. Der Besitz des Erblassers ist nicht „übergegangen", dieser Ausdruck ist uneigentlich gebraucht. S. o. Anm. zu §. 368 d. T.

Auch Grundstücke, welche der Erblasser durch mündlichen Vertrag und überhaupt ohne formell gültigen Titel an sich gebracht hat, unterliegen der gewöhnlichen Ersitzung auf Seiten des Erben (titulo pro herede), der sie in dem guten Glauben, als seien sie Eigenthum des Erblassers gewesen, in Besitz nimmt. Pr. des Obertr. 2018, vom 26. Mai 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 130). In diesem Falle setzt jedoch der Erbe nicht die Verjährung des Erblassers fort, welche die 30jährige war (Anm. 17 zu §. 579), sondern es fängt die gewöhnliche Verjährung titulo pro herede erst mit dem Tage der Besitznehmung an. „Das Erbrecht gilt in Ansehung der im vererbten Nachlasse vorgefundenen Sachen als rechtmäßiger Titel für die vom Erben anzufangende neue Verjährung, und es steht ihm, bei der Beurtheilung der Rechtfertigkeit seines Besitztitels, die Kenntniß des Umstandes, daß der Besitz des Erblassers in Betreff jener Sachen ein unrechtfertiger gewesen, nicht entgegen." Pr. des Obertr. 2359, vom 29. März 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 296). Vergl. §. 618. (3. A.) Das Pr. 2359 soll übrigens nur aussprechen, daß diese Kenntniß nicht die Eigenschaft des titulus pro herede als eines an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titels beseitigt, jene Kenntniß kann aber in Bezug auf die Redlichkeit des Erben allerdings von Bedeutung sein, wenn der Erbe wußte oder aus den zu seiner Kenntniß gekommenen Umständen schließen mußte, daß die Sache nicht zum Nachlasse gehöre. Erk. des Obertr. vom 16. Februar 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 141). (4. A.) Vergl. Erk. dess. vom 29. Mai 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd XIII, S. 144).

53) Die Worte: „so wenig gegen seinen Vorfahren im Besitze, als gegen den Eigenthümer", sind ganz überflüssig; sie beruhen auf der eigenthümlichen Auffassung, als könnte die Ersitzung, in Beziehung auf den Einen, zum vollen Eigenthume führen, in Beziehung auf den Anderen aber nicht. Wer aber in Wahrheit Eigenthümer ist, der ist es vor Jedermann. In der That ist der wahre juristische Gedanke, der hierbei vorgeschwebt hat, nicht zu errathen. In dem gedruckten Entwurfe lautete die dem §. 615 d. T. entsprechende Stelle §. 484 so: „Jeder Nachfolger im Besitze, er sei Erbe, oder nicht, kann die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen, wenn er sich nur selbst gegen denjenigen, wider welchen verjährt werden soll, im redlichen Besitze befindet." Suarez bemerkte dazu: „Die Bestimmung: gegen denjenigen, wider welchen verjährt werden soll, giebt zu Zweifeln und Zweideutigkeiten Anlaß. Ponamus: Cajus hat eine Uhr, die Titio eigentlich gehört, 7 Jahre lang bona fide besessen. Sempronius nimmt sie ihm mit Gewalt. Er ist gegen Cajum in mala fide, und kann also gegen diesen keine Verjährung anfangen; aber gegen Titium ist er in bona fide, weil er nicht weiß, daß dieser Eigenthümer der Uhr sei. Kann er nun gegen diesen die Präskription des Cajus fortsetzen? Die Meinung ist wohl, daß der, welcher mala fide zum Besitze gelangt, gar keine Präskription, weder gegen den vorigen Besitzer, noch gegen den Eigenthümer anfangen, und daß er auch die Präskription des vorigen Besitzers gegen den Eigenthümer nicht fortsetzen könne." Simon a. a. O. S. 545. Daraus ist der §. 615 hervorgegangen. In der Suarez'schen Bemerkung und in der dadurch getadelten Fassung des Entwurfs ist Konfusion, die in unseren §. 615 übergegangen ist. Das Beispiel ist an sich für die gewöhnliche Akquisitivverjährung (Ersitzung) ganz unpassend, denn der Gewaltthäter hat keinen Titel; Gewalt ist kein zur Verjährung tauglicher Titel. Noch mehr: der Gewaltthäter hat, nach den Grundsätzen des A. L. R., nicht einmal Besitz. Tit. 7, §. 96. Ueberhaupt aber ist die Ersitzung nicht gegen bestimmte Personen, sondern gegen Jedermann, gegen alle Welt gerichtet. Die Vorstellung von der Klagverjährung, die allerdings ihre Beziehungen gegen bestimmte Personen hat, scheint sich eingemengt und die Verfasser konfundirt zu haben.

54) Wenn er für sich, titulo pro herede, eine neue Verjährung anfängt, kommt es auf den Anfang seines Besitzes an. Anm. 52.

55) Daß das tempus hereditatis jacentis (vacuum tempus) dem Erben zu gute gerechnet werden

§. 617. Um eine neue Verjährung solcher Sachen, die im Nachlasse vorgefunden[56]) worden, anzufangen, bedarf der Erbe keines besonderen Titels[57]).

müsse, war monirt worden, und Suarez hielt darauf die entsprechende Bestimmung für erforderlich. Simon a. a. O. S. 541 und 546. Dies ist auch der Fall. Denn die von dem Erblasser angefangene Usukapion mußte so gut nach den Grundsätzen des A. L.R. als nach dem R. R. durch dessen Tod unterbrochen sein, weil der Besitz, auf welchem dieselbe beruhet, aufhört. Daß sie dennoch fortlaufen soll, ist daher ein jus singulare. Vergl. L. 31, §. 5; L. 40, L. 44, §. 3 D. de usurp. (XLI, 3); L. 30 pr. D. ex quib. caus. maj. (IV, 5). Hieraus darf nicht auf ein Fortbestehen des Besitzes in anderen Beziehungen geschlossen, namentlich nicht gefolgert werden, daß der Erbe durch den bloßen Erbanfall in den Besitz des Erblassers getreten und ohne eigene Besitzhandlung Besitzer geworden sei. Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 10.

56) Wird wörtlich genommen. S. die folg. Anm. u. o. die Anm. 52 a. E.

57) In diesem Sinne bestimmt also das A. L.R. den titulus pro herede. Nach R. R. konnte der Erbe unter diesem Titel fremde, im Nachlasse vorgefundene Sachen nicht ersitzen, der Titel war überhaupt nur tauglich zur Erwerbung der einzelnen Erbschaftssachen von Seiten eines vermeintlichen Erben und bezog sich, wie die Usukapion überhaupt, nur auf körperliche Sachen. Die Verf. des A. L.R. haben beabsichtigt, dem Titel pro herede die Bedeutung zu geben, daß der Erbe fremde Sachen, selbst verpfändete, deponirte und verliehene, in der Meinung, daß sie zur Erbschaft gehören, ersitzen könne. Tit. 20, §§. 250—252; Tit. 21, §. 97. — Simon a. a. O. S. 433, §. 830, und S. 456, Nr. 12. Der Gegenstand ist indeß nicht gehörig durchdacht worden. Nicht, daß die Verf. ohne bewußte Absicht den Titel pro herede zum selbstständigen Usukapionstitel gemacht hätten: darüber kann kein Zweifel sein. Denn Suarez sagt in der rev. mon.: „Der successor singularis kann ex sua persona die Präskription anfangen, — nur bei dem successor universalis ist es zweifelhaft. Doch würde ich solchen dem singulari parifiziren, weil der Unterschied, den das R. R. macht, in der That nur auf der ficta unitate personarum beruht. Allenfalls submittire ich, ob man dem successor singularis die kürzeren, dem universalis aber nur die längeren Verjährungen gestatten wolle." (Simon, Zeitschr., Bd. III, S. 411.) Und auf das Monitum S. 342 ebd.: „Es scheint wohl, daß dem Erben das Erbrecht zum Titel dienen solle, um durch die gewöhnliche Verjährung zu präskribiren, wenn entweder der Erblasser gar keinen Titel gehabt, oder dem Erben sonst die Präskription ex propria persona vortheilhafter sein würde. Dies wäre jedoch ausdrücklich zu sagen, um den Zweifel darüber zu beseitigen, ob der Erbe, der keinen anderen Titel als das Erbrecht für sich hat, nach §. 487 (in 10 Jahren), oder nur nach §. 492 (in 30 Jahren) präskribiren kann," bemerkte er: „Den Satz, daß der Erbe, welcher eine neue Verjährung anfange, keines speziellen Titels bedürfe, sondern titulus pro herede hinreichend sei, könnte man, mehrerer Deutlichkeit wegen, wohl aufnehmen." (Simon a. a. O. S. 546, Nr. 12.) — Aber wie weit der Satz wirken könnte und sollte, ist nicht im Bewußtsein gewesen, man hat an Gerechtigkeiten (res incorporales), in deren Ausübung der Erblasser sich befunden, nicht gedacht, und es läßt sich darüber streiten: ob solche unter den „Sachen, die im Nachlasse vorgefunden worden", mit begriffen. Die Praxis hat sich für die Negative entschieden. Das Pr. des Obertr. 817, vom 28. Febr. 1840, sagt: Unter den in dem Nachlasse eines Erblassers vorgefundenen Sachen, bei denen der Erbe, um eine neue Verjährung anzufangen, keines besonderen Titels bedarf, sind bloße Gerechtigkeiten, z. B. das Jagdrecht, nicht zu verstehen. — Die Erbschaft als Ganzes (das Erbrecht) ist kein Gegenstand der Ersitzung; nur die Verjährung der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) kann vorkommen. §. 494 d. T. S. auch das Pr. des Obertr. 2333, v. 7. Januar 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 32). Doch aber wird auch wieder die Möglichkeit der Ersitzung einer universitas juris vorausgegesetzt, §. 667 d. T.

(5. A.) Das Obertr. erörtert bei Gelegenheit der Entscheidung über die actio pigneratitia directa gegen den Erben des Pfandnehmers die Frage, ob der redliche Erbe durch die zehnjährige Ersitzung auch gegen die Kontraktsklage des Verpfänders auf Rückgabe der Sache, gegen Bezahlung der Pfandschuld, geschützt sei. Die §§. 614, 617 d. T. sprechen sich darüber nicht aus und das Obertr. läßt es dahin gestellt sein, ob es richtig sei, daß im Allgemeinen, nnd namentlich, wie in Gruchot Beiträgen, Jahrg. VIII, S. 135 geschieht, auch für den Verwahrungs-Vertrag, wenn der Erbe des Verwahrers einer fremden Sache diese zehn Jahre hindurch in dem Glauben, daß sie zum Nachlasse gehöre, besessen hat, aus dem §. 617 hergeleitet wird, daß der Vertragsanspruch des Niederlegers auf Zurückgabe oder Entschädigung erloschen sei. Denn für das in vorliegender Sache behauptete Pfandgeschäft genüge es, daß für den Pfandkontrakt die ausdrückliche Vorschrift des §. 251, Tit. 20 im Allg. Landrecht enthalten sei. Aus diesen Gründen ist denn die Abweisung des Pfandgebers mit der direkten Pfandklage bestätigt worden. Erk. vom 20. März 1868 (Entsch. Bd. LIX, S. 61. In dem Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, wo es gleichfalls mitgetheilt wird, ist es vom 13. März datirt). Doch enthält der §. 251, Tit. 20 keinen Buchstaben darüber, daß der Erbe von der auf ihn vererbten persönlichen Verbindlichkeit seines Erblassers ohne Weiteres liberirt sein solle, dieses behauptet auch der Autor, aus welchem der §. 251 geschöpft ist, nämlich Voet Comment. ad Pandectas L. XLI, Tit. 5, §. 1, nicht, das Obertr. legt ihm solches willkührlich unter und sagt S. 67 a. a. O.: „Voet macht in keiner Weise einen Vorbehalt, daß dem Verleiher, Verpfänder, Deponenten die Kontraktsklage bleibe, setzt da-

§. 618. Wer den Besitz einer Erbschaft unredlicher Weise erworben hat, der kann auch gegen den Eigenthümer einzelner darunter begriffener Sachen und Rechte keine Verjährung vorschützen.

§. 619. Ist aber der Fehler der Unredlichkeit in Ansehung des wahren Erben gehoben worden, so kann der Eigenthümer einer besonderen im Nachlasse befindlichen Sache diesen Fehler dem Erbschaftsbesitzer nicht vorrücken; sobald in Ansehung dieser besonderen Sache keine Unredlichkeit obgewaltet hat.

§. 620. Die gewöhnliche Verjährung wird in einem Zeitraume von Zehn[58]) Jahren vollendet[59]). Zeitraum.

§. 621. Befindet sich aber der, gegen welchen verjährt werden soll, außerhalb der Provinz, so wird jedes Jahr Abwesenheit nur auf die Hälfte oder für sechs Monate gerechnet.

§. 622. Die geographischen Grenzen des Distrikts, in welchem sich ein anderes Landes-Justizkollegium[60]) befindet, bestimmen, im rechtlichen Sinne, den Umfang der Provinz.

§. 623. Auf Abwesenheiten außer der Provinz, welche kein volles Jahr hintereinander gedauert haben, wird, bei Berechnung der Verjährungsfrist, keine Rücksicht genommen.

§. 624. Zum Besten moralischer Personen, welche die Rechte der Korporationen haben[61]), wird die Zehnjährige Frist immer verdoppelt.

---

her offenbar (?) voraus, daß mit der Usukapion des Erben alles erledigt sei." Wie die Worte ergeben, läßt er die persönliche Schuldfrage ganz unberührt, augenscheinlich deshalb, weil sie nicht in dieses Kapitel gehört. Liest man die etwas lange Stelle in der Urschrift (das Obertr. giebt davon nur einen kurzen Auszug in freier Uebersetzung), so erkennt man an dem Gedankengange, daß der Autor an jene Frage gar nicht dachte.

58) Ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Vermuthlich ist anfangs dieser Unterschied nur um deswillen übergangen, weil man annahm, daß eine res mobilis contra tertium b. f. possessorem nicht vindizirt werden könne, und also derselbe keiner Präskription bedürfe. Simon a. a. O. S. 477, Nr. 1. Später rechtfertigt Suarez die Uebergehung damit, daß er der bei beweglichen Sachen, nach G. R. eingeführten, kürzeren Verjährung durch Besitz deshalb nicht bedurft habe, weil eine bewegliche Sache gegen denjenigen, der ihren vollständigen Besitz, von einem redlichen Besitzer, redlicher Weise erlangt hat, nur gegen Ersatz des Werthes vindizirt werden könne. Daher sei kein Grund mehr vorhanden, warum dies gemilderte Vindikationsrecht, bei beweglichen Sachen, auf eine kürzere Frist, als bei unbeweglichen, eingeschränkt werden sollte. Ebd. S. 503, Nr. 4.

59) Wenn einer Korporation vom Staate dessen Expropriationsrecht (§§. 4. ff., Tit. 11) verliehen ist, und sie eigenmächtig sich in den Besitz des Grundstücks gesetzt hat, ohne den Eigenthümer zur Abtretung aufzufordern, oder mit ihm über den Entschädigungsanspruch zu verhandeln, so ist ihr Besitz nicht für einen titulirten zu erachten, vielmehr zur Akquisitivverjährung ein Zeitraum von 30 Jahren unerläßlich. Pr. des Obertr. 410, vom 26. Januar 1840 (Präj. Samml. I. S. 42).

(5. A.) Bei der zehnjährigen Verjährung durch Besitz kommt es nur auf den Titel des Verjährenden und die Qualität seines Besitzes, nicht aber auf den Titel und den Besitz seines Autors an. Erk. dess. vom 6. Februar 1866 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 147).

60) Darunter wird ein Appellationsgericht verstanden.

61) In den Entwürfen hieß es: „welche die Rechte der Minderjährigen haben." Lamprecht wollte die Verlängerung der Verjährungsfrist nicht gestatten, weil hier in diesem Lande, wo über die moralischen Personen und deren Wirthschaft sehr sorgfältig gewacht würde, unter diesen und anderen Privatleuten kein Unterschied zu machen. Suarez war anderer Meinung; nur war ihm noch nicht bestimmt genug gesagt: ob die Frist 20 oder 40 Jahre sei; denn es komme darauf an: ob sie gegenwärtig, oder abwesend seien. Nach G. R. finde gegen solche moralische Personen, die keine Kirche sind, 30jährige Präskription statt. Er glaube aber, daß es genug sei, wenn man sie nur als abwesend betrachte, und ihnen also die 30jährige Präskription zu Statten kommen ließe. Simon a. a. O. S. 479, 480. Einige Monenten hatten den Ausdruck so verstanden, daß die doppelte Verjährungsfrist auch auf die Minderjährigen selbst gehe. Suarez äußerte darauf: Das sei die Meinung nicht. Ein Minderjähriger könne bloß qua talis nicht für abwesend gelten. Ihm sei dadurch genugsam prospizirt, daß ihm noch 4 Jahre zur restitutio in integrum zu Statten kämen. Ueberhaupt würde es wohl besser sein, statt des Ausdrucks: „welche die Rechte der Minderjährigen haben," zur Vermeidung alles Mißverständnisses zu sagen: „welchen die Rechte der Korporationen beigelegt sind," denn auf diese geht

Dreißigjährige Präskription.

§. 625. Wer zwar vollständiger redlicher Besitzer ist, aber keinen Titel[62]) seines Besitzes nachweisen kann, zu dessen Gunsten wird die Verjährung erst in Dreißig Jahren vollendet[63]).

§. 626. Bei dieser längern Verjährung bedarf es keiner Verdoppelung der Zeit, wenn gleich der, welchem sie entgegen steht, abwesend[64]) gewesen ist.

§. 627. Der Nachweis, daß der Verjährende die Sache oder das Recht als sein eigen[65]) in Besitz genommen und besessen habe[65a]), ist dazu nothwendig.

§. 628. Dagegen schadet der Nachweis[66]), daß die Besitznehmung ursprünglich

---

ganz eigentlich das Gesetz. Simon a. a. O. S. 548. Hiernach sollte der §. 624 kurz lauten: Zum Besten der Korporationen wird u. s. w.; denn nur dies ist der Inhalt desselben.

62) S. o. Anm. 17 zu §. 579 d. T.

63) Vergl. o. §. 600. Der Beweis des Besitzes ist dergestalt zu führen, daß zwischen der ersten und der letzten Besitzhandlung der 30jährige Zeitraum liegt. Dann wird die Fortdauer des Besitzes in der Zwischenzeit vermuthet. Die §§. 81 und 84, Tit. 7 betreffen nur die Voraussetzungen der Besitzergreifung, nicht die der Fortsetzung des Besitzes, und die §§. 227, 228 bestimmen, wie der Besitz eines negativen oder Untersagungsrechts wieder verloren geht. Der §. 130, Tit. 7 bezieht sich eben nur auf den Besitzstand in der Zwischenzeit, entscheidet aber nichts über die streitig gewesene Frage: ob zum Nachweise der Erwerbung durch Verjährung der Beweis des Anfanges des Besitzes, in Verbindung mit den Erfordernissen der Verjährung, allein schon genüge, was man wegen des §. 130, Tit. 7 anzunehmen geneigt sein könnte; oder ob vielmehr zu jenem Nachweise auch der Beweis einer Besitzhandlung (der Thätigkeit des Erwerbenden) auch am Ende des Zeitraums erforderlich sei. Hierüber entscheidet der §. 600, welcher nicht bloß für die gewöhnliche Verjährung von 10—20 Jahren, sondern für die Akquisitivverjährung überhaupt gilt. Der §. 130, Tit. 7 hat es mit der bloß der Lehre vom Besitze angehörigen Frage zu thun: ob zur Fortsetzung des Besitzes die ununterbrochene Wiederholung von Besitzhandlungen erforderlich sei, und steht zu der Frage: wie lange ein bestimmter Besitzzustand gedauert habe; und zu der Rechtsfrage: was derjenige, welcher durch den Besitz von einer gewissen Dauer eine Erwerbung gemacht haben will, zu beweisen habe, in keiner Beziehung. Vergl. ein Erk. des Obertr. v. 3. März 1848, in den Rechtsf. Bd. III, S. 381. (4. A.) Ein Appellationsgericht hatte eine auf Ersitzung gegründete Vindikationsklage aus dem Grunde abgewiesen, weil die Uebergabe des vindizirten Grundstücks nicht nachgewiesen sei. Von der Uebergabe weiß die Rechtswissenschaft bei den unmittelbaren Erwerbungsarten nichts, daher das Obertr. ganz mit Recht das Urtheil vernichtete. Erk. vom 15. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd XLIV, S. 313).

Die 30jährige Frist zur Erwerbung einer Abgabe durch Verjährung beginnt, wenngleich die Abgabe alljährlich postnumerando abgeführt ist, nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches sie zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung, und wird erst mit dem Tage vollendet, an welchem die Entrichtung der Abgabe nach Ablauf des dreißigsten Jahres für dasselbe bewirkt worden ist. Pr. des Obertr. 2093, vom 26. Januar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 136). In solchem Falle kommt es auf die Zahl der hintereinanderfolgenden Jahre, für welche gezahlt worden ist, an; deren müssen dreißig sein.

64) Also haben auch Korporationen keine doppelte Frist bei dieser Verjährung. S. oben die Anm. 61.

65) Nicht mieths-, pacht-, oder leihweise, oder in Folge eines Vertrauensgeschäfts, d. h. der Verjährende muß positiv ein Geschäft behaupten, auf Grund dessen er den Besitz für sich selbst persönlich oder durch einen Stellvertreter ergriffen hat, denn er muß den Beweis führen. Wie der Beweis geführt werden könne, ob direkt oder auch indirekt, das ist eine andere Frage; aber der Beweissatz muß jedenfalls bestimmt formulirt sein. (4. A.) Ist durch ein Rechtsgeschäft Jemandem die Holzlese gegen eine jährliche Körnerabgabe und eine jährliche Geldzahlung eingeräumt worden, so erscheint der Umstand, daß die Holzlese stets frei, öffentlich und ungestört ausgeübt worden, nicht ausreichend, um auch den zur Ersitzung erforderlichen Nachweis, das Recht als sein eigen und nicht bloß miethsweise in Besitz genommen und besessen zu haben, für geführt annehmen zu können. Erk. des Obertr. vom 8. April 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 184).

(4. A.) Zum Erwerbe einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung ist es weder erforderlich, daß der Verjährende überzeugt sei, Nichteigenthümer des praedii servientis zu sein, noch daß er wisse, wer Eigenthümer desselben sei. Erk. des. Obertr. vom 15. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 315).

65a) (4. A.) Vergl. oben Tit. 7, §. 45 und die Anmerk. 21 dazu, und die Anmerk. 76a zu §. 124 ebd.

66) Der Nachweis des Gegners. Wenngleich eine Sache ursprünglich in Folge z. B. eines Miethskontrakts in Gewahrsam des Verjährenden gekommen ist, so kann sie später dennoch gekauft worden sein. Es kommt in solchem Falle auf die Ueberzeugung des Richters von den thatsächlichen Momenten an.

auf den Grund eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels[66a]) geschehen sei, der Verjährung nur in so fern, als dadurch zugleich die Unredlichkeit[67]) des Besitzes dargethan ist.

III. Arten der ungewöhnlichen Verjährung

§. 629. Gegen den Fiskus[68]), die Kirchen[69]), und solche[70]) Korporationen,

66a) (3. A.) Was darunter zu verstehen, darüber: oben, Anm. 17 zu §. 579.

67) Unrechtfertigkeit hindert nicht, denn Irrthum ist gerade ein Erforderniß bei der Verjährung. Bei der Anwendung dieses Gesetzes bleibt daher die Bestimmung des §. 14, Tit. 7, wonach in der Regel der unrechtfertige Besitzer dem unredlichen gleich geachtet werden soll, außer Betracht. Pr. des Obertr. 2073, vom 20. Nov. 1848. (Entsch. Bd. XVI, S. 524.) Der Grundsatz ist wieder angewendet in dem Erk. v. 22. Dez. 1853 (Entsch. Bd. XXVII, S. 210). Ob ein Besitz unredlich oder unrechtfertig sei, ist eine thatsächliche Frage. Mit dieser beschäftigt sich dieses Erkenntniß hauptsächlich, indem es annimmt, daß, wenn Jemand beim Verkaufe eines Grundstücks sich, wider die Vorschrift des §. 7 des Ed. v. 14. Sept. 1811, fortwährende Dienste ausbedungen hat, dadurch der Besitz des Uebernehmers kein unredlicher werde. Vergl. auch die Anm. zu §. 14, Tit. 7, u. o. die Anm. 52 a. E. zu §. 614 d. T., und Anm. 17a zu §. 579.

68) Einzelne fiskalische Stationen können gegeneinander keine Rechte in Bezug auf das Staatsvermögen durch Verjährung erwerben. Pl.-Beschl. (Pr. 2242) des Obertr. v. 20. Okt. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 19). Dadurch ist die Kontroverse entschieden: ob die einzelnen fiskalischen Stationen für eben so viele Rechtssubjekte anzusehen, oder ob der Fiskus nur eine juristische Person ausmache. Die Entscheidung ist im Sinne des Centralisirungssystems ausgefallen. M. s. jedoch unten, Anm. 55 zu §. 369, Tit. 16.

Die Klage gegen einen ausgetretenen Militärdienstpflichtigen unterliegt der 20jährigen Präskription, nach der Krim.-Ord. §. 597, von dem Tage an, wo die Verbindlichkeit des Ausgetretenen zum Dienste im stehenden Heere endigt, also nach dem Kantonreglement vom 12. Januar 1792, §. 51 mit dem vollendeten 45. Lebensjahre, und nach dem Gesetze vom 3. Sept. 1814, §. 5 mit dem Ende des 25. Lebensjahrs; keinesweges ist gegen den Fiskus die 44jährige Präskription auf den Grund des §. 629 d. T. erforderlich. Pr. des Obertr. 1787, vom 1. Okt. 1846. Seit dem 1. Juli 1851 wird sich die Verjährung nach §. 46 des Str.G.B. bestimmen.

Zur Erwerbung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung wird auch seit der Einführung des A. L.R. im Herzogthume Magdeburg gegen den Fiskus die 44jährige Verjährungsfrist erfordert. Pl.-Beschl. (Pr. 2234) des Obertr. v. 7. Okt. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 53). Vorher hatte man, nach der Magdeburger Pol.-Ordnung von 1688, Kap. 31, §. 2, 40 Jahre für genügend gehalten.

Der in dem Preuß. Landrechte von 1721 Bd. III, Tit. 4, Art. 2, §. 7 gebrauchte Ausdruck „res publica" ist vom Staate zu verstehen, und es ist hierin eine Bestimmung über die Frist der Akquisitivverjährung contra fiscum enthalten. Pl.-Beschl. (Pr. 858) des Obertr. v. 18. Mai 1840. Darnach ist gegen den Fiskus die Ersitzung binnen 30 Jahren, Jahr und Tag vollendet. Pr. 411, vom 27. Januar 1838. Gilt noch im Lauenburg- und Biltowschen Kreise, wo jenes Landrecht durch das nicht dort eingeführte Westpreuß. Provinzialrecht nicht verdrängt ist. (5. A. Seit 1865 auch hier aufgehoben. S. oben, Anm. 12 zu §. IV des Publ.-Patents.) Im eigentlichen Westpreußen kommt seit Einführung dieses Provinzialrechts die 44jährige Verjährung zur Anwendung in allen Fällen, wo die 30jährige noch nicht abgelaufen war. S. o. Anm. 37 zu §. XVII des Publikationspatents u. Pat. vom 19. April 1844, §. 8.

Das bei der Verjährung im §. 629 des Fiskus verliehene Vorrecht kommt den Standesherren nicht zu Statten, vielmehr wird die Verjährung durch Besitz gegen sie in der gewöhnlichen Frist von 30 Jahren vollendet. Pr. des Obertr. 577, vom 10. Nov. 1838. War nach der Instruktion wegen Ausführung des Edikts vom 21. Juni 1815, die Verhältnisse der vormals unmittelbaren deutschen Reichsstände in der preuß. Monarchie betreffend, vom 30. Mai 1820, §§. 5, 59 (G.S. S. 81), zweifelhaft gefunden worden.

69) Nach märkischem Provinzialrechte findet gegen Kirchen keine Verjährung statt. Auch Servituten gegen Kirchengrundstücke können nach märkischen Provinzialgesetzen nicht durch Verjährung erworben werden. Pr. des Obertr. 2121, v. 27. April 1849. Die Güter der geistlichen Stifter, insbesondere der Domkapitel, sind nicht von der Verjährung ausgenommen; gegen dieselben findet daher die hier verordnete 44jährige Verjährung statt. Pr. des Obertr. v. 6. Mai 1836 (Entsch. Bd. II, S. 68).

Die Bestimmung dieses §. in Beziehung auf die Kirchen ist inkonsequent, da Kirchen, nach der Bestimmung des A. L.R., nicht Rechtssubjekte sind, sondern Gegenstand des Eigenthums der Religionsgesellschaft, weshalb doch die Gemeinde (Korporation) das Rechtssubjekt ist. Darnach kann die Kirche, als Sache, nicht neben die Korporation (Person) gestellt werden und nicht bessere Rechte als ihr Eigenthümer haben. Praktisch kommt es nun so zu stehen: gegen eine Dorfgemeinde findet die 30jährige Ersitzung statt; wenn aber der Gegenstand der Ersitzung ein zu ihrer Kirche gehöriges Grundstück ist, so ist nur 44jährige Verjährung zulässig, obgleich sie mit der Kirchengesellschaft identisch ist.

(4. A.) Auch ein vererbliches Recht auf einen Kirchenstuhl kann durch 44jährige Ersitzung erwor-

durch Nichtgebrauch und Besitz. Vier und Vierzigjährige.

welchen vermöge ihrer Privilegien gleiche Rechte beigelegt sind, findet nur die ungewöhnliche Verjährung von Vier und Vierzig[71]) Jahren statt[72]).

§. 630. Es macht dabei keinen Unterschied: ob der Besitz, durch welchen die Verjährung erfolgt, auf einen Titel sich gründe, oder nicht[73]).

§. 631. Dagegen ist die Redlichkeit des Besitzes auch bei einer solchen Verjährung nothwendig[74]).

§. 632. Auch bei der Verjährung durch Nichtgebrauch erlöschen die Rechte des Fiskus, der Kirchen und anderer dergleichen[75]) Korporationen nur nach Verlauf von Vier und Vierzig Jahren.

§. 633. Dagegen können diese moralischen Personen nur aus eben den Gründen, aus welchen die Wiederherstellung in den vorigen Stand gegen eine jede Verjährung stattfindet (§§. 512 bis 534), auf diese Rechtswohlthat Anspruch machen.

---

den werden, nur versteht sich, daß die Benutzung des Stuhls oder Sitzes als ein Recht in Besitz genommen worden sein muß. Vergl. Erk. des Obertr. v. 5. Januar 1855 und 31. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 112; Bd. XX, S. 291).

70) Gegen andere Korporationen findet die Bestimmung §. 624 Anwendung. Vergl. die Anm. 61. Ob nach Gemeinem Rechte gegen Stadtgemeinden zur Erwerbung durch Besitz eine dreißig- oder eine vierzigjährige Verjährung erforderlich, ist kontrovers, und diese Frage daher nach den Grundsätzen des A. L.R. zu entscheiden. Pr. des Obertr. vom 23. Sept. 1845, Nr. I. — Die vier und vierzigjährige Verjährung kommt den Städten nur insofern zu Statten, als ihnen durch besondere Privilegien die Rechte des Fiskus oder der Kirchen beigelegt worden. Dasselbe Pr. Nr. II (Entsch. Bd. XIII, S. 161). Denselben Satz hat schon das Pr. 1412, v. 20. Februar 1844 und wiederholt das uneingetragene Pr. v. 1. Nov. 1849, Nr. I (Entsch. Bd. XVIII, S. 182) ausgesprochen. Man hat den Stadtgemeinden die 44jährige Verjährung deshalb zu Statten kommen lassen wollen, weil sie nach §. 108, Tit. 8, Th. II die Rechte privilegirter Korporationen haben. Dadurch sind sie aber dem Fiskus und den Kirchen noch nicht gleichgestellt.

Das Gleiche gilt selbstverstanden auch von Dorfgemeinden. Vergl. den Rechtsfall in Rechtsf. Bd. IV, S. 217.

71) Auf die Zahl 44 ist man erst ganz zuletzt gekommen. Die Entwürfe hatten nur 40 Jahre. Suarez trägt hierüber aus den Moniten vor: „Die Monenten streiten sich darüber, ob zu den 40 Jahren noch das quadriennium restitutionis in integrum hinzukomme, oder nicht. Ich würde den Streit negativ entscheiden. Es gründet sich auf eine bloße unrichtige Interpretation, daß man dem fisco et ecclesiae, weil sie überhaupt jura minorum haben, auch das privilegium minorum, ratione restitutionis in integrum, beigelegt hat. Dessen bedürfen sie bei der Präskription nicht, da sie hier schon durch die um 10 Jahr verlängerte Frist hinlänglich privilegirt sind. In ihren Angelegenheiten kann also restitutio in integrum für sie nur unter eben den Umständen stattfinden, als dies beneficium einem Jeden, contra quem praescribitur, zu Statten kommt." Simon a. a. O. S. 554. Es wurde aber doch, in dem umgearbeiteten Entwurfe, auf das von Könen wiederholte Monitum, die 40 in 44 geändert. S. 589 a. a. O.

72) Auch in den Fällen, in denen nach dem früheren gemeinen und sächsischen Rechte nur Immemorialverjährung erforderlich und zwar eingetreten, aber noch nicht vollendet war, findet der §. 629 Anwendung. Pr. des Obertr. 1140, vom 13. Mai 1842. Bei dem Beweise einer solchen ist in den vormals sächsischen Provinzen der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen. Pl.-Beschl. (Pr. 1620), v. 24. Oktober 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 122).

Die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren, welche gegen den Fiskus, die Kirchen und gleichberechtigte Korporationen stattfindet, ist in den Fällen nicht erforderlich, für welche kürzere als die gewöhnlichen Verjährungsfristen vorgeschrieben sind. Pr. des Obertr. 930, vom 10. Okt. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 245).

73) Das heißt, es ist gleichviel: ob ein unter den §. 579 treffender Fall vorkommt, oder ob nur die Voraussetzungen des §. 625 zutreffen; in jedem Falle beträgt die Frist 44 Jahre. Vergl. die folg. Anm. 74.

74) Bei der 44jährigen Verjährung müssen, außer der Frist, alle übrigen Erfordernisse der 30jährigen Verjährung vorhanden sein. Dies zu bestimmen ist die Absicht gewesen. Simon a. a. O. S. 550 Mon. c. (4. A.) Wenn daher z. B. der bekannte Rechtsgrund zur Erhebung einer Rente von dem Fiskus den Verjährungsbesitz zu begründen nicht geeignet ist, so findet auch die 44jährige Ersitzung des Rechts auf Erhebung dieser Rente nicht statt. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 8. Jan. 1855 (Entsch. Bd. XXIX, S. 334).

75) Nämlich dem Fiskus und den Kirchen ausdrücklich durch ihr Privilegium gleichberechtigter Korporationen. S. o. die Anm. 70 zu §. 629.

§. 634. Was wegen der Verjährung der Domänen und Regalien Rechtens sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 14.)

§. 635. Der Privilegien, welche dem Fiskus und den andern ihm gleich geachteten Korporationen, in Rücksicht auf die Verjährung beigelegt sind, können dieselben sich auch alsdann bedienen, wenngleich der, welchem die Verjährung wider sie zu Statten kommen soll, mit gleichen Privilegiis versehen wäre[76]).

§. 636. Hingegen kann der, auf welchen von einer dergleichen Person oder Anstalt ein Recht gediehen ist, bei der Verjährung nur seiner eignen Befugnisse sich bedienen[77]).

§. 637. In sofern jedoch der als Vorfahr zu betrachtende Fiskus, oder eine andere dergleichen Anstalt, den Nachfolger im Besitze zu vertreten schuldig sind, können sie gegen den Verjährenden, zum Besten des Nachfolgers, von ihrem eigenen Rechte Gebrauch machen.

§. 638. Wer also, zum Beispiele[78]), von dem Fiskus eine Sache gekauft hat,

---

76) Die Bestimmung fehlt in dem gedruckten Entwurfe. Die Monenten wollten die Frage entschieden wissen, ob fiscus et ecclesia sich ihrer Privilegien bei der Verjährung auch contra aeque privilegiatum bedienen könnten. Suarez sagte: „Affirmativa ist m. E. klar. Die Ursache der verlängerten Frist liegt in der Absicht, daß dem fisco und der Kirche die Negligenz ihrer Administratoren so wenig als möglich schaden solle. Es kann also die Person desjenigen, der aus einer solchen Negligenz Vortheil ziehen würde, keinen Unterschied machen." Simon a. a. O. S. 554, Nr. 5.

77) Vergl. die folg. Anm.

78) Das Beispiel soll den klaren Vorschriften der beiden vorgehenden §§. geradezu widersprechen, ist gesagt worden. (Grävell, Verj. S. 187, Note **). Das muß ein Mißverständniß sein. Der Rechtssatz und das Beispiel harmoniren vollkommen. Der gedruckte Entw. hatte diese Bestimmungen: §. 498. „Der, auf welchen von einer dergleichen Person oder Anstalt ein Recht gediehen ist, kann bei der Verjährung sich nur seiner eigenen Befugnisse bedienen." Damit stimmt unser §. 636. — Der folgende §. 499 des Entw. lautete: „Insofern jedoch der als Vorfahr zu betrachtende Fiskus, oder andere dergleichen Anstalt den Nachfolger im Besitze zu vertreten schuldig sind, können sie sich gegen den Verjährenden ihres eigenen Rechtes, zum Besten des Nachfolgers, bedienen." Ebenso lautet, wesentlich, unser §. 637. Einige Monenten hatten diese Bestimmungen dunkel gefunden und monirt: a) „Es kann die Frage entstehen, ob auch nicht der Besitzer selbst sich des vorzüglichen Rechts des Vorfahren bedienen könne, wenn er gegen Abtretung aller Rechte desselben der Eviktionsverbindlichkeit entsagt hat. b) Es dürfte wohl in jedem Falle, da die Verjährung schon gegen den Fiskus oder das pium corpus angefangen worden, zur Vollendung derselben gegen den Nachfolger ein voller 40jähriger Zeitverlauf nöthig sein, es möge eine Vertretungsverbindlichkeit für den Vorfahren obwalten, oder nicht. Es könnte der Fall vorkommen, daß bereits 30 Jahre des Nichtgebrauchs gegen den Fiskus verflossen gewesen. Gegen diesen ist die Verjährung nicht erfüllt, also kann sie auch nicht gegen denjenigen, der von ihnen causam hat, für erfüllt angesehen werden." Suarez trug darauf vor: „Es wird über Dunkelheit des §. 499 (§. 637) geklagt und die Frage aufgeworfen: wenn Fiskus Jemandem eine Sache oder ein Recht überträgt, in Ansehung dessen die gewöhnliche Verjährung schon abgelaufen ist, die fiskalische aber noch nicht, ob einem solchen Cessionar des Fiskus die Präskription obstire. Die negative Beantwortung dieser Frage liegt eben in dem §. 499. Man könnte aber, um zugleich diesen §. deutlicher zu machen, die Frage selbst, als ein Beispiel, ausdrücklich entscheiden." Simon a. a. O. S. 551 und S. 554, Nr. 6. Zwei Fälle können eintreten: 1) Die Verjährung läuft zur Zeit der Veräußerung an einen nicht Privilegirten noch nicht 30 Jahre. Diesen Fall entscheidet der §. 636. Dem Erwerber kommt nur die von der 30jährigen Frist noch übrige Zeit zu Statten. (2. A. Diesen Grundsatz hat auch das Obertr. in dem Pr. vom 30. April 1852, Entsch. Bd. XXIII, S. 83 ausgesprochen.) Dabei kann es sich freilich treffen, daß er nicht mehr so viel Zeit hat, um die nöthigen Anstalten zur Wahrung seines Rechts zu machen. 2) Die Verjährung läuft schon länger als 30 Jahre. Dann steht dem Erwerber nur die 44jährige Zeit entgegen, vorausgesetzt, daß ihm der Fiskus ꝛc. als Autor verhaftet ist. Suarez sagt: Dieser Satz liege eben in dem §. 637. Nach der Fassung soll zwar der Autor selbst, zum Schutze des Nachfolgers, sich seines Rechts bedienen können; der folgende §. 638 ermächtigt aber den Nachfolger ausdrücklich, ohne Weiteres selbst davon Gebrauch zu machen. Damit ist jedes Bedenken gegen die Sachlegitimation beseitigt. Ein anderes, in der Sache selbst liegendes, Bedenken ist aber dabei. Der Käufer als solcher ist zur Abforderung der gekauften, ihm aber nicht übergebenen Sache aus dem Besitze eines Dritten nicht berechtigt. In dem Beispiele wird dies angenommen; der Käufer soll berechtigt sein, „vermöge des Rechts seines Verkäufers" die Sache aus den Händen eines Dritten zurückzufordern. Die Absicht ist jedoch nicht gewesen, an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen hier eine

die schon seit einer zur gewöhnlichen Verjährung hinreichenden Zeit in den Händen eines Dritten sich befand, der kann diese Sache dennoch, vermöge des Rechts seines Verkäufers zurückfordern, wenn gegen diesen, zur Zeit des Verkaufs, die Vier und Vierzigjährige Präskription noch nicht vollendet war[78a]).

§. 639. Wenn Fiskus, Kirchen, oder andere dergleichen Korporationen, in die Rechte einer Privatperson eintreten, so können sie eine, gegen diesen ihren Vorfahren schon vollendete Verjährung, durch Vorschützung des ihnen selbst zu Statten kommenden längern Zeitraums, nicht anfechten. (Tit. 11, §§. 405, 406.)

§. 640. In untheilbaren oder gemeinschaftlich besessenen Sachen und Rechten, kommt das dem Fiskus, der Kirche u. s. w. beigelegte Privilegium auch dem nicht privilegirten Mitbesitzer zu Statten[79]).

Verjährung durch Besitz vom Jahre 1740.

§. 641. Der vollständige ruhige[80]) Besitz einer Sache oder eines Rechts[80a])

besondere Aenderung vorzunehmen; es wird vorausgesetzt, daß der Verkäufer (Fiskus) seine Vindikationsklage, statt Uebergabe der Sache, dem Käufer übertragen habe.

78a) (4. A.) Aber wenn zur Zeit des Verkaufs auch der 30jährige Zeitraum noch nicht verstrichen war, so genügt auch gegen den Nachfolger des Fiskus zur Ersitzung ein 30jähriger Besitz. Erk. des Obertr. vom 30. April 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 222).

79) Vergl. o. §. 575 und die Anm. 14 dazu. — (3. A.) Von dem Privilegium der Unverjährbarkeit, wie es z. B. in der Mark Brandenburg die Kirche hat, gilt der Grundsatz des §. 640 nicht, vielmehr hat die Praxis in dieser Hinsicht folgenden Rechtssatz angenommen: „Die Unverjährbarkeit der Kirchen- und Pfarrgrundstücke in der Mark und die Unzulässigkeit der Verjährung von Servituten gegen ebendieselben, schließt nicht aus, Grundgerechtigkeiten, insbesondere Hütungsrechte auf Privatgrundstücken durch Verjährung zu erwerben, die einem gleichartigen Rechte seitens der Kirche oder Pfarre, sei es allein oder mit anderen Berechtigten, resp. dem Eigenthümer selbst, unterliegen. Es wird jedoch zur Vollendung der Verjährung ein 44jähriger Zeitraum erfordert." Pr. des Obertr. 2530, vom 13. Juni 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 120). Mit anderen Worten: Grundgerechtigkeiten, welche einer Kirche ꝛc. auf Privatgrundstücken zustehen, können ohne Begrenzung, also auch bis auf ein Geringes, durch Verjährung geschmälert oder entzogen werden, indem auch Andere dieselbe Grundgerechtigkeit im beliebigen Umfange durch Ersitzung erwerben und damit neben der Kirche benutzen.

Zur erwerbenden Verjährung von Eigenthums- oder anderen Realrechten an Grundstücken, welche sich im Miteigenthume des Fiskus befinden, ist, ohne Rücksicht darauf, ob die übrigen Miteigenthümer, in Beziehung auf die Verjährung, mit dem Fiskus gleiche Rechte haben, oder nicht, nach dem R. R. ein 40jähriger und nach den Vorschriften des A. L.R. ein 44jähriger Besitz der Sache oder des Rechts erforderlich. Pr. des Obertr. vom 9. Februar 1838. (Entsch. Bd. III, S. 180.)

80) Der Nachweis eines Titels und bona fides sind nicht erforderlich. Suarez bemerkt in dieser Beziehung: „Ad §. 502 (d. i. unser §. 641) wird richtig bemerkt, daß, wenn gleich bei dieser praescriptione anomala weder titulus noch bona fides erforderlich wäre, dennoch ein vollständiger und ruhiger Besitz vorhanden sein müsse, wonach also dieser §. bestimmter zu fassen sein wird." Simon a. a. O. S. 555. In Folge dessen ist der §. 502 des Entw.: „Der Besitz vom Jahre 1740 schützt den Besitzer" u. s. w. so geändert, wie unser §. 641 lautet. Die Meinungen stimmten über die Erfordernisse des Titels und des guten Glaubens nicht überein. Die neuere Praxis hat sich im Sinne jener Monenten und der Verf. entschieden, nach zwei Pr. des Obertr. 1. Pr. 1970, vom 11. Januar 1848. Zur Verjährung durch den Besitz in den Normaljahren genügt es, daß der Besitz ein vollständiger und ruhiger war; auf den Nachweis des Titels kommt es nicht an. (Entsch. Bd. XVI, S. 132.) 2. Pr. 2001, vom 14. April 1848. Der Besitz in den Normaljahren 1740 und 1797 muß ein vollständiger sein, erfordert also nur den Nachweis dieser Eigenschaft, nicht aber auch den des guten Glaubens. (Entsch. Bd. XVII, S. 139.) Die ältere Praxis war entgegengesetzt. Mathis, Bd. VI, S. 10, Stengel, Bd. VII, S. 230. — (5. A.) Auch kann demjenigen, welcher sich auf den vollständigen ruhigen Besitz im Normaljahre stützt, der Einwand, daß das betroffene Grundstück verpachtet gewesen, nicht entgegengesetzt werden. Erk. des Obertr. v. 6. Febr. 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 81).

80a) (4. A.) Unter dem „Recht" ist eine fiskalische Gerechtigkeit (ein niederes Regale), welche selbstständig besessen werden kann, wie z. B. die Jagd, die Zollgerechtigkeit, die Fischerei in einem öffentlichen Strome u. dergl., verstanden. Vergl. die folg. Anm. 82. Daher entscheidet der ruhige Besitz im Normaljahre bei Erwerbung von Servituten gegen Domänengrundstücke nicht, vielmehr können solche nur durch 44jährigen Besitz erworben werden. Angenommen von dem Obertr. in dem Erk. v. 20. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV. S. 1). (5. A.) Daran hat jedoch das Obertr. nicht festgehalten. In dem Erk. vom 6. Februar 1866 erkennt Dasselbe auch die Erwerbung einer Wegegerechtigkeit gegen eine Domäne durch den Rechtsbesitz im Normaljahre 1797 an. (Entsch. Bd. LVI, S. 81.) Dies entspricht auch dem Wortlaute des Gesetzes.

(5. A.) S. unten die Anm. 84, Abs. 2.

im Jahre 1740 schützt den Besitzer, in allen Fällen[81]), gegen die Ansprüche des Fiskus[82]).

---

81) Vergl. Th. II, Tit. 14, §. 38 und Tit. 16, §. 9. Es versteht sich, daß die Bestimmung überhaupt nur auf Privatrechte geht; in Dingen, welche zur Landeshoheit gehören (z. B. Landespolizei-Sachen) kann sich darauf Niemand berufen. Pr. des Obertr. v. 15. April 1788 (Stengel XI, 289).

82) „Der Besitz vom Jahre 1740," sagt Suarez, „ist keine Verjährung; es ist ein annus normalis, der ohne Rücksicht auf den früher angefangenen oder später fortgesetzten Besitz die Rechte der privatorum gegen den Fiskus bestimmt. Den §. 76 (d. i. der §. 642 d. T.) würde ich also weglassen." Dieser lautete: „Es kann aber von dieser Verjährung" u. s. w. Dies wurde nicht approbirt, aber man beschloß die Fassung: „Es kann aber von diesem Besitzrechte" u. s. w. Simon a. a. O. S. 487, 488.

Mit der Entstehung dieses annus decretorius hat es folgende Bewandtniß: Aus Anlaß der Immediatbeschwerden äußerte eine Kabinetsordre vom 6. Februar 1745 an das Generaldirektorium sich unzufrieden damit, daß die Fiskale bei den Kriegs- und Domänenkammern und den Justizkollegien die Unterthanen, unter dem Deckmantel der Justiz, chikanirten; sie befahl ganz allgemein, die Kammern anzuweisen, darauf zu sehen, daß Niemand zur Ungebühr aktionirt werde. Eine Beschwerde veranlaßte die K.-O. v. 28. Januar 1747, welche jene in Erinnerung bringt und dem Generaldirektorium befiehlt, den Kammern aufzugeben, daß die Besitzer von fiskalischen Grundstücken oder Gerechtigkeiten nicht durch das officium fisci in Anspruch genommen werden sollten. Von einer bestimmten Zeit des Besitzes war noch keine Rede. Erst die Instruktion für das Generaldirektorium vom 20. Mai 1748 enthielt die Bestimmung, daß ein Besitzer, welcher im Jahre 1740 in wirklicher Possession gewesen, unter keinerlei Prätext in Anspruch genommen werden solle. Auf eine neue Beschwerde erging die K.O. v. 9. Mai 1750, worin wieder der Anfang der Regierung des Königs erwähnt ist, indem es heißt, daß der König schon bei verschiedenen Gelegenheiten erklärt, daß diejenigen, welche beim Beginne seiner Regierung im Besitze gewesen, auch darin verbleiben, und ihnen ohne besonders triftige und gesetzliche Ursachen keine Schwierigkeiten gemacht werden sollten. Das Generaldirektorium und der Großkanzler v. Cocceji hatten diese Befehle bloß auf den Besitz bezogen, so daß dem Fiskus das petitorium freizulassen. Mit dieser Beschränkung war die Bestimmung auch in den Codex Fridericianus von 1748 (P. IV, Tit. 5, §. 18, Nr. 6 u. 7) eingerückt worden. Das Kammergericht hatte indeß anders erkannt, wodurch das Generaldirektorium sich unterm 30. November 1753 zu einer Anfrage bei dem Großkanzler v. Cocceji veranlaßt sah, ob der König nach Publikation des Codex Frid. dergleichen Ordres habe ergehen lassen. Der Großkanzler war nach seinem Antwortschreiben v. 6. Mai 1754 nicht im Stande, andere Nachrichten zu geben, als welche sich in den Akten des Generaldirektoriums befanden. Für die Hauptnorm erklärte er aber die, sämmtlichen Kammern unterm 16. Februar 1747 mitgetheilte K.O. v. 28. Januar ej. a., in welcher, wie er meinte, deutlich enthalten sei, daß die Partikuliers wegen der in ihrem wirklichen Besitze befindlichen Grundstücke und Gerechtigkeiten unter keinem Prätexte durch das Officium fisci in Anspruch genommen, sondern bei ihrer Possession mit Nachdruck geschützt werden sollten. Er war der Meinung, daß nach diesen ausdrücklichen Ordres um so mehr bei den Justizkollegien gesprochen werden müsse, als der König über seine Rechte disponiren könne, und überließ es dem Generaldirektorium, ob es nöthig finde, hierüber noch eine Deklaration zu erbitten. Es ist jedoch keine Deklaration nachgesucht worden. Auf eine anderweitige Beschwerde erging abermals eine K.O. vom 20. Okt. 1755, worin es wieder ganz unbestimmt heißt, daß der König oft und vielfältig deklarirt habe, es solle ein Jeder bei den ihm zustehenden Gerechtigkeiten geschützt werden. Dagegen befahl der König in der, ebenfalls auf eine Beschwerde erlassenen O. v. 30. April 1756, daß der Sohn der Supplikantin bei dem Gebrauche und Genusse der ihm streitig gemachten Jagden gelassen werden solle, da der König vielfältig deklarirt habe, daß keinem Vasallen einige Gerechtsame, von welchen er seit langer Zeit und nach anno 1740 im Besitze gewesen, unter was für Prätext es auch geschehen könne, entzogen werden sollten. Einige Tage darauf beseitigte der König die Zweifel des Generaldirektoriums und des Justizdepartements durch eine mündliche Deklaration. Er äußerte nämlich gegen den Minister v. Borke sein Mißfallen darüber, daß die Krieges- und Domänenkammern nicht unterließen, die Vasallen und Edelleute in Sachen, worin sie den Besitz vom Jahre 1740 für sich hätten, zu beunruhigen und zu chikaniren, und daß noch neulich auf die Beschwerde gemessene Ordre darüber ertheilt worden. Auf die Bemerkung des v. Borke, wie er diese O. gesehen habe, befahl er nun auch zu verhindern, daß ferner dergleichen Klagen entstehen möchten. Diese Gelegenheit benutzte der Minister v. Borke, dem Könige die Zweifel des Generaldirektoriums und des Justizdepartements vorzutragen. Darauf erklärte der König: wie er die Possession vom Jahre 1740 bloß zu Gunsten seiner getreuen Vasallen und Ritterschaft festgesetzt habe, und wolle, daß solche niemals, unter was für Prätext es auch sei, angefochten werden solle, gab auch dem Minister v. Borke die Anweisung, solches dem Generaldirektorium bekannt zu machen. Auf die hierüber erstattete amtliche Anzeige desselben v. 6. Mai 1756 erließ der Großkanzler unterm 9. Juli 1756 an sämmtliche Justizkollegien, außer Ostfriesland, ein Cirkulare, worin er den wesentlichen Inhalt der angezeigten mündlichen Aeußerungen des Königs wiederholte und ein Verzeichniß der anhängigen fiskalischen Prozesse forderte.

§. 642. Es kann aber von diesem Besitzrechte [83]) zum Nachtheile anderer Mitbürger des Staats, kein Gebrauch gemacht werden.

§. 643. Das Jahr 1740 wird vom Ersten Januar bis letzten December gerechnet [84]).

---

Durch ein späteres Cirkulare des Generaldirektoriums vom 22. Okt. 1767 wurden auch die Kammern angewiesen, nicht geschehen zu lassen, daß contra statum possessionis de Anno 1740 Jemand a fisco in possessorio, noch in petitorio beunruhigt werde, welches man auch in die Kammerinstruktion einrückte. Diese Quellen und Belege dieser Geschichte habe ich in m. Schrift über die preußischen Domänen S. 210 u. f. mitgetheilt. Bei der Redaktion des A. L.R. ist davon weiter nichts vorgekommen; der Satz steht, als bekanntes Recht, schon in den Klein'schen Materialien §. 884, nur in einer anderen Fassung als unser §. 641 hat. Dort findet sich auch deutlich ausgedrückt (§. 887), daß nicht der erste Tag allein, sondern das ganze Jahr 1740 verstanden ist. Simon a. a. O. S. 439. S. unten die Anm. 84.

83) Denn eine Verjährung ist es nicht. S. die vor. Anm. 82.

84) Durch diese ganze Zeit muß der ruhige und vollständige Besitz fortgedauert haben. Ein Monent hatte erinnert: Es fehlen noch Bestimmungen darüber: ob der Besitz des ganzen Jahres 1740 erforderlich sei, oder nur, daß der Besitz in diesem Jahre ausgeübt worden. Simon a. a. O. S. 552. Darauf findet sich keine Bemerkung der Verf., welche augenscheinlich der ersteren Meinung gewesen sind. Denn der §. 641 (§. 502 des Entw.) lautete damals, als das Monitum gemacht wurde: Der Besitz vom Jahre 1740 schützt u. s. w. Bei der in Folge dieses und anderer Monita veränderten Fassung dieses §. sagte man: Der — Besitz — im Jahre 1740 schützt u. s. w. Dadurch wollte man auch dieses Monitum erledigen. Vergl. o. die Anm. 80 a. E.

Der Besitz eines Rechtes, welches nur zu gewissen Zeiten ausgeübt werden kann, wird auch im Entscheidungsjahre als vorhanden angenommen, wenn bei der letzten Gelegenheit vorher dieses Recht ausgeübt worden ist; denn die Fortsetzung des Besitzes wird vermuthet — oder vielmehr, sie versteht sich bei solchen Rechten von selbst, bis die nächste Gelegenheit zur Benutzung vernachlässigt wird. §§. 651 — 654 d. T. (Schles. Archiv, Bd. II, S. 118). — Vergl. die Pr. des Obertr. v. 7. Oktober 1823, vom 6. Juni 1834 u. vom 2. April 1835 (Schles. Arch. Bd. II, S. 111 ff., 134, 141). (5. A.) Später hat das Obertr. durch das Pr. 2734, vom 20. (oder 26., das Datum ist in den Bd. LI, S. 106 und im Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 113 verschieden angegeben) November 1863 folgenden Satz als Rechtsgrundsatz festgestellt: „Wer sich auf den Besitz eines Rechts in den Normaljahren stützen will, muß — auch in dem Falle des §. 649 d. T. — nachweisen, daß die Ausübung des Rechts in dem betreffenden Normaljahre selbst stattgefunden habe." Damit ist die Erwerbungsart von solchen Rechten, welche in intermittirenden nicht lediglich von Willkühr abhängigen Handlungen bestehen, durch den Besitz in einem Normaljahre so gut wie unterdrückt; denn in 100 und mehreren Fällen wird sich nicht ein einziges Mal die Gelegenheit zur Ausübung gerade in diesem Jahre bieten. Das würde jedoch kein Grund sein, den neuen Satz für unrichtig zu erklären, es könnte ja, da die Verjährung ein positives Institut ist, sein, daß die Erwerbungsart in Rede, die wie bei der Lotterie von einem glücklichen Treffer abhängig wäre, auf solche Rechte nicht Anwendung finden sollte, was aber so ohne Weiteres in Ermangelung einer desfallsigen positiven Vorschrift nicht anzunehmen ist. Es kommt also darauf an: ob der Satz als Rechtsgrundsatz juristisch nachgewiesen ist. Das ist indeß nicht der Fall, das Obertr. bringt in seinen Motiven nicht einen einzigen rechtswissenschaftlichen Grund für seinen Satz bei. Es beruft sich zunächst auf „die ratio legis, welche darin zu finden ist, daß, wenn in dem Normaljahre ein bestimmtes äußerlich wahrnehmbares Rechtsverhältniß zwischen dem Fiskus und einer Privatpartei bestanden hat, zu Gunsten der Letzteren die Vermuthung der Rechtmäßigkeit desselben in dem Maße hat eintreten sollen, daß dadurch die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums überwogen und ohne weiteren Nachweis Schutz des Besitzes gewährt wird, während das Dasein einer Servitut, welche zwar in früherer Zeit, nicht aber im Normaljahre selbst ausgeübt ist, in diesem Jahre durch keinen sinnlich erkennbaren Zustand oder derartige Handlungen wahrnehmbar gewesen ist." Diese ratio legis ist eine willkürliche Annahme, sie läßt die rechtliche Natur der Rechte der in Rede stehenden Art so wie die Natur des Besitzes an solchen Rechten und die Fortsetzung dieses Besitzes ganz außer Betracht, trifft mithin das punctum saliens gar nicht. Nächst dieser gefundenen ratio legis folgt dann eine Buchstabenauslegung des §. 646 und 647, die völlig gewichtlos ist; und zum Schluß heißt es: „Von gleichen Grundsätzen ist auch das Obertr. in den S. 134 und 141 Bd. II des Schles. Archivs abgedruckten Erk. v. 6. Juni 1834 und 2. April 1835 ausgegangen, in welchen die im Jahre 1740 stattgehabte Ausübung des dort streitig gewesenen Rechts auf herrenlose Erbschaften nicht aus dem Grunde, weil der früher erlangte Besitz dieses Rechts für fortgesetzt zu erachten sei, sondern lediglich um deswillen für erläßlich erachtet worden ist, weil die jenes Recht geltend machenden Städte im Normaljahre die obere und niedere Gerichtsbarkeit wirklich ausgeübt hätten, nach §. 570 d. T. aber derjenige, welcher einen Theil seines Rechts ausübe, im Besitz des ganzen Rechts verbleibe." (Archiv für Rechtsf. Bd. LII, S. 116.) Doch diese Berufung

§. 644. In Ansehung derjenigen Provinzen, wo entweder gar kein[85]) dergle-

auf die eigene Praxis fällt auch nicht ins Gewicht. Einestheils ist die Relation nicht ganz korrekt, indem in den beiden Fällen die Frage: ob just im Normaljahre selbst ein Besitzakt im Betreff des streitigen Rechts stattgefunden haben müsse, zur Entscheidung nicht vorlag und deshalb auch in den gedachten Erkenntnissen nicht geradezu entschieden worden ist. Denn die Kläger hatten ihren Anspruch nicht auf diese Frage, sondern darauf gegründet, daß sie die Gerichtsbarkeit im Normaljahre selbst wirklich ausgeübt hätten und daß das Recht auf erbloſe Verlassenschaften ein Ausfluß, ein Bestandtheil der Gerichtsbarkeit sei. Anderntheils ist in einem älteren Falle v. J. 1821, S. 118 das Schles. Archivs Bd. II. in dem Appellations-Erk. ausdrücklich ausgeführt: „Wenn nun auch spätere Fälle bis zum Jahre 1740 nicht vorgekommen, so muß doch ex adductis angenommen werden, daß der Magistrat zu Brieg bis zu diesem Jahre und in demselben sich im Besitze des Rechts auf herrenlose Sachen und Erbschaften befunden habe, da Fiskus nicht nachzuweisen vermocht hat, daß er in der Zwischenzeit seiner Seits dieses Recht ausgeübt, und dadurch die Stadt wieder außer Besitz gesetzt hat." Dieses Erk. hat das Obertr. durch das Revisions-Erk. de publ. den 7. Oktober 1823 lediglich bestätigt. Der Fall ist in der obigen Berufung auf die ältere Praxis übergangen. — Somit ist für die Rechtswahrheit des Pr. 2734 Nichts bewiesen. Dagegen ist die Ansicht des Obertr. mit dem organischen Zusammenhange der rechtlichen Grundsätze unvereinbar. Das geschichtliche Recht erkennt ausdrücklich an, daß eine servitus discontinua durch Ersitzung (fortgesetzten Besitz) erworben werden könne; es sichert ferner possessorischen Schutz des Rechtsbesitzes an einer solchen Servitut zu. Die rechtliche Möglichkeit dieser Rechtserscheinungen kann das Obertr., indem es die Fortsetzung eines solchen Rechtsbesitzes leugnet, mit wissenschaftlicher Konsequenz gar nicht erklären. Denn zufolge seiner Ansicht ist jede wiederkehrende Besitzhandlung hier nicht eine Fortsetzung des schon erworbenen Rechtsbesitzes, sondern eine neue Besitzergreifung. Daher gäbe es hier keine Ersitzung und ein possessorisches Rechtsmittel wäre, wenn Jemand an der Wiederholung einer Besitzhandlung gehindert würde, nicht denkbar, weil der an der Besitzergreifung Gehinderte ja noch keinen Besitz hätte, in welchem er geschützt werden könnte. Die Rechtslehrer nehmen einen Zusammenhang der einzelnen Besitzhandlungen an, wenn nicht von außen gekommene Unterbrechung dazwischen getreten ist. Unterholzner in der Verjährung durch Besitz sagt S. 327: „Der auf Ausübung einer servitus praedii rustici gerichtete Besitz dauert, wegen der in seiner Natur liegenden Unterbrochenheit (Diskontinuität) der Besitzhandlungen so lange, als man keine Gelegenheit der Ausübung hat verstreichen lassen." Und in der „gesammten Verjährungslehre" §. 214 Nr. II heißt es: „Bei den servitutes praediorum rusticorum ist eine Ununterbrochenheit des Besitzes im strengen Sinne gar nicht möglich. Wenn nun dennoch ganz entschieden eine Ersitzung auch bei diesen Dienstbarkeitsrechten angenommen ist: so muß gewissermaßen durch eine Fiktion der Zusammenhang bewirkt werden." v. Savigny, Recht des Besitzes §. 45 (6. Ausg. S. 378) nimmt in Beziehung auf die Interdikte an, daß während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Okkupation) der Besitz in suspenso ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums (des nonusus) zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit da gewesen oder nicht da gewesen ist, welches jedoch bei den Interdikten ohne Einfluß sei. Er fügt aber in der Note 2 bei: „Eine etwas verschiedene Bewandtniß hat es mit der Fortsetzung des Besitzes, insofern diese zu einem Erwerbe durch Ersitzung führen soll. Hier nimmt Unterholzner (Verjährungslehre §. 214) an, der Besitz dauere fort, wenngleich gewöhnliche Unterbrechungen der Ausübung stattfinden. — Diese Annahme scheint richtig." Dies der Stand der Rechtswissenschaft. Die wissenschaftliche Konsequenz darf in der Rechtsprechung, ohne positive Satzung, nicht abgewiesen werden. An einer solchen Satzung fehlt es in Betreff der Normaljahre; das Obertr. sagt selbst, S. 114 des Archivs für Rechtsf.: „im A. L.R. ist die Frage, ob bei einer servitus discontinua zur Anwendung des §. 641 genügt, daß der Prätendent vor dem Normaljahre in den Besitz derselben gelangt sei, oder ob ein Besitzakt im Normaljahre selbst stattgefunden haben müsse, nicht ausdrücklich entschieden." Folglich ist das Pr. 2734 eine ungerechtfertigte Abweichung von der wissenschaftlichen Konsequenz.

85) Die Bestimmung ist auffallend. Denn der §. 641 enthält kein Provinzialrecht für gewisse Provinzen. Wo also kein dergleichen Entscheidungsjahr durch Provinzialverordnungen bestimmt ist, da kann es doch nicht dabei sein Bewenden haben, sondern es muß eben die gemeinrechtliche Bestimmung des §. 641 eintreten. Diese, in Beziehung auf die damals vorhandenen Landestheile — denn auf künftige Eroberungen ist dabei nicht gedacht worden — mißlungene Fassung erklärt sich aus der Entstehung. Im Entwurfe lautete die Bestimmung im §. 506: „Ausnahmen von der im §. 506 enthaltenen Regel sind in den Provinzial-Gesetzbüchern bestimmt." Suarez trägt dazu vor: „Ein Moment will gar keine Ausnahme statuiren. Andere Momente wollen die Ausnahmen hier angegeben haben, damit es nicht scheine, als ob man sich vorbehalte, einer oder der anderen Provinz, worin der annus decretorius bisher stattgefunden hat, solchen wieder zu nehmen. Die Ausnahmen können hier nicht füglich bestimmt werden, inzwischen wird die Fassung so einzurichten sein, daß Niemand durch jenen Verdacht beunruhigt werden dürfe." Simon a. a. O. S. 555. Die Bestimmung soll mithin heißen: Wenn in den Provinzialgesetzen gegenwärtig ausdrücklich bestimmt ist, daß

chen, oder ein anderes[86]) Entscheidungsjahr stattfindet, hat es bei den bisherigen Verfassungen sein Bewenden.

11. Westpreuß. Provinzialrecht v. 1844. (G.S. S. 105.)

§. 5. Der vollständige ruhige Besitz einer Sache oder eines Rechts im Jahre 1797 schützt den Besitzer gegen die Ansprüche des Fiskus[87]).

12. Ges. v. 18. Dezember 1831, über Präklusion fiskalischer Ansprüche in der Rheinprovinz. (G.S. 1832, S. 3.)

§. 1. Gegen die Ansprüche des Fiskus soll in der Rheinprovinz ein Jeder geschützt sein, welcher erweislich am 1. Januar[87a]) 1815 oder schon vor diesem Zeitpunkte eine Sache oder ein Recht, oder auch eine Freiheit von einer Realberechtigung, ruhig besessen hat.

§. 2. Desgleichen sollen alle vor dem 1. Jan. 1815 entstandenen Renten- oder Schuldforderungen des Fiskus, welche nach diesem Zeitpunkte bis zum Ende des Jahres 1829 weder von dem Fiskus eingeklagt, noch von den Schuldnern anerkannt worden sind, auch ferner nicht geltend gemacht werden.

§. 645. Auch ein auf den Besitz des Jahres 1740 sich gründendes Recht kann mittelst einer nach diesem Jahre angefangenen Verjährung durch Nichtgebrauch erlöschen[88]).

---

kein annus decretorius stattfindet, hat es dabei (bei der bisherigen Verfassung also sollte durch spätere Verordnung der annus decretorius nicht wieder entzogen werden) sein Bewenden. Eine solche Provinzialbestimmung gab es aber gar nicht.

86) Kam nur in dem damals zu Preußen gehörigen Fürstenthume Ostfriesland (1786) vor. Publikandum des Staatsraths v. 1. August 1796 (N. C. C. Tom. X, p. 575, Nr. 80).

87) Gründet sich für Westpreußen, mit Inbegriff des Netzdistriktes und des Ermelandes, jedoch mit Ausnahme der Stadt Danzig und deren alten Gebietes, sowie der Stadt Thorn und Gebiet, auf die V. v. 18. Dezbr. 1798 und Dekl. v. 23. Dezember 1799 (N. C. C. Tom. X. pag. 1831, Nr. 93. — Amelang, N. A. Bd. III, S. 321); und für die Städte Danzig (in welcher, so wie in deren Gebiete, wie solches im Jahre 1793 mit der Monarchie vereinigt worden, das Westpreußische Provinzialrecht nicht gilt, daher es auf diese V. ankommt) und Thorn, und deren beiderseitiges Gebiet, so wie in den zur Provinz Preußen gehörigen vormals Süd- und Neu-Ostpreußischen Landestheilen, auf die V. v. 24. November 1843 (G.S. 1844, S. 12).

87a) Diese Bestimmung weicht also darin von dem §. 641 ab, daß hier nicht das ganze Jahr, sondern der erste Tag des Jahres und die demselben vorangegangene Zeit bis einschließlich dieses Tages, den entscheidenden Zeitpunkt hinsichtlich des dem Besitze zugesicherten Schutzes bildet.

88) Die drei §§. 645—647 sind erst bei der Revision der Monita hinzugekommen. Ein Mitglied hatte schon bei dem gedr. Entw. gefragt: ob dieser Besitz entscheide, es möge solcher nachher unterbrochen sein, oder nicht. Simon a. a. O. S. 552. Darauf war nicht Rücksicht genommen worden. Lamprecht erinnerte zu dem umgearbeiteten Entwurfe: Es wäre gut, wenn man bemerkte: ob auf den Besitz de 1740 zu achten, wenn sich auch nachher ein nonusus von 30 Jahren zeigte. Diese Frage sei bestritten worden. Suarez brachte bei: In Absicht auf den Besitz de anno 1740 seien neuerlich beim Tribunal in einer ostpreuß. Sache zwei Fragen ventilirt worden: 1) ob die vom Fiskus im Jahre 1740 ausdrücklich geschehene Agnition des Rechtes eines Privati mit dem Besitze de anno 1740 für äquivalent zu achten, wenngleich dieses Recht in hoc anno actualiter nicht ausgeübt worden? Diese Frage sei affirmative entschieden worden. Dagegen sei es unausgemacht geblieben: 2) ob das Recht, welches ein Privatus durch den Besitz de anno 1740 gegen den Fiskus erworben, per praescriptionem verloren gegangen sei, wenn dasselbe seit 1740, innerhalb rechtsverjährter Zeit, nicht ausgeübt worden? Die Mehrheit habe sich dahin geneigt, daß Fiskus sich der Verjährung nicht bedienen könne, weil sowohl der vorige als der jetzige König das Recht des Besitzes de anno 1740 von Zeit zu Zeit bestätiget, und durch die erneuerten Agnitiones die Verjährung unterbrochen worden. Suarez meinte: Ad 1 scheine Affirmativa klar zu sein; ad 2 sei die Sache zweifelhafter. Man könne aber doch dem Fisko die beneficia praescriptionis, deren ein jeder Privatus genießt, nicht ganz entziehen, und die Wiederholung der Deklarationen sei wohl nur zu Gunsten derjenigen ergangen, welche sich in ihrem Besitze behauptet, nicht aber derer, welche ihr Recht selbst vernachlässigt hätten. Es wurde konkludirt: „Wenn Jemandem ein Recht vor 1740 verliehen worden, und er solches weder vor noch im Jahre 1740 ausgeübt hat, so kommt ihm der annus decretorius nicht zu Statten." Simon a. a. O. S. 591 ff. und Jahrb. Bd. LII, S. 10. Hieraus ist der Sinn der beiden §§. 645 und 646 klar. Wegen des §. 647 s. u. die Anm. 91.

§. 646. Hat der Fiskus, auf eine an sich rechtsgültige Weise[89]), im Jahre 1740 anerkannt, daß einem andern ein Recht wider ihn zustehe, so hat ein solches Anerkenntniß, wenn auch die in diesem Jahre erfolgte wirkliche Ausübung nicht nachgewiesen werden kann, mit dem wirklichen Besitze gleiche Kraft[90]).

§. 647. Dagegen wird in Ansehung desjenigen, der weder ein solches Anerkenntniß für sich, noch im Jahre 1740 das Recht wirklich ausgeübt hat, der Lauf der früher wider ihn angefangenen Verjährung durch Nichtgebrauch, durch die erfolgte Bestimmung dieses Entscheidungsjahres, nicht unterbrochen[91]).

Vierzigjährige.

§. 648. Zur Verjährung gestohlener und geraubter Sachen, welche nach §. 584 von dem ersten redlichen Besitzer durch die gewöhnliche Verjährung nicht erworben werden können, ist ein Zeitraum von Vierzig Jahren erforderlich[92]).

§. 649. Wenn Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich[93]), sondern nur in gewissen Jahren[94]), oder bei gewissen Gelegenheiten[95]) benutzt werden können,

---

89) Die Erklärung muß sowohl von den nach der Verfassung zuständigen Beamten als in der bestimmungsmäßigen Form gegeben worden sein. Gelegentliche Aeußerungen sind nur dann erheblich, wenn die ausdrückliche Anerkennung des berührten Zustandes beabsichtigt worden ist. Vergl. die vor. Anm. 88.

90) Vorausgesetzt, daß später, vor Ablauf der Verjährungsfrist, der Besitz ausgeübt worden ist. S. die folg. Anm.

91) Die Beziehung dieser Bestimmung wird erst aus einer Bemerkung von Lamprecht klar. Nachdem von dem aktuellen Besitze im Jahre 1740 gesprochen worden, sagt er weiter: „Ferner kann man sagen: derjenige sei im Besitze de 1740, der vermöge eines Privilegii ein Recht gegen den Fiskum hat, von dessen eigentlicher Ausübung aber nichts konstirt; es ist aber die Verjährungsfrist bis 1740 noch nicht abgelaufen, oder muß nicht de actuali exercitio de 1740 konstiren, wenn dies gebraucht werden soll?" Simon a. a. O. S. 593. Diese Frage soll der §. 647 entscheiden. Es sind drei Fälle gedacht: 1) Der Besitz im Jahre 1740 ist nachgewiesen, nachher ist er aber seit 30 Jahren nicht ausgeübt worden. §. 645. 2) Der Besitz im Jahre 1740 ist nicht nachzuweisen, es wird aber ein Anerkenntniß der fiskalischen Station aus dem Jahre 1740 beigebracht. Dieses soll eben soviel wirken wie der Nachweis des Besitzes selbst in diesem Jahre. §. 646. 3) Es wird eine Urkunde über die Erwerbung eines Gegenstandes aus der Zeit vor dem Jahre 1740 beigebracht, es kann aber weder der Besitz im Jahre 1740, noch ein fiskalisches Anerkenntniß aus eben diesem Jahre nachgewiesen werden. Dies ist der Fall unseres §. 647.

92) Vergl. o. §. 584 und die Anm. 21 dazu. Die Verjährungsfrist ist bei diesen Sachen nach G. R. zweifelhaft, wegen C. C. C. Art. 209. Man bestimmte hier absichtlich eine 40jährige Frist, welche Suarez in seinen amtlichen Vorträgen so rechtfertigt: „Ex opinione Dd. ward auch res vitiosa von dem ersten redlichen Besitzer binnen 30 Jahren präskribirt; hier sind 40 angenommen. Es ist aber zu bemerken, daß diese Meinung der Rechtslehrer sich auf keinen ausdrücklichen Text des juris romani gründe, sondern nur ex analogia der Nov. 119, c. 7 gefolgert werde; cf. Rave, de praescriptione, §. 27. Da die Präskription solcher Sachen, die ursprünglich durch Diebstahl oder Raub ihrem rechtmäßigen Eigenthümer entzogen worden, wohl keine Begünstigung verdient, so scheint dadurch die Verlängerung der Frist auf 10 Jahre hinlänglich gerechtfertigt zu sein." Simon a. a. O. T. 594 und Jahrb. Bd. XLI, S. 15.

(4. A.) Die §§. 584 u. 648 betreffen sowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen, sie beziehen sich aber nur auf den, welcher unmittelbar von dem Diebe oder Gewaltthäter erworben hat, nicht aber auf den Fall, daß ein Anderer, als der Dieb oder Gewaltthäter, den Besitz und das Eigenthum übertragen hat; auf den Fall gerichtlicher Subhastation können sie niemals Anwendung finden. Erk. des Obertr. vom 22. September 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 22).

93) D. h. willkürlich, zu jeder beliebigen Zeit. — (2. A.) „Ist ein Recht von solcher Beschaffenheit, daß es nicht völlig von der Willkür des Berechtigten abhängt, dasselbe alljährlich oder gewohnlich auszuüben, sondern daß die Ausübung nur bei gewissen — durch andere, außerhalb der Willkür des Berechtigten liegende, Umstände herbeigeführten — Gelegenheiten erfolgen kann: so bleibt die Ersitzung von vierzig Jahren zum Erwerbe dieses Rechts auch dann erforderlich, wenn gleich nachgewiesen werden kann, daß ein solches Recht während dreißig Jahren alljährlich ausgeübt worden sei." Pr. des Obertr. 2369, v. 20. April 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 91). Der Fall war das Recht auf Gewährung des zur höchst nothwendigen Bewährung der Besitzung des Klägers erforderlichen Holzes. Man hatte nicht angenommen, daß die Nothwendigkeit einer solchen Reparatur der Bewahrungen des Klägers alljährlich eintreffen müsse.

94) Vergl. §. 543. Dort fehlen die Worte: „in gewissen Jahren". Das macht keinen Unter-

wenigstens zu drei verschiedenen Malen[96]) ausgeübt worden[97]); so werden sie durch einen Besitz von Vierzig[98]) Jahren erworben.

---

schied, es ist hier wie dort von derselben Art von Rechten die Rede; was von Rechten, die nur in gewissen Jahren ausgeübt werden können, gilt, das gilt auch von solchen, welche nur bei gewissen Gelegenheiten genutzt werden können.

95) Z. B. das Recht, vom Steinbrechen eine Abgabe nach dem Quantum der gebrochenen Steine zu verlangen. Angenommen von dem Obertr. in der Entsch. v. 6. Mai 1834. (Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 201.) Auch das Recht eines Grundbesitzers, zu den Reparaturen und Bauten seiner Gebäude Lehm auf dem Grundstücke eines Anderen zu graben, gehört zu den servitutibus discontinuis. Erk. dess. v. 22. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 223). Ebenso das Recht, Steine, Sand und andere Materialien zur Besserung von Wegen und zu Bauten aus einem fremden Grundstücke zu entnehmen, ist ein hierher gehöriges. Erk. vom 28. September 1854 (Archiv für Rechtsf. Bd. XV, S. 52). — Das Recht auf Zaunholz wird z. B. nicht zu dieser Art von Rechten gerechnet, weil man annimmt, oder doch in einem Falle angenommen hat, daß das Zaunholz so gut wie Schirr- und Brennholz, gewöhnlich und alljährlich gebraucht werde. Erk. des Obertr. v. 2. Febr. 1833, mitgetheilt im Central-Blatte v. 1837, Sp. 428. Die Erfahrung bestätigt es nicht; ein neuer Zaun kann viele Jahre stehen, ehe er reparaturbedürftig wird. — (4. A.) Auch zur Ersitzung des Rechtes, von dem Grundnachbar die Herstellung und Unterhaltung eines Rückenzaunes zu verlangen, ist ein Zeitraum von 40 Jahren erforderlich. Erk. des Obertr. vom 14. Juli 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 341).

96) Von den nachzuweisenden Fällen müssen der erste und der letzte wenigstens 40 Jahre auseinander liegen. Pr. des Obertr. 289, v. 18. Juni 1837. Wiederholt angewendet bei der Entsch. v. 4. Dezbr. 1840 (Schl. Arch. Bd. IV, S. 340) u. v. 19. August 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 287). Wohl aber können sie längere Zeit auseinanderliegen. Pr. 2166, o. in der Anm. 35 zu §. 599. — Bei der erlöschenden Verjährung durch Nichtgebrauch ist es anders. S. o. Anmerk. 55 zu §. 544 d. T. und unten die Anm. 99 zu §. 650 d. T.

(3. A.) Der letzte Fall, wo die Ausübung gestört worden ist, wird nicht mitgezählt. Darum kann im Petitorienprozesse über ein hier in Rede stehendes Recht das vorangegangene Possessorienerkenntniß als Beweis für den Endpunkt der Ersitzung nicht gelten; vielmehr muß auf den Fall der Ausübung zurückgegangen werden, welcher dem Possessorienerkenntnisse zum Grunde liegt, und es müssen zwischen diesem und dem ersten erweislichen Falle 40 Jahre liegen, wenn das Recht durch Verjährung erworben worden sein soll. Pr. des Obertr. v. 4. Sept. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 94). Vergl. Erk. v. 28. Sept. 1854 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XV, S. 52).

97) Diese Vorschrift paßt nur auf eigentliche — affirmative oder negative — Rechte, nicht auf das Untersagungsrecht. Wenn seit dem ersten Falle der Untersagung, bis zu dem Zeitpunkte, wo das entgegenstehende Recht geltend gemacht werden soll, die Verjährungszeit abgelaufen ist, so genügt dies zur Begründung des vom Untersagenden resp. Verweigernden behaupteten Rechtszustandes; und es ist nicht nöthig, daß noch zwei andere Fälle, wo das Untersagungsrecht ausgeübt worden wäre, hinzugetreten sein müßten. Pr. des Obertr. 1305, vom 15. Mai 1843. Uebrigens können Rechte, auch negative, immer auf fremde Sachen erworben werden, auf deren Beschränkung der Wille des Handelnden gerichtet ist. Der Besitz eines negativen Rechts kann daher nicht erworben werden, wenn der Besitzer die den Gegenstand des Rechts bildende Sache als Eigenthümer zu besitzen glaubt. Tit. 7, §§. 77, 78, 81. Pr. des Obertr. v. 9. Februar 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 304). Anders nach dem Pl.-Beschl., Pr. 2721, oben, Anm. 48a zu §. 81, Tit. 7.

98) Suarez sagt hierzu in seinen amtlichen Vorträgen zur Schlußrevision: „Bei servitutibus discontinuis ist ein großer Streit zwischen den Rechtslehrern: ob dieselben praescriptione tricennali oder nur immemoriali erworben werden. Mevius P. IX. dec. 164. Es ist hier der Mittelweg von 40 Jahren genommen, welches um so unbedenklicher zu sein scheint, da unsere Praxis sich mehr auf die Seite der 30jährigen Präskription neigt, die praescriptio immemorialis aber die Billigkeit und die Autorität der Reichsgerichte für sich hat." Simon a. a. O. S. 595 und Jahrb. Bd. XLI, S. 15. — Dagegen sagt das Obertribunal: Die Frage: ob nach den Grundsätzen des Gemeinen Rechts solche Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, und namentlich servitutes discontinuae, zur Erwerbung derselben durch Verjährung, bei dem Abgange eines besonderen Titels, einen Immemorialbesitz erfordern, oder der Nachweis eines 30jährigen Besitzes genüge, — kann nicht für kontrovers erachtet, sondern es muß angenommen werden, daß ein 30jähriger Besitz genüge. Bei Entscheidung derselben ist es daher unzulässig, nach dem §. IX des Publ.-Pat. vom 5. Februar 1794 auf die Vorschrift des A. L.R. I, 9, §. 649 zu rekurriren. Pr. 922, vom 9. Oktober 1840. — (2. A.) Es müßten jedoch — wie das Obertr., Entsch. Bd. XXIII, S. 93, geschichtlich richtig erinnert — zur richtigen Beziehung des §. 649 zwei Klassen der jura discontinua unterschieden werden, nämlich a) solche, deren Ausübung ganz von der Willkür des Berechtigten abhängt, wie z. B. Wegegerechtigkeiten, und b) solche, welche so beschaffen sind, daß

§. 650. Dieser Zeitraum wird von dem Tage an gerechnet, darin dergleichen Recht zum erstenmale ausgeübt worden [99]).

§. 651. Wird eine Gelegenheit nachgewiesen, bei welcher das Recht ausgeübt werden könne, und die Ausübung dennoch unterblieben ist, so ist auch [100]) diese Art der Verjährung für unterbrochen zu achten.

§. 652. Sie muß also von derjenigen Gelegenheit, wo das Recht wiederum ausgeübt worden, von neuem angefangen werden.

§. 653. Hat jedoch derjenige, welcher des Rechts [1]) sich anmaßt, bei der unterlassenen Ausübung ausdrücklich erklärt [2]), daß er dieselbe nicht aus Mangel der Befugniß, sondern nur aus Gunst und Nachsicht gegen den Verpflichteten unterlasse, so ist die Verjährung nicht für unterbrochen zu achten; sondern ein dergleichen Fall wird für einen solchen, der sich gar nicht ereignet hat, angesehen.

§. 654. Hat der Verpflichtete die Erklärung des Berechtigten, daß er die Ausübung des Rechts bloß aus Gunst und Nachsicht unterlasse, für bekannt angenommen [3]), so hat dieses eben die Wirkung, als wenn das Recht auch in diesem Falle wirklich ausgeübt worden wäre.

§. 655. Von öffentlichen [4]) Lasten und Abgaben wird der Verpflichtete bloß dadurch, daß er dieselben auch in der längsten Zeit nicht entrichtet hat, keineswegs frei.

---

ihre Ausübung nicht völlig von der Willkür des Berechtigten abhängt, sondern nur bei gewissen, durch andere Umstände herbeigeführten Gelegenheiten geschehen kann, wie z. B. das Recht auf Besitzveränderungsabgaben; das Recht auf freies Bauholz zur Wiederherstellung eingestürzter oder abgebrannter Gebäude. Nur auf Rechte der zweiten Klasse bezieht sich die Vorschrift des §. 649, und es ist durchaus juristisch, daß die Zufälligkeit einer alljährlich durch 30 Jahre vorgefallenen Gelegenheit die rechtliche Beschaffenheit solcher jura discontinua und das Rechtsprinzip nicht ändert. M. s. auch Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 30 und Bd. XI, S. 246.

99) Nicht, wie bei der erlöschenden Verjährung (§. 543), schon mit dem Tage, „da sich eine solche Gelegenheit ereignet hat." Denn erst mit der Ausübung wird der Besitz ergriffen. Tit. 7, §§. 80, 81; Tit. 8, §. 46. Soll z. B. das Recht, eine Besitzveränderungsabgabe von einem Grundstücke zu erheben, durch Ersitzung erworben werden, und ereignet sich der erste Fall am 1. August 1852, wo die Abgabe erhoben werden konnte, sie wird aber erst am 2. Januar 1853 gezahlt, so kann der Anfang der Verjährung nicht auf den 1. August 1852 zurück verlegt werden, sondern ist erst vom 2. Januar 1853 zu berechnen. Heidenreich bemerkte zum Entw., es komme immer auf die Zeit des ersten Aktus und des letzten an; wenn da die Verjährungszeit herauskomme, so komme es nicht auf die mittlere Zeit an, falls keine Unterbrechung vorgefallen. Suarez trat dem bei. Simon a. a. O. S. 490.

100) Auch diese außerordentliche, als wenn die gewöhnliche Verjährung bei Rechten, welche gewöhnlich ausgeübt werden können, schon durch einmalige Vernachlässigung der Ausübung unterbrochen würde. So ist es jedoch nicht. S. o. §. 597 d. T. und die Anm. 33 dazu. Das „auch" ist zu streichen. Denn daß jede Verjährung, also auch die längste, an sich unterbrochen werden kann, ist schon in den allgemeinen Grundsätzen ausgesprochen, das „auch" giebt daher, bezogen auf die Möglichkeit der Unterbrechung auch dieser Art der Verjährung, keinen leidlichen Sinn. Der §. 651 findet sich in derselben Fassung schon in dem ersten Entwurfe §. 86. Bei dessen Abfassung scheint man in der Meinung gestanden zu haben, daß bei der ordentlichen Verjährung (§. 48) die Unterbrechung angeordnet worden sei; es heißt jedoch: Wird ein dergleichen Recht in einem gewissen Jahre nicht ausgeübt, so ruhet inzwischen die Verjährung. Suarez bemerkte aber dazu: „Es sollte wohl heißen: Wenn in einem gewissen Jahre zu Ausübung des Rechtes keine Gelegenheit gewesen, so ruhet inzwischen die Verjährung. Cfr. §. 86." Simon a. a. O. S. 478. Dessen Meinung war also, daß die Verjährung durch willkürliche Vernachlässigung der Ausübung durch ein Jahr unterbrochen werde. Dazu hätte die Fassung des §. 651 gepaßt.

1) „Des Rechts" ist die Lesart der allerersten Ausgabe von 1791. Spätere Ausgaben haben „das Recht".

2) Diese Erklärung, so wie die des Verpflichteten, gemäß des folgenden §. 654, erfordert keine Form; denn es kommt hier lediglich auf Thatsachen an, nicht auf Rechtsgeschäfte.

3) D. h. er muß solches gegen den Berechtigten ausgesprochen haben.

4) Darunter werden hier eigentliche Staatsabgaben im Gegensatze zu Leistungen an Gemeinden und Korporationen verstanden, und zwar auch nur die aus dem Besteuerungsrechte des Staats, als einem Hoheitsrechte, fließenden Abgaben der Staatseinwohner, die eigentlichen landesherrlichen Steuern

Funfzigjährige Präskription b).

§. 656. Wenn jedoch erhellet, daß Jemand zu einer Last oder Abgabe, wozu er nach seinem Stande und Verhältnisse an sich verpflichtet war, aufgefordert worden,

— ihrer Natur nach in der Regel fortlaufende, beständige Lasten — im Gegensatze zu fiskalischen Abgaben im Allgemeinen, Domänenabgaben und Leistungen aus niederen Regalien; denn diese fiskalischen Rechte im engeren Sinne, im Gegensatze zu den aus dem Besteuerungsrechte, als einem Hoheitsrechte, fließenden Steuern sind der 44jährigen Verjährung unterworfen. Vgl. die Motive des Pl.-Beschl. des Obertr. v. 20. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 52). — (5. A.) Die §§. 655—657 leiden daher eine direkte Anwendung auf das zu den Privatlasten gehörige Zehntrecht an sich nicht. Erk. des Obertr. vom 25. Oktober 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 30). Vergl. II, 11, §. 870 u. die Anm. dazu.

(4. A.) Dammpflichten sind nicht öffentliche, sondern gemeine Lasten. Oben, Anm. 2, Abs. 3 zu §. 502 d. T.

b) Diese 50jährige Verjährung ist in einigen bestimmten Fällen, worin nach Gemeinem Rechte die unvordenkliche Verjährung gelten würde, vorgeschrieben, und die unvordenkliche Verjährung ist ganz abgeschafft. Dieses zu rechtfertigen sagt Suarez in seinen amtlichen Vorträgen: „Wegen der praescriptionis immemorialis, an deren Stelle hier die 50jährige Präskription gesetzt ist, beziehe ich mich auf das besondere Promemoria." Dieses lautet: „Praescriptio immemorialis ist im Gesetzbuche abgeschafft, und derselben in gewissen Fällen eine 50jährige Präskription substituirt." Die Gründe dazu sind folgende:

1. Eine Präskription, cujus initii memoria non exstat, ist ein wahres Unding. Wenn Jemand im Besitze einer Sache oder eines Rechts ist, dergestalt, daß sich gar keine Nachricht findet, daß es jemals anders gewesen ist, so bedarf ein solcher Besitzer nicht erst der Verjährung, um sich bei seinem Rechte zu behaupten. Der Streit ist bekannt, welcher unter den Dd. darüber geführt wird: ob praescriptio immemorialis vorhanden sei, wenn das Gegentheil aus Urkunden konstirt. Nimmt man negativam an, so tritt die obige Behauptung ein, daß nämlich die praescriptio immemorialis ein sehr überflüssiges ens juridicum sei. Soll aber praescriptio immemorialis auch gegen Urkunden stattfinden, so enthält der Begriff: cujus initii memoria non exstat, einen Widerspruch mit sich selbst, und schickt sich also in kein philosophisches Gesetzbuch, Cocceji, in Jure controv., Lib. 41, Tit. 3, qu. 32.

2. Die Fälle, wo die Dd. praescriptionem immemorialem erfordern, sind hauptsächlich folgende:

a) Bei der Präskription der Domänen und Regalien,
b) bei Erlangung der Immunität a tributis et aliis onaribus publicis,
c) bei der Verjährung contra legem publicam prohibitivam,
d) bei der Surrogation von Dienstgeldern in locum der Naturaldienste,
e) contra pacta praescriptionis exclusiva.

Untersucht man diese Fälle genauer, so findet sich, daß es dabei entweder einer unvordenklichen Verjährung nicht bedürfe, oder daß dieselbe der Analogie der Gesetze, der natürlichen Billigkeit und dem gemeinen Besten zuwider sei.

Ad a können die Regalia majora oder die eigentlichen Landes-Hoheitsrechte, nach der Natur eines monarchischen Staates, von einem Unterthan durch keine Art von Verjährung erworben werden. Bei den niederen oder sogenannten nutzbaren Regalien ist die 40jährige Praescriptio contra Fiscum bei uns vorlängst eingeführt, und was die Domänen betrifft, so ist über deren Verjährung eine ganz neue Theorie im 2ten Theile Tit. XIV, §. 36 sqq. mit Beistimmung des Finanzdepartements gebildet worden.

Ad b ist der Fall nach Verschiedenheit der Verhältnisse in den §§. 656, 657, 658 genauer bestimmt, und die angenommene 50jährige Frist scheint mir vor der schwankenden Bestimmung: „bei Menschengedenken" den Vorzug zu verdienen.

Ad c ist es wider alle Begriffe und Grundsätze, daß ein Unterthan im Staate sich der Beobachtung eines Verbotsgesetzes, welches überhaupt noch besteht und gilt, durch seinen langwierigen Ungehorsam sollte entziehen können. Es giebt sehr viele Rechtslehrer, welche die Anwendbarkeit der Verjährung in diesem Falle nicht zugeben, z. B. Cocceji, Lynker, Cramer. Bei dem Tribunale ist vor Kurzem in einer Schlesischen Sache angenommen worden, daß gegen ein Landesgesetz, welches die Kaufsporteln bei unterthänigen Fundis bestimmt, und deren Ueberschreitung ausdrücklich untersagt, durch praescriptio immemorialis nicht stattfinde.

Ad d ist der Satz in unseren Foris niemals rezipirt gewesen und die konträre Vorschrift des Gesetzbuchs Part. II, Tit. VII, §. 428 ist der wirklichen Praxis gemäß.

Ad e wird dieser Satz nur von einigen Dd. behauptet. Sobald man annimmt, daß pacta contra praescriptionem überhaupt gelten, ist gar kein Grund vorhanden, warum sie nicht auch contra praescriptionem immemorialem gültig sein sollen. Vorgetragen und approbirt im Staatsrathe, den 30. Dezember 1793. (Simon a. a. O. S. 588, und Jahrb. Bd. XLI, S. 27.)

Die Thatsache der unvordenklichen Verjährung enthält zwei Theile: einen positiven und einen negativen, welche beide bewiesen werden müssen. Der erstere besteht in der Wissenschaft der Jetztlebenden, daß der gegenwärtige Zustand, so lange sie denken können, immer so gewesen; der andere ent-

sich aber deren Leistung geweigert habe[5a]), und seit dieser Zeit, Funfzig Jahre hindurch, davon frei geblieben sei, so wird vermuthet, daß er die Befreiung auf eine rechtsgültige Weise erlangt habe[6]).

§. 657. Er muß also bei seiner Freiheit so lange geschützt werden, als nicht ausgemittelt ist, daß er sich deren ohne Recht angemaßt habe.

§. 658. Ist das Grundstück oder die Gerechtigkeit, von welcher die Abgabe entrichtet werden soll, in das Steuerbuch niemals eingetragen gewesen, so begründet schon der Umstand allein[7]), daß die Abgabe in Funfzig Jahren nicht gefordert worden, die Vermuthung einer rechtsgültig erlangten Befreiung.

§. 659. Es findet also auch in diesem Falle die Vorschrift des §. 657 Anwendung.

§. 660. Wenn die Grenzen[8]) einer Sache oder eines Rechts, durch Gesetze, Ver-

---

hält die Verneinung, daß ihnen von ihren unmittelbaren Vorfahren ein entgegengesetzter Zustand mitgetheilt worden sei. Hierauf bezieht sich das Pr. des Obertr. 2076, v. 23. Nov. 1848: a) Nach sächsischem Rechte bezieht sich der Zeitraum, über welchen bei der unvordenklichen Verjährung die Zeugen aus eigener Wissenschaft bekunden müssen, auf 31 J. 6 W. 3 T. Dieser Zeitraum wird auch dann nicht verlängert, wenn die unvordenkliche Verjährung gegen den Fiskus gerichtet ist. b) Unvordenkliche Verjährung findet nur in solchen Fällen Anwendung, in welchen die ordentliche Verjährung ausgeschlossen ist, und kann nicht als subsidiarisches Hülfsmittel in solchen Fällen in Anspruch genommen werden, in welchen die Erfordernisse der ordentlichen Verjährung nicht nachweisbar sind. (Entsch. Bd. XVII, S. 422.) Etwas Aehnliches wie das Pr. unter a, aber ungleich unklarer sagt auch das in Mathis, Bd. VIII, S. 51 mitgetheilte Erkenntniß des Appellat.-Senats des Kammergerichts vom J. 1799. Bei dem Beweise einer Immemorialverjährung in Sachsen ist der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 24. Okt. 1845 (J.M.Bl. S. 237).

Durch die unvordenkliche Verjährung des Gemeinen Rechts können solche Rechte nicht begründet werden, in denen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfindet. Der Satz war in der preuß. Praxis streitig. Die entgegengesetzte Meinung fußte darauf, daß zwar durch praescriptio definita ein Forderungsrecht nicht begründet werden könne, daß aber die unvordenkliche Zeit keine Verjährung sei, sondern nur eine durch Gegenbeweis zu widerlegende Vermuthung begründe, daß der fragliche Rechtszustand ehemals rechtmäßig und gültig gegründet worden sei. Das Plenum des Obertr. hat diesen Meinungsstreit, durch Annahme jenes Satzes, mittelst Beschl. vom 17. Juni 1844 (Pr. 1453) geschlichtet. (Entsch. Bd. X, S. 1. Vergl. den Fall Nr. 21 in den Entsch. Bd. II.)

5a) (4. A.) Eine solche Verweigerung seitens des Verpflichteten und die Beruhigung hierbei durch die gesetzmäßige Zeit seitens des Berechtigten ist auch zur Ersitzung der Freiheit von dem tarifmäßigen Fähr- und Brückengelde erforderlich. Erk. des Obertr. v. 22. Sept. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 32).

6) Die funfzigjährige Präskription öffentlicher Lasten und Abgaben hat nur Beziehung auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, nicht aber auf Gemeindelasten, namentlich nicht auf solche, wie sie der §. 37, Tit. 7, Th. II des A. L.R. aufzählt. Pl.-Beschl. (Pr. 1716) des Obertr. vom 20. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 42).

Daß die in dem gedachten §. 37 erwähnte Verpflichtung nicht als eine öffentliche Last anzusehen und deshalb auch bei der davon behaupteten Befreiung durch Extinktivverjährung die §§. 655 u. 656 d. T. auf dieselbe nicht anwendbar seien, war schon durch das Pr. 699, v. 12. Juli 1839, ausgesprochen und ist durch jenen Plenarbeschluß bestätigt worden.

(4. A.) Der Bergzehnte, beziehungsweise der Bergzwanzigste, und die Aufsichtssteuer sind als allgemeine Lasten und Abgaben anzusehen und von allen Bergwerken zu entrichten, deren Besitzer nicht einen besonderen Grund der Befreiung darthun können. Daher findet eine Verjährung derselben nur dann statt, wenn der dazu Verpflichtete zu deren Entrichtung aufgefordert worden, sich aber der Leistung geweigert hat und seitdem 50 Jahre freigeblieben ist. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 169). Vergl. II, 16, §. 98 und die Anm. 24 dazu.

7) In diesem Falle ist es nicht erforderlich, daß — wie im Falle des §. 656 — die Abgabe gefordert und verweigert worden sei; hier genügt schon der bloße Nichtgebrauch, um die Vermuthung des §. 656 eintreten zu lassen.

8) Seien sie physische, oder juristische Grenzen. Das Pr. des Obertr. 921, v. 5. Oktober 1840, sagt in dieser Beziehung: Die Befugniß, die durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen einer Sache oder eines Rechtes zu überschreiten, kann a) sowohl bei negativen, als affirmativen Rechten, b) mag der Umfang nach den physischen Grenzen des Gegenstandes bestimmt sein, oder nicht, — nur durch die 50jährige Verjährung erworben werden. Diese ist mithin auch dann erforderlich, wenn ein durch Vertrag auf Lieferung einer bestimmten Holzart, z. B. auf

träge[8a]), oder rechtskräftige Erkenntnisse[9]) klar bestimmt sind, so kann die Befugniß[9a]), diese Grenzen zu überschreiten, nur durch Funfzigjährige Präskription erworben werden[10]).

§. 661. Ein solcher Funfzigjähriger ruhiger Besitz ist, ohne Rücksicht auf den Titel desselben, zur Verjährung hinreichend[11]).

§. 662. Hat der, zu dessen Nachtheile die Ueberschreitung der nach §. 660 bestimmten Grenzen gereicht, derselben widersprochen; hiernächst aber bei den dennoch

---

Lieferung von Schirrholz, eingeschränktes Recht, ohne Titel auf die Gewährung von anderen Holzarten, — z. B. von Bauholz — ausgedehnt werden soll. (Entsch. Bd. VI, S. 273.) — (2. A.) Es findet auch auf die Erwerbung der in Rede stehenden Befugniß durch Verjährung die Vorschrift des §. 164 der G. Th.O. v. 7. Juni 1821 und des §. 3 der Dekl. v. 31. März 1841 Anwendung. Unten, Anm. 63 zu §. 3 der Dekl. (Zus. 9 zu §. 164 der G. Th.O., Tit. 17, Abschn. 4).

8a) (4. A.) Die titellose funfzigjährige Erhebung der Kommunalabgaben von einem urkundlich von denselben befreiten Grundstücke begründet keine Verjährung. Erk. des Obertr. v. 29. April 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 110).

9) Darüber, wie man zu dieser Bestimmung gekommen ist, ergeben die Materialien Folgendes: Der erste (ungedruckte) Entw. bestimmte §. 28: Gegen rechtskräftige Urtheile findet die Verjährung der Regel nach nicht statt. Gegen diesen Satz erklärten sich viele Monenten. v. Tevenar fügte noch bei: „Ferner kann hier noch folgende nützliche Regel angebracht werden; wenn das Recht an einer Sache durch Rechtshandlungen, Verträge oder Gesetze bestimmt worden, diejenigen aber, welche dieses Recht ausüben, die Grenzen dieses Rechtes nicht genau beobachtet haben, so kann aus dieser Unaufmerksamkeit nicht gleich eine Verjährung hergeleitet, sondern die Grenzen des Rechts müssen genau bestimmt werden. Wenn daher durch ein Dienstreglement festgesetzt worden, daß die Dienstpflichtigen das Getreide, jedoch des Jahres nur acht Tage, verfahren sollen, letztere aber auch einige Tage mehr sich zu Getreidefuhren gebrauchen lassen, so kann dieserhalb nicht wegen eines vieljährigen Besitzes ein schwererer Dienst, als das Dienstreglement bestimmt, gefordert werden, es sei denn, daß aus anderen Umständen zu schließen, daß mit der vorigen Regel eine Veränderung vorgegangen sei." Suarez entgegnete hierauf: „So weit ich diesen Zusatz verstehe, handelt solcher von der praescriptione contra jus, und würde sich solcher ungefähr auf folgenden Satz reduziren lassen: „Wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechtes durch Gesetze oder Verträge klar bestimmt sind, so kann die Befugniß, diese Grenzen zu überschreiten, durch Verjährung nicht erlangt werden." Der Satz gehört also zur Lehre de praescriptione acquisitiva. An sich glaube ich, daß solcher Beifall verdient, ob er gleich in gewisser Art neu ist. Wenn aber Herr v. Tevenar diesen Satz dahin einschränkt: „es sei denn, daß aus anderen Umständen zu schließen, daß mit der vorigen Regel eine Veränderung vorgegangen," so muß der schwankende Ausdruck „aus anderen Umständen" näher bestimmt werden. Ich finde keine andere Bestimmung als die ex praescriptione immemoriali, nämlich: wenn kein Zeitpunkt, wo die Abweichung von der Regel, oder die Ueberschreitung der Grenzen ihren Anfang genommen, mehr ausgemittelt werden kann. Denn alsdann ist zu vermuthen, daß das vorige Pactum oder die gesetzliche Bestimmung per pactum in contrarium abgeändert worden." Darauf wurde konkludirt: 1) contradictio et acquiescentia; 2) 50 Jahre. (Simon a. a. O. S. 468 u. flg.)

9a) (5. A.) Die Befugniß des Berechtigten nämlich, nicht etwa auch, wie das Kammergericht in einem Falle angenommen hatte, die Unternehmung des Verpflichteten, seine Verbindlichkeit einzuschränken. Auf diesen Fall findet die 50jährige Präskription nicht Anwendung. Erk. des Obertr. vom 9. Juli 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. L, S. 175).

10) In den Fällen, wo wegen der Ueberschreitung der Grenzen eines Vertrages es einer funfzigjährigen Präskription bedürfen würde, muß dieselbe vom 1. Juni 1794 ab berechnet, und bei zugleich behauptetem Immemorialbesitze kann die vorlandrechtliche Zeit der funfzigjährigen Präskription nicht hinzugerechnet werden. Pr. des Obertr. 2118, v. 27. April 1849. (Entsch. Bd. XVIII, S. 192.)

(5. A.) Diese Vorschrift findet auch gegen Rechtsnachfolger desjenigen Anwendung, mit dem der Vertrag geschlossen, oder gegen den das rechtskräftige Erkenntniß ergangen ist. Diese wirken in rem. Anders mit dem im §. 592 erwähnten Judikate. Erk. dess. vom 19. März 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 119 u. Entsch. Bd. LVIII, S. 141).

11) Die §§. 660 u. 661 stehen mit einander in Verbindung und sind nicht dahin zu verstehen, daß ein 50 Jahre und länger bestandener Zustand einen verjährungsmäßigen Besitz begründe; sie bestimmen vielmehr nur: daß eine 50jährige Verjährung in den §. 660 angegebenen Fällen und unter den daselbst angeführten Bedingungen zulässig sei; und der §. 661 lehrt bloß: daß nach einer seit 50 Jahren geschehenen Ueberschreitung der Grenzen eines durch Gesetze und Verträge u. s. w. klar bestimmten Rechts auf den Titel, worauf diese Ueberschreitung beruht, keine Rücksicht genommen werden soll. Pr. des Obertr. 390, v. J. 1837.

fortgesetzten Ueberschreitungen Dreißig Jahre lang sich beruhigt; so ist die Verjährung wider ihn vollendet [12]).

§. 663. Auch ein Funfzigjähriger Besitz schützt den nicht, welcher der Unredlichkeit dabei überführt werden kann [13]).

§. 664. Rechte gegen ausdrückliche Verbotsgesetze [14]) können durch keine Verjährung erworben werden.

Wirkungen der Verjährung durch Besitz.

§. 665. Durch die vollendete Verjährung erwirbt der Besitzer das Eigenthum der Sache oder des Rechts [15]).

§. 666. Doch erstreckt sich dieses Eigenthum niemals weiter, als der Besitz selbst gegangen ist [16]).

---

12) Diese Bestimmung bezieht sich auf die Person desjenigen, mit welchem die Grenzen ꝛc. durch den Rechtshandel oder den Vertrag bestimmt worden sind. Dessen Nachfolger aber, sei er Erbe, oder nicht, wird dadurch nicht gehindert, die gewöhnliche Verjährung anzufangen und zu vollenden, ohne daß ihm erst widersprochen wird; nur versteht sich, daß er von der Bestimmung nichts wissen darf.

13) Vergl. o. die Anm. 52 zu §. 614 d. T.

Daraus, daß der Verjährende selbst diejenige Person ist, mit welcher die Grenzen ꝛc. bestimmt worden sind, oder daß er davon Wissenschaft hat, ist nicht zu schließen, daß er in mala fide sich befunden habe; denn es kann vor 50 Jahren der bestimmte Rechtszustand rechtlich verändert worden sein. Deshalb muß, wenn auch nachgewiesen ist, daß die Grenzen ꝛc. vormals urkundlich bestimmt worden sind, die Unredlichkeit des solche Grenzen überschreitenden Besitzes dennoch besonders bewiesen werden, wie überhaupt die mala fides bewiesen werden muß.

(4. A.) Das Recht zur ausschließlichen Benutzung eines gemeinschaftlichen Zwischenraums zwischen benachbarten Gebäuden kann durch keine Verjährung erworben werden. Erk. des Obertr. v. 23. Sept. 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 94).

14) Darunter sind zu verstehen: 1. Bestimmungen, wodurch für die bezeichneten Fälle die Verjährung ausgeschlossen ist, wie z. B. die Entstehung neuer Gemeinheiten, deren Aufhebung die Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 21. Juni 1817, §. 2 bezweckt (§. 164; G. vom 31. März 1841, §§. 1 u. 3); 2. Gesetze, wodurch im öffentlichen Interesse der ferneren Begründung eines gewissen Rechts die Anerkennung versagt wird, wie z. B. die Auflegung unfixirter Laudemien seit dem Edikte vom 14. Sept. 1811 (Pr. des Obertr. 1863, vom 29. April 1847, Entsch. Bd. XV, S. 242), die Erwerbung des Rechts zum Hanf- und Flachsröthen in Privatgewässern, seit demselben Edikte §. 37 (Erk. des Obertr. vom 19. April 1864, Entsch. Bd. LI, S. 111) und in Schlesien der Gebrauch der Axt und das Einsammeln des gesetzlich nicht zum Raff- und Leseholze gehörigen Holzes bei Ausübung der Raff- und Leseholzberechtigung, seit dem Forstregulative vom 26. März 1788 (Pr. des Obertr. 1555, v. 10. März 1845 und Pr. 2276, vom 3. Okt. 1850, Entsch. Bd. XX, S. 465). S. auch das Pr. vom 16. Jan. 1849. (Entsch. Bd. XVII, S. 410.) — Dagegen gehören hierher nicht solche Vorschriften, welche nur den Vortheil von Privatpersonen betreffen, wie z. B. die Vorschrift des §. 99, Tit. 8. Pr. des Obertr. 1723, vom J. 1846.

15) Und der bisherige Eigenthümer verliert dasselbe. Die hiermit nicht wohl harmonirende Fassung des §. 56, Tit. 15, wonach die Abforderungsklage ausgeschlossen sein soll, als wenn nur eine Klageverjährung vorgekommen wäre, während doch unzweifelhaft ein Verlust des Eigenthums eingetreten ist, ist ungenau.

16) Tantum praescriptum quantum possessum. L. 1, §. 4 D. de itinere et actu; c. 18 X. de praescriptione. Daher ist bei einer durch Verjährung erworbenen Wegegerechtigkeit der Berechtigte auf die in §§. 78, 79, Tit. 22 vorgeschriebene Breite des Weges nur in soweit Anspruch zu machen berechtigt, als der Weg diese Breite während der Verjährungsperiode gehabt hat. Pr. des Obertr. 2319, v. 28. Okt. 1851. (Entsch. Bd. XXI, S. 374.) (5. A.) Daraus, daß eine Grundherrschaft die Kosten des Schulunterrichts in dem bestimmten bisherigen Umfange bestritten hat, kann der Besitz eines weiteren Rechts und daher auch das unbeschränkte Recht der Gemeinde, von der Grundherrschaft die Bestreitung aller Kosten des Schulunterrichts, auch in seiner Ausdehnung auf die neuerdings angeordnete Unterweisung in weiblichen Handarbeiten, zu verlangen, als ein auf Verjährung gegründetes Recht nicht hergeleitet werden. Erk. dess. vom 30. Sept. 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 208). — Doch beschränkt sich der Satz in der Anwendung nicht schlechthin auf den körperlichen Umfang des in Besitz genommenen Gegenstandes, sondern namentlich bei Rechten auf den in der Absicht des Ausübenden liegenden Umfang. Wenn z. B. der Wegeberechtigte die Usukapion des Rechts, zu Wagen über ein fremdes Grundstück zu passiren, mit einem schmalen Wagen angefangen hätte, und es würde darauf das breite Wagengeleis dort eingeführt, so würde er nach vollendeter Verjährung auch mit einem breiten Wagen fahren können; denn er wollte den Weg von einem solchen Umfange erwerben, daß er mit den üblichen Wagen passiren könnte. (4. A.) Vergl. das Erk. dess. v. 10. März

§. 667. Hat aber Jemand einen Inbegriff[17]) von Sachen oder Rechten durch Verjährung erworben, so gebührt ihm das Eigenthum aller darunter begriffenen einzelnen Stücke und Befugnisse[18]).

§. 668. Vortheile, welche ein Theilhaber, durch seine Handlungen, der gemeinschaftlichen Sache verschafft, kommen, auch bei der Verjährung durch Besitz den übrigen Theilhabern zu Statten.

§. 669. Von Verträgen über die Verjährung durch Besitz gilt alles das, was wegen der Verträge über die Verjährung durch Nichtgebrauch vorgeschrieben ist. (§. 565 sqq.)

---

# Zehnter Titel.

## Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums.

Literatur. Gemeines Recht.

Hellfeld. Jurisprudentia forensis etc. §§. 580, 581. Dazu Glück, Erläuterungen, Th. VIII, S. 94—126. Westphal, Arten der Sachen ꝛc., §§. 466 flg. Heimbach sen., Uebergabe (traditio), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XI, S. 544 flg.

Preußisches Recht.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts ꝛc., Bd. II, S. 222 flg. Mein Preußisches Privatrecht, §§. 252 flg.

I. Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

§. 1. Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, außer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben*). (Tit. 7, §. 58; Tit. 9, §§. 2—6.)

---

1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 35). Zum Nachweise der Erwerbung eines Viehweges durch Ersitzung gehört eines Theils die bestimmte Angabe, in welcher Ausdehnung nach Länge und Breite derselbe durch rechtsverjährte Zeit benutzt worden sein soll, und anderen Theils die bestimmte Anzeige der Viehzahl, mit welcher der Prätendent durch rechtsverjährte Zeit den Viehweg in der behaupteten Ausdehnung benutzt hat. Erk. dess. v. 14. Sept. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 15).

(3. A.) Abweichend von dem Grundsatze: tantum praescriptum quantum possessum ist durch den Pl.-Beschl. (Pr. 1982) des Obertr. v. 31. Jan. 1848, bezüglich auf Gemeinden, folgender Rechtssatz festgestellt worden: „Nach gemeinem und sächsischem Rechte erstreckt sich die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Waldstreugerechtsame, deren Nutzungen den einzelnen Gemeindegliedern zustehen, auch auf den Bedarf der, erst nach dem Beginne der Verjährung hinzugetretenen Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Klasse der Mitglieder vorhanden sind." (Entsch. Bd. XVI, S. 18.) Die Gründe gelten auch nach den Grundsätzen des A. L.R. — Vergl. auch unten die Anm. 49 zu §. 80, Tit. 22.

(5. A.) Zur Begründung der auf Ersitzung gestützten actio confessoria wegen der Gerechtigkeit des Wasserschöpfens aus dem Brunnen des Nachbars ist es nicht erforderlich, daß der Kläger den Umfang und die Art des Wirthschaftsbetriebes seiner Stelle und die Zahl der auf derselben vorhandenen Wirthschaftsbewohner während der Ersitzungsperiode angebe; es ist Sache der Exception, einen Wechsel im Wirthschaftsbetriebe während jener Periode, der für die Entscheidung erheblich sein könnte, zu behaupten. Erk. des Obertr. vom 15. u. 17. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 214).

(4. A.) Das auf unvordenklichen Besitz gegründete Präsentationsrecht bei Besetzung der Lehrerstellen an den bisherigen Elementarschulen eines Ortes erstreckt sich nicht auf die wegen Ueberfüllung dieser Schulen errichteten neuen Elementarschulen. Erk. des Obertr. vom 14. Nov. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 203).

17) Vergl. o. die Anm. 57 a. E. zu 617 d. T.

18) Soweit nämlich nicht einzelne Stücke in dem Besitze eines Dritten sind. Denn die Ersitzung wirkt nicht mehr und nicht weiter als die Uebergabe seitens des Eigenthümers. S. o. Tit. 7, §§. 54, 49 und die Anm. 25 zu §. 49. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. VI, S. 297.

*) In der dem Titel entsprechenden Absicht nämlich, das Eigenthum an die im Titel bezeichnete Person zu übertragen. Ist eine andere Absicht mit der Uebergabe verbunden als die, dem Titel zu genügen, so geht das Eigenthum nicht über. Der Käufer einer Sache z. B., welcher die erkaufte Sache von dem Verkäufer miethet oder leihet und hierauf ausgeliefert erhält, wird dadurch nicht Eigenthümer. Denn es ist Grundsatz des A. L.R., daß die Veräußerung und beziehungsweise die Erwerbung des

§. 2. Der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums kann durch Willenserklärungen, Gesetze, und rechtliches Erkenntniß [1]) begründet werden.

§. 3. Auch der mit einem solchen Titel versehene neue Besitzer erlangt das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe, der Regel nach nur alsdann, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt worden, selbst Eigenthümer gewesen ist. (Tit. 15, §. 42 sqq.)

§. 4. Wird der Besitz des vorigen Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung, durch den Richter für erledigt erklärt, so muß auch die Uebergabe an den neuen Eigenthümer durch den Richter geschehen. (Tit. 7, §. 60.)

§. 5. Außer diesem Falle wird die gerichtliche Uebergabe zur Erlangung des Eigenthums niemals erfordert.

II. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit.

§. 6. Wer jedoch über ein Grundstück vor Gerichte [2]) Verfügungen treffen will, der muß sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der Sache nachweisen, und dasselbe in dem Hypothekenbuche vermerken lassen [3]).

§. 7. Der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer [4]) wird in allen mit ei-

---

Eigenthums, wie nach dem R. R., auf der Uebergabe der Sache beruhet; der Uebergang des Eigenthums kann nicht, wie nach dem franz. Code civil Art. 1138, schon durch den bloßen Vertrag vermittelt werden, wenn auch die Parteien es wollten. (4. A.) Der Grundsatz des §. 1 ist durch die §§. 7 ff. nicht modifizirt. Erk. des Obertr. v. 20. Jan. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII. S. 226).

1) Das richterliche Urtheil über einen Parteistreit kann nur unter der Voraussetzung ein Titel sein, daß es ungerecht ausgefallen ist. Denn hat es richtig entschieden, so kann es nur das, zwischen den Parteien schon bestandene, obwohl streitige Recht erkannt und ausgesprochen haben. Der Rechtssatz hat die praktische Bedeutung, daß, wenn über einen Titel gestritten und richterlich erkannt wird, nicht mehr auf den streitig gewesenen Titel zurückgegangen, sondern auf das richterliche Erkenntniß gesehen wird.

2) Vor Gerichten, d. h. es wird der Verfügung des uneingetragenen Eigenthümers keine Folge gegeben, aber ungültig ist sie nicht; der Eigenthümer ist z. B. zu verkaufen wohl befugt, aber der Käufer braucht seinerseits eher nicht zu erfüllen, als bis der Verkäufer seinen Besitztitel hat berichtigen lassen. Tit. 11, §. 126. Vergl. das Erk. des Obertr. vom 18. Juni 1811, in Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 186. Auch der Uebergang des Eigenthums ist von der Berichtigung des Besitztitels für den Erwerber nicht abhängig, sie sichert ihn nur gegen nachtheilige Verfügungen des noch als Besitzer ersichtlichen früheren Eigenthümers, und setzt vielmehr das bereits erlangte Eigenthum an dem Grundstücke voraus.

3) Dazu muß er eben einen Erwerbstitel in öffentlich glaubhafter Form vorlegen (§. 16 d. Tit.) und die Erwerbungsart, — die Tradition — nachweisen. Dazu genügt z. B. bei einem Kaufe nicht die einseitige Erklärung (Quittung) des Käufers, daß ihm die Uebergabe zu seiner Zufriedenheit geleistet worden sei, sondern der Verkäufer muß beistimmen; sonst würde der Käufer sich willkürlich gegen den Willen des Eigenthümers und Besitzers, zum Eigenthümer und Besitzer machen können.

4) Ist der Eingetragene nicht Besitzer, vielmehr der wahre aber nicht eingetragene Eigenthümer im Besitze, so kann Jener das Eigenthum nicht übertragen. Denn hierzu ist Uebergabe erforderlich; was aber der Veräußerer selbst nicht besitzt, kann er nicht übergeben. Nach dem Wortlaute kann ein eingetragener Nichtbesitzer von einem Dritten, der mit ihm über das Grundstück Verhandlungen schließt, nicht als der Eigenthümer angesehen werden. Die Praxis pflegt jedoch das Gewicht nicht auf Besitzer, sondern auf eingetragen, zu legen und denjenigen, dessen Name — vielleicht auf Grund eines Kaufkontrakts ohne Nachweis der Uebergabe — eingetragen worden ist, für den eingetragenen Besitzer zu nehmen, obgleich der wahre Eigenthümer auch im Besitze ist. Für diesen Fall sind aber die Bestimmungen nicht gegeben. Man bezieht sich jedoch auf solchen. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XXII. S. 217. (3. A.) Die Frage ist endlich im Sinne der von mir vertretenen Meinung durch Pl.-Beschl. (Pr. 2501) des Obertr. v. 6. März 1854 wie folgt entschieden: „Ist der Besitztitel eines Grundstücks auf eine Person eingetragen, die nicht wahrer Eigenthümer ist, und hat Jemand von dieser Person, sei es auch redlicher Weise, das Grundstück ganz oder theilweise angekauft, aber noch nicht übergeben erhalten, befindet sich dasselbe vielmehr im Besitze (§§. 7 u. 8, Tit. 7) des wahren, nicht eingetragenen Eigenthümers, so kann der Käufer gegen den Letzteren ein Recht auf die Sache, selbst wenn die Eintragung auf ihn geschehen, nicht geltend machen." (J.M.Bl. S. 171 und Entsch. Bd. XXVII, S. 287.) (4. A. Dieser Rechtsgrundsatz findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Vindikant seinen Titel von dem wahren Eigenthümer herleitet, und die Vindikation gegen einen Dritten richtet, der das Grundstück gleichfalls von dem wahren Eigenthümer erworben haben will. Erk. des Obertr. vom 8. Sept. 1854, Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 234.) — Die abfällige Meinung

nem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen, als der Eigenthümer desselben angesehen [5]).

§. 8. Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten [6]).

---

hat ihre Stütze nur in der unrichtig aufgefaßten Bedeutung der Eintragung des Besitztitels: diese Eintragung ist hier nicht, wie bei der Hypothek, eine Erwerbungsart, sondern nur eine historische Nachricht, eine Veröffentlichung ohne den Charakter einer Fiktion; sie erzeugt also kein Eigenthum, wenn sie unwahr ist. — (4. A.) Man hat jedoch angenommen, daß der eingetragene Besitztitel zur Begründung der Vindikationsklage gegen den derzeitigen uneingetragenen Besitzer, d. h. zum Beweise des Eigenthums, genüge. Erk. des Obertr. v. 19. Juni 1857 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 74). Anders wieder in einem Urtel vom 8. Dez. 1858. S. unten, Anm. 41, Abs. 2, zu §. 342, Tit. 11. In einem Erk. v. 17. März 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 257) bereits ist von dem Obertr. richtig ausgeführt, daß der Umstand, daß der Besitztitel auf den Namen des Vindikanten berichtigt ist, denselben — dem Besitzer des abgeforderten Grundstücks und dem Erwerbstitel desselben gegenüber — nicht von dem Beweise, daß er wahrer Eigenthümer dieses Grundstücks, und daß ihm dasselbe wider seinen Willen entzogen sei oder vorenthalten werde, beziehungsweise, daß ihm ein besser gearteter Besitz, als dem Beklagten, beigewohnt habe, befreit. (5. A.) Die Eintragung gewährt auch keine zur Begründung der Vindikation dienende Vermuthung der wirklich durch Uebergabe erfolgten Eigenthumserwerbung. Erk. des Obertr. vom 5. Juli 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 249). Die Eintragung im Hypothekenbuch allein ist für Erwerb und Verlust des Eigenthums ohne Einfluß. Erk. dess. vom 13. Okt. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 133). Der Streit, ob ein Besitzer von ländlichen Grundstücken, welcher von denselben eine jährliche Abgabe entrichtet, Zeitpächter und der Empfänger der Abgabe Eigenthümer oder ob jener Eigenthümer, dieser aber nur Abgabenberechtigter sei, ist in Westphalen ein sehr häufig vorkommender Streit. Er kann nicht dadurch entschieden werden, wer von ihnen Beiden nach Anleitung der Vorschriften über Einrichtung des Hypothekenwesens (Hyp.-Ordn. IV, §§. 28—30) die Eintragung des Grundstücks auf seinen Namen im Hypothekenbuche erlangt hat. Erk. dess. v. 5. Sept. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 92). Vergl. Erk. v. 30. April u. vom 12. Mai 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. V, S. 224—261); vom 8. Sept. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 234) u. vom 11. Januar 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 77). — Ebenso wahr ist der von dem Obertr. in dem Erk. v. 27. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 94) ausgesprochene Rechtssatz, daß ein das Eigenthum übertragender Titel, auch wenn derselbe von einem eingetragenen Besitzer ausgeht, nicht mehr Rechte gewährt, als der Uebertragende selbst hatte. Vergl. auch in dieser Hinsicht unten die Anm. 41, Abs. 2, zu §. 342, Tit. 11. Striethorst's Bemerkung in den Rechtsgrundsätzen ꝛc. Bd. II, S. 72, daß dieser Satz mit der klaren Bestimmung des §. 7 unvereinbar zu sein scheine, hat nicht Grund, weil sich der §. 7 überhaupt auf die Eigenthumserwerbung und auf die Rechte des wahren Eigenthümers, anderen Prätendenten oder Besitzern gegenüber, nicht bezieht.

5) Die Folge ist, daß der wahre, aber nicht eingetragene Eigenthümer die von der eingetragenen Person einem Dritten eingeräumten Befugnisse und Rechte, insofern zu deren Erwerbung die Eintragung genügt und keine körperliche Uebergabe erfordert wird, wie z. B. die Hypothek, gegen sich gelten lassen muß. S. die folg. Anm. 6, zu §. 8. Dagegen ist die Uebertragung solcher Rechte, welche nur mittelst Uebergabe erworben werden können, wie Eigenthum, Pfandbesitz, nicht möglich, folglich kann der uneingetragene Eigenthümer und Besitzer nicht in den Fall kommen, dergleichen Verfügungen gegen sich gelten zu lassen. Vergl. die Entsch. des Obertr. vom 12. Jan. 1846, in Ulrich, Archiv, Bd. XII, S. 285.

(4. A.) Die durch die Eintragung des Besitztitels begründete Fiktion für das Eigenthum des Eingetragenen, durch welche eine Beeinträchtigung der Rechte redlicher Dritter, welche dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt sind, abgewendet werden soll, greift aber nur da Platz, wo es sich um die Rechte redlicher Dritter handelt. In allen anderen Fällen muß den Interessenten, insbesondere den eingetragenen Mitbesitzern selbst, der Beweis der Unrichtigkeit der Eintragung unbenommen bleiben. Pl.-Beschl. vom 6. März 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 287) (s. Note 4), Erk. vom 20. Jan. 1853 und vom 4. Juli 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 338).

6) Der nicht eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks kann, selbst wenn dessen Uebergabe bereits erfolgt ist, der noch zu bewirkenden Eintragung einer Hypothek nicht widersprechen, welche von dem eingetragenen Besitzer bestellt, und welche vor der Veräußerung des Grundstücks bei der Hypothekenbehörde zur Eintragung präsentirt worden ist. Die Anwendung des §. 4, Tit. 19 ist durch die §§. 7 u. 8 d. Tit. ausgeschlossen. Pr. des Obertr. 654, vom 5. April 1839. (4. A.) Selbst dann muß der wirkliche, in dem Hypothekenbuche aber nicht eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks das Hypothekenrecht eines Gläubigers seines noch eingetragenen Vorbesitzers anerkennen, wenn der Letztere zur Zeit der Hypothekbestellung nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks, auch zur Zeit der nachgesuchten Eintragung der Hypothek das Eigenthum des neuen Erwerbers dem Hypothekenrichter auf

§. 9. Vielmehr bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheils, seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer, nach gesetzlichen Bestimmungen, vorbehalten [7]).

§. 10. Weiß aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schließt [7a]), daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer sei [7b]), so kann er dadurch, zum Nachtheile des letztern, kein Recht erwerben [8]).

---

vorschriftsmäßige Weise (durch Einreichung einer beglaubigten Abschrift des Veräußerungsvertrages von Seiten des instrumentirenden Notars) bekannt geworden, eine Protestation zur Sicherheit des Eigenthums des neuen Erwerbers aber nicht eingetragen war, und der Gläubiger sich in gutem Glauben befand. Erk. des Obertr. v. 28. Januar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 255). — Auf solchen Fall passen diese Bestimmungen. Vergl. die Anm. 4 a. E. — Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger sein Recht von einem bereits eingetragenen Besitzer, oder von einem solchen ableitet, dessen Besitztitel erst später berichtigt worden ist. Pr. des Obertr. 2190 (Pl.-Beschl.) vom 21. Januar 1850. (Entsch. Bd. XIX, S. 18.)

Durch die nothwendige Subhastation erhält das Hypothekenrecht der Gläubiger seine vollständige und letzte Verwirklichung dahin: daß ihnen künftig nicht mehr das Grundstück aus der ursprünglichen Hypothekbestellung, sondern nur das Kaufgeld aus der Adjudikatoria haftet. — Ist das subhastirte Grundstück noch nicht im Hypothekenbuche eingetragen, so geht dennoch die Verpflichtung des Adjudikatars, sich die Resubhastation gefallen zu lassen, wenn das Kaufgeld nicht rechtzeitig gezahlt wird, auf den dritten Erwerber des Grundstücks mit über; steht dasselbe im Hypothekenbuche, so wird bei der Umschreibung des Besitztitels auf den Adjudikatar zugleich das rückständige Kaufgeld mit eingetragen, und da hat es kein Bedenken, daß sich der dritte Erwerber die Resubhastation gefallen lassen muß. Pr. des Obertr. 1949, vom 3. Dez. 1847 (Entsch. Bd. XVII, S. 498).

Wenn ein Ehegatte in einer Provinz, wo allgemeine eheliche Gütergemeinschaft stattfindet, sein Miteigenthumsrecht an dem gemeinschaftlich besessenen Grundstücke im Hypothekenbuche nicht hat vermerken lassen, so ist derselbe nicht berechtigt, die Befugnisse eines Dritten, welcher sich mit dem als alleinigen Besitzer aus dem Hypothekenbuche konstirenden anderen Ehegatten, ohne von dessen Verheirathung Kenntniß zu haben, in Verhandlungen über das Grundstück eingelassen hat, anzufechten; vielmehr finden auch gegen einen solchen Ehegatten die Vorschriften §§. 7—9 Anwendung. Pr. des Obertr. 686, vom 17. Mai 1839. Wieder angewendet in dem Erk. vom 20. Jan. 1854 (Arch. XII, 74) und 23. Januar 1865 (Arch. LVIII, 109).

Wenn in der zweiten Rubrik das Anrecht eines Dritten auf das Grundstück eingetragen ist, so kann der eingetragene Besitzer seinem Gläubiger das Grundstück, ohne Konsens jenes Anwarters, nicht mit rechtlicher Wirkung zur Hypothek bestellen. Pr. des Obertr. vom 26. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 377).

Vergl. Tit. 20, §§. 410, 411 und die Anm. dazu; und das Pr. 2000 in der Anm. zu §. 53 des Anh. (§. 511, Tit. 20).

7) Die Bemerkung auf dem Titelblatte des Hypothekenfoliums von einem Gute: aus welchen Grundstücken das Gut „nach der Grundsteuermutterrolle" bestehe, hat nicht die Wirkung, daß die §§. 7, 8, 9 d. T. auf die einzelnen Grundstücke Anwendung finden. Pr. des Obertr. 2207, vom 11. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 484). Vergl. Erk. dess. vom 7. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 139).

(5. A.) S. die vor. Anm. 6, Abs. 3.

7a) (4. A.) In dem Zeitpunkte, wo sein Erwerbstitel errichtet wird. Denn mala fides superveniens non nocet. Vergl. Erk. des Obertr. v. 13. Juli 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. V, S. 373). Vergl. §. 24 und die Anm. dazu.

7b) (4. A.) Ueber diese Frage entscheidet allein der Inhalt des Hypothekenbuchs, nicht der der Grundakten. Erk. des Obertr. v. 20. Juni 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 229).

8) S. das Pr. 677 und das Pr. 2346 in der Anm. 46, Satz 3 zu §. 410, Tit. 20. (2. A.) Darnach steht „der Antrag, welchen ein Gläubiger, der im Wege der Exekution seine Forderung eintragen lassen will, macht, mit der Verhandlung, welche bei der vertragsmäßigen Erwerbung des Pfandrechts stattfindet, auf gleicher Linie und hat eben deshalb gleiche Wirkung. Dieser Antrag ist nur der Anfang der Verhandlung: und wenn daher der Gläubiger, in Folge und in Veranlassung eines solchen Antrags, durch den Hypothekenrichter auf amtlichem Wege davon unterrichtet wird, daß das als Gegenstand der Befriedigung in Anspruch genommene Grundstück, wenn auch noch auf den Namen des Schuldners eingetragen, bereits aus dem Eigenthume des Schuldners herausgegangen, so kann der Gläubiger eine solche Mittheilung nicht als ungeschehen betrachten. Die Sache liegt vielmehr dann gerade so, wie der §. 10 voraussetzt, und der Gläubiger kann dann durch eine gleichwohl erfolgte Eintragung zum Nachtheile des wahren Eigenthümers keine Hypothek erwerben." (Entsch. Bd. XXII, S. 238.) S. auch unten die Anm. 3 zu §. 5, Tit. 19.

§. 11. Ein Gleiches findet statt, wenn das Recht des eingetragenen Besitzers zweifelhaft oder streitig ist, und diese Zweifel im Hypothekenbuche vermerkt sind[9]).

§. 12. Um die Ungewißheit des Eigenthums der Grundstücke, und die daraus entstehenden Processe zu verhüten, ist jeder neue Erwerber schuldig, sein Besitzrecht in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen[10]).

§. 13. Er kann und muß dazu von dem Richter, unter welchem die Sache gelegen ist, von Amtswegen angehalten werden.

§. 14. Innerhalb welcher Fristen dieses geschehen, und durch was für Mittel der säumige Besitzer dazu angehalten werden müsse, ist in der Hypothekenordnung[11]) bestimmt.

1. K.O. vom 31. Oktober 1831, betreffend die Suspendirung der Verpflichtung der Eigenthümer zur Berichtigung ihres Besitztitels und des offiziellen Einwirkens der Gerichte dabei. (G.S. S. 251.)

Die im A.L.R. Th. I, Tit. 10, §. 12 und in der H. O. vom 20. Dezember 1783, Tit. 2, §. 49, ingleichen in den, wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in mehreren neu- und wiedererworbenen Landestheilen ergangenen Patenten und Verordnungen, den Besitzern der Grundstücke zur Pflicht gemachte Nachweisung ihres Eigenthums, behufs der Eintragung in das Hypothekenbuch, erscheint in allen Fällen entbehrlich, in welchen weder von dem Besitzer, noch von einem Berechtigten die Eintragung nachgesucht wird. Die damit verbundenen Schwierigkeiten und Kosten stehen, insbesondere bei kleineren Grundstücken, mit dem dadurch zu erreichenden Vortheile in keinem Verhältnisse. Ich will daher auf den Bericht des Staatsministeriums vom 12. d. M. die vorgedachte Verpflichtung der Grundeigenthümer in sämmtlichen Provinzen, in welchen die H. O. vom 20. Dezember 1783 gilt, hierdurch suspendiren, und es soll die vorgeschriebene Einwirkung der Gerichte zum Zweck der Berichtigung des Besitztitels nur dann eintreten, wenn die Eintragung von dem Besitzer oder einem hypothekarischen Gläubiger, oder einem sonstigen Berechtigten[12]) nachgesucht wird.

2. K.O. vom 6. Oktober 1833, über das bei Berichtigung des Besitztitels in Folge der K.O. vom 31. Oktober 1831 von den Hyp.-Behörden zu beobachtende Verfahren. (G.S. S. 124.)

Der Justizminister hat Mir die Zweifel angezeigt, welche über die Ausführung des §. 52, Tit. 2 der H. O. bei einigen Gerichten entstanden sind. Nach dem Antrage desselben bestimme Ich zur Beseitigung dieser Zweifel: daß, wenn in Gemäßheit Meiner Ordre vom 31. Oktober 1831 der Besitzer angewiesen worden ist, seinen Besitztitel zu berichtigen, und er die ihm bestimmte Frist nicht inne gehalten hat, die angedrohte Strafe festgesetzt und sofort[13]) beigetrieben, die Berichtigung des Besitzti-

9) Es bedarf nur des Vermerks, daß das Grundstück zwischen dem Besitzer und dem Ansprechenden streitig sei. Dann kommt die Vorschrift der Pr.-O. Tit. 7, §. 48, lit c zur Anwendung. Das hat die Bedeutung, daß die Unredlichkeit fingirt wird, d. h. es wird darnach nicht gefragt: ob der Dritte in der That die Zweifel gekannt habe. Ist aber davon nichts im Hypothekenbuche vermerkt, so kommt es auf die Thatsache an, und der Unredliche kann sich auf den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs nicht berufen. §. 10 d. T.

10) Die §§. 12—14 sind nur suspendirt (K.O. v. 31. Okt. 1831, Zus. 1), weshalb sie hier nicht weggelassen sind. Die Gesetzgebung über die Verpflichtung zur Berichtigung des Besitztitels hat mehrmals gewechselt. S. darüber: Privatrecht §. 256.

11) Tit. 2, §§. 49 ff.

12) Zu den sonstigen Berechtigten gehören z. B. der Subhastationsrichter, wenn er rückständige Kaufgelder eintragen lassen will, zufolge der V. II. vom 4. März 1834, §. 19; außerdem aber, wenn nämlich das Kaufgeld ganz bezahlt wird, hat er gar kein Recht, weil kein Interesse, auf die Berichtigung des Besitztitels zu dringen; zur Löschung des Subhastationsvermerks und der Hypotheken ist sie nicht nothwendig. Die V. des J.M. v. 18. Okt. 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 410) geht hierin zu weit, ohne alle Rechtfertigung.

Ferner gehören zu solchen Berechtigten die Auseinandersetzungsbehörde, und diejenigen, welche Laudemien oder sonstige Besitzveränderungs-Abgaben zu fordern haben (Zus. 2), und Alle, welche die Eintragung eines Hypothekenrechts verlangen können. Vergl. das R. des J.M. v. 12. Juli 1853 (Jahrb. Bd. XLII, S. 180).

13) Es findet also kein prozessualisches Verfahren und förmliches Erkenntniß statt; die Strafe

tels aber auf seine Kosten von Amtswegen durch die executio ad faciendum, oder auf die sonst kürzeste Weise bewirkt werden soll[14]). Zugleich erkläre Ich, daß zu denen, welche die Berichtigung des Besitztitels zu verlangen berechtigt sind, auch die Generalkommissionen, wenn es bei einer Regulirung, Auseinandersetzung, Ablösung oder Gemeinheitstheilung ꝛc. darauf ankommt, und die Gutsherrschaften zu rechnen sind, wenn sie auch nur die Entrichtung eines Landemiums, oder einer andern gutsherrlichen Abgabe bei Gelegenheit der Berichtigung des Besitztitels zu fordern haben.

3. Gesetz v. 8. Jan. 1845, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen. (G.S. S. 26.)

§. 6. Jeder Erwerber eines Trennstückes ist verpflichtet, seinen Besitztitel berichtigen zu lassen. Wer dieser Verpflichtung nicht genügt, ist dazu von Amtswegen in dem durch die Ordre vom 6. Oktober 1833 vorgeschriebenen Wege anzuhalten.

Diese Bestimmung findet auch auf die Erwerber von Trennstücken in den im §. 5 bezeichneten Fällen Anwendung.

Ausgenommen hiervon bleiben jedoch Fiskus, Kirchen, Pfarren, geistliche Stiftungen, Schulen und Armenanstalten, so wie diejenigen, welche in den Fällen des §. 5, Nr. 5 Trennstücke erworben haben.

4. Gesetz v. 7. März 1845 zur Erleichterung des Verfahrens bei Berichtigung des Besitztitels. (G.S. S. 160.)

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen zur Erleichterung der Berichtigung des Besitztitels bei Grundstücken, welche bereits in das Hypothekenbuch eingetragen sind, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums, und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, für alle Provinzen der Monarchie, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Hypothekenordnung Gesetzeskraft haben, was folgt:

§. 1. Das in der Ordre v. 9. Mai 1839 unter 1, Nr. 2 für den Fall der Anlegung neuer Hypothekenfolien gestattete Aufgebot soll auch alsdann zulässig sein, wenn der Besitzer eines bereits in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstücks sein Recht von einem Andern als dem zuletzt eingetra-

---

wird durch Dekret, gegen welches nur die Beschwerde zulässig, festgesetzt. Das war schon vorher durch ein Ministerialreskript v. 20. Juli 1832 gesagt worden. (Jahrb. Bd. XL, S. 524.)

14) Das Zwangsverfahren wird gegen denjenigen gerichtet, welcher sich als Eigenthümer oder Besitzer gerirt. Die früheren Zweifel, bei Zerstückelungen ehemals eximirter Güter, über die Zuständigkeit des Gerichts, fallen mit der Veränderung der Gerichtsverfassung von selbst weg.

Das Verfahren selbst ist in einem R. des J.M. vom 28. Okt. 1832 (Jahrb. Bd. XL, S. 483) wie folgt, vorgeschrieben: Der Provokant muß sich zur Sache legitimiren, und bescheinigen, daß der Provokat sich als Besitzer gerire. a) Das Gericht erläßt dann unter Zufertigung des Antrages an den Provokaten in den Formen des §. 51, Tit II der Hyp.-O., unter Androhung einer verhältnißmäßigen fiskalischen Strafe (nach einem R. vom 13. Juli 1829, Jahrb. Bd. XXXIX, S. 122, bis zu 50 Thlrn.), die Aufforderung, seinen Besitztitel zum Zwecke der Berichtigung desselben in einer den Umständen angemessenen Frist nachzuweisen. b) Läßt der Provokat die Frist verstreichen, ohne der Auflage zu genügen, oder Hindernisse zu bescheinigen, welche einen ferneren Aufschub rechtfertigen, so setzt die Hypothekenbehörde von Amtswegen die angedrohte Strafe fest, verfügt deren Einziehung und erneuert die Aufforderung zur Nachweisung des Besitztitels in einer von Neuem zu bestimmenden Frist, mit der Warnung, daß derselbe nach deren fruchtlosem Ablaufe dazu im Wege der executio ad faciendum, nach Vorschrift der V. I v. 4. März 1834, §. 9, auf ferneres Andringen des — hiervon zu benachrichtigenden — Provokanten werde angehalten werden. c) Ist auch diese Frist fruchtlos abgelaufen, so beauftragt das Gericht auf den Antrag des Provokanten, in Ausführung jenes Präjudizes, einen Rechtsanwalt, für den Verpflichteten die Berichtigung des Besitztitels zu bewirken und alle hierzu erforderlichen Schritte zu thun. d) Ist der Provokant selbst bereit, dasjenige für den säumigen Besitzer zu bewirken, weshalb lediglich im Interesse des Ersteren die bezeichneten gesetzlichen Zwangsmaßregeln angeordnet sind, so bedarf es dieser letzteren nicht und hat daher die Hyp.-Behörde den Besitztitel zu berichtigen, wenn der Provokant alle dieserhalb nöthigen Urkunden beibringt, allen sonstigen Erfordernissen genügt, auch die Kosten vorzuschießen bereit ist, — ohne daß der Antrag des Besitzers dazu erst abgewartet werden darf.

Falls ein Grundstück mittelst Succession, oder mittelst Kontrakts und darauf erfolgter Uebergabe durch mehrere Hände gegangen, ohne daß eine Besitztitel-Berichtigung stattgefunden hat, so genügt es, wenn der gegenwärtige Besitzer für die noch nicht eingetragenen Vorgänger die zur Besitztitel-Berichtigung erforderlichen Urkunden beibringt und seinen eigenen Besitztitel vorlegt. R. v. 31. Oktbr. 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 407).

genen Besitzer herleitet oder bei Herleitung seines Rechts von diesem Besitzer nachweist, daß derselbe gestorben oder rechtskräftig für todt erklärt worden ist[14a]).

§. 2. Zur Begründung des Antrages, das Aufgebot (§. 1) zu erlassen, muß der Besitzer außer dem in der Ordre v. 9. Mai 1839 unter 1, Nr. 2 vorgeschriebenen Nachweise entweder die Urkunde, durch welche der zuletzt eingetragene Besitzer das Grundstück veräußert hat, oder dessen Einwilligung in die beantragte Umschreibung des Besitztitels in beglaubter Form beibringen, oder den Beweis führen, daß der zuletzt eingetragene Besitzer vor länger als einem Jahre gestorben oder rechtskräftig für todt erklärt worden ist.

§. 3. Sind von dem Extrahenten Eigenthumsprätendenten angezeigt worden, welche aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlich sind, so muß denselben der zur Anmeldung der Ansprüche anberaumte Termin, sofern ihr Aufenthalt bekannt ist, durch besondere Erlasse, sonst aber durch namentliche Aufforderung in der Ediktalladung (§§. 100 u. f., Tit. 51 der Prozeßordn.) mit der Verwarnung bekannt gemacht werden, daß, wenn sie sich nicht spätestens im Termine melden und ihr Widerspruchsrecht bescheinigen, die Eintragung des Besitztitels für den Extrahenten erfolgen werde, und ihnen überlassen bleibe, ihre Ansprüche in einem besondern Prozesse zu verfolgen[15]).

§. 4. Nach rechtskräftig erfolgter Präklusion der nicht erschienenen, nach Beseitigung des Widerspruchs der erschienenen Eigenthumsprätendenten ist die Berichtigung des Besitztitels für den Extrahenten auf dessen Antrag zu bewirken, ohne daß es der Eintragung der Vorbesitzer bedarf.

Es werden jedoch durch diese Präklusion diejenigen Hindernisse der Eintragung des Besitztitels nicht beseitigt, welche sich aus der zweiten Rubrik des Hypothekenbuchs ergeben[15a]).

§. 5. In den Fällen, in welchen ein Grundbesitzer zur Berichtigung seines Besitztitels nach Maßgabe der Ordre vom 6. Oktober 1833 angehalten werden muß, ist die Hypothekenbehörde ermächtigt, einen Anwalt zu bestellen, welcher auf Kosten des Verpflichteten das Aufgebot in Antrag bringt und die Berichtigung des Besitztitels betreibt.

## §. 15. Alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, müssen gerichtlich, oder von einem Notario aufgenommen werden.

5. G. v. 23. April 1821, wegen Aufhebung der Verlautbarung der Verträge über unbewegliche Güter[16]). (G.S. S. 43.)

Um die Eintragung ins Hypothekenbuch aus Verträgen über die Veräußerung des Eigenthums[16a]),

---

14a) (4. A.) Das Aufgebot dient in den Fällen, welche das Gesetz vor Augen hat, dazu, in gewissem Umfange den Mängeln der Erwerbsdokumente abzuhelfen, und unterscheidet sich eben deswegen von jedem andern Aufgebote dadurch, daß die Präklusion nur die Berichtigung des Besitztitels für den Provokanten möglich macht, den angezeigten Eigenthumsprätendenten aber überlassen bleibt, ihre Ansprüche besonders geltend zu machen. Das Aufgebot ist auch nicht auf die Präklusion der Zwischenbesitzer beschränkt, mithin ist die Provokation nicht von dem Nachweise abhängig, daß Besitzveränderungen stattgefunden haben, also uneingetragene Zwischenbesitzer vorhanden sind. Erk. des Obertr. v. 16. Jan. 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 225).

15) Die Ladung hat hiernach nicht die Wirkung einer provocatio ad agendum.

15a) Wohl aber wird der Präklusion der Realprätendenten eines Grundstücks auch gegen denjenigen, welcher sich im vollständigen Besitze des Grundstücks befindet, Wirkung beigelegt. Pr. des Obertr. vom 20. Febr. 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 214).

16) Nicht zu übersehen ist, daß dieses Gesetz sich nur auf den §. 15. d. T. bezieht und lediglich die Beglaubigung der Erwerbstitel zum Zwecke der Eintragung im Hypothekenbuche betrifft. Daher würde es ein schon vorgekommener Irrthum sein, die Anwendbarkeit der Vorschrift auch auf diejenigen besonderen Rechtsgeschäfte, für welche in dem A. L.R. die gerichtliche Form zur Gültigkeit vorgeschrieben ist, z. B. auf Schenkungen, anzunehmen. Hinsichtlich der Verträge über Bestellung eines nutzbaren Pfandrechts enthält das Gesetz selbst im §. 4 die Erinnerung. Vergl. auch das R. v. 22. Aug. 1823 (Jahrb. Bd. XXII, S. 76). — (3. A.) Andererseits beschränkt sich auch die durch dieses Gesetz vorgeschriebene Beglaubigung durch einen inländischen Richter oder Notar auf die hier genannten Gattungen von Verträgen, welche bis dahin vor dem Richter der Sache vollzogen oder verlautbart werden mußten. Die durch dieses Gesetz bewirkte Veränderung besteht also darin, a) daß an die Stelle des Richters der Sache jeder inländische Richter oder Notar tritt, und b) daß eine bloße Beglaubigung der Unterschriften genügt. Auf Urkunden, welche auch vorher keiner Vollziehung oder Verlautbarung

und über die Bestellung eines nutzbaren Pfandrechts von Förmlichkeiten zu befreien, welche, ohne daß sie mit der Rechtsbeständigkeit der Verträge, noch mit dem Wesen der Hypothekenverfassung im Zusammenhange stehen, den Betheiligten, außer dem Aufwande unnöthiger Kosten, oft auch noch durch den mit ihrer Beobachtung verbundenen Zeitverlust, empfindlichen Nachtheil bringen, verordnen Wir für diejenigen Provinzen Unserer Monarchie, wo das A. L.R., die A. G.O. und die Hyp.-O. Gesetzeskraft haben, nach eingeholtem Gutachten Unseres Staatsraths, wie folget:

§. 1. Verträge über die Veräußerung des Eigenthums und über die Austhuung in Erbzins oder Erbpacht[17]), wenn sie an sich mit rechtsbeständiger und verbindlicher Wirkung geschlossen worden, sollen fortan, sofern auch nur die Beglaubigung der Unterschriften unter selbigen von einem inländischen Gerichte oder einem inländischen[18]) Notar erfolgt ist, weder einer nochmaligen Vollziehung, noch einer wiederholten Bekennung zu ihrem Inhalte vor dem Richter der Sache (Verlautbarung) bedürfen, um daraus das Gesuch um Eintragung zu begründen.

§. 2. Nicht minder soll die gerichtliche Bestätigung, welche, ohne für die Gültigkeit des Vertrages erforderlich zu sein, nach der Verfassung einzelner Provinzen der Eintragung bisher hat vorgehen müssen[19]), wegfallen.

§. 3. Die Eintragung aus einem solchen Vertrage (§. 1) kann geschehen, wenn auch nur einer von beiden Theilen darum nachsucht.

§. 4. Die Gültigkeit der Verträge, wodurch ein nutzbares Pfandrecht bestellt wird, ist auch fernerhin von der gerichtlichen Bestätigung abhängig (A. L.R. Th. I, Tit. 20, §§. 227, 233, 234). Der Verlautbarung derselben, behufs der Eintragung in die Hypothekenbücher, bedarf es aber nicht mehr.

§. 5. Es werden hiernach die Vorschriften §. 3, Th. II, Tit. 1 der A. G.O., §. 425 des Anh. zu derselben, und §. 64, Tit. 2 der Hyp.-O. abgeändert.

§. 6. Die Hypothekenbehörde bleibt aber nach wie vor verpflichtet, die ihr zur Eintragung vorgelegten Verträge, sowohl ihrer Form, als Inhalt nach zu prüfen, und das §§. 11—18, Tit. 2 der Hyp.-O. vorgeschriebene Verfahren zu beobachten.

6. Deklaration des §. 54, Tit. 20, v. 21. März 1835, §. 4 f. u. zu §. 54, Tit. 20.

7. G. zur Ergänzung des Gesetzes, betr. die Zerstückelung von Grundstücken, v. 3. Januar 1845. Vom 24. Mai 1853. (G.S. S. 241.)

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen u. s. w. was folgt:

§. 1. Dem gegenwärtigen Gesetze sind alle Arten von Grundstücken unterworfen, mit Ausnahme der Gebäude, Bauplätze, Hofstellen und Gärten innerhalb einer Stadt oder Vorstadt.

§. 2. Wenn Grundstücke durch Kauf- oder andere Veräußerungsverträge zertheilt, von einem Grundstücke einzelne Theile abgezweigt, oder Grundstücke, welche Zubehör eines andern Grundstücks

---

vor dem Richter der Sache bedurften, erstreckt sich dieses G. nicht. Zur Eintragung von Schuld- und Verpfändungsinstrumenten und von Cessionen, sowie zu Löschungen reicht eine gerichtliche oder notarielle Urkunde hin (§. 148 u. §§. 200 ff., 249 ff., Tit. 2 der Hyp.-O.), also auch eine vor ausländischen Gerichten oder Notarien vollzogene und beglaubigte. R. v. 23. Jan. 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 276).

16a) Die Worte: „Austhuung in Erbzins oder Erbpacht" fallen hier weg, da diese Besitzformen unterdrückt sind.

17) Da diese Formen des Besitzrechts unterdrückt sind, so versteht sich, daß für die Zukunft Verträge über Bestellung solcher Besitzrechte nicht mehr vorkommen; die Vorschrift hat nur noch hinsichtlich der in der Vergangenheit vorgekommenen Rechtsgeschäfte dieser Arten praktisches Interesse; man hält sie auch auf vergangene, d. h. vor der Publikation vorgekommene, Fälle für anwendbar.

18) Ausländische öffentliche Urkunden müssen mithin vor einem inländischen Gerichte oder Notar rekognoszirt werden. R. v. 11. Oktbr. 1834 u. 4. Febr. 1839 (J.M.Bl. 1839, S. 82). Das ist nur in Person auszuführen, die Partei muß dazu hierher reisen. Denn eine im Auslande ausgestellte Vollmacht hat keinen größeren Glauben, als der daselbst verlautbarte Vertrag selbst.

19) Nur diese provinzialrechtlichen Formalitäten, wie z. B. die gerichtliche Auflassung und der Verreich in Schlesien, nicht die nach allgemeinem Rechte für gewisse Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Form, ist aufgehoben. S. o. die Anm. 16.

sind[19a]), von diesem abgetrennt werden sollen, so muß der Vertrag[19b]) von demjenigen Gerichte, welches das Hypothekenbuch des Grundstückes zu führen hat, oder von einem Kommissarius dieses Gerichts geschlossen werden[19c]).

Tritt bei einem solchen Vertrage die Wirksamkeit mehrerer Gerichte als Hypothekenbuch führender Behörden ein, so ist jedes dieser Gerichte zur Aufnahme des Vertrages befugt.

§. 3. Sind diese Vorschriften nicht beobachtet, so ist der Vertrag nichtig und hat demnach auch unter den Kontrahenten keine rechtliche Wirkung[19cc]).

---

19a) (5. A.) Die Anwendung dieser Bestimmung ist davon nicht abhängig, ob die Kontrahenten von der Zugehörigkeit der zu trennenden Grundstücke Kenntniß haben, und also eine Dismembration beabsichtigen, oder nicht, sondern lediglich davon, ob objektiv eine solche Zugehörigkeit vorhanden ist und diese durch den Vertrag aufgehoben wird. Erk. des Obertr. v. 13. Juni 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 240).

19b) (5. A.) Vollmachten zu diesen Dismembrationen bedürfen, selbst wenn sich der Machtgeber bedingt oder unbedingt des Widerrufes begeben hat, nicht der Aufnahme vor dem Hypothekenrichter des betreffenden Grundstückes. Erk. dess. vom 11. September 1866 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXIV, S. 241).

19c) (5. A.) Vergl. oben die Anmerk. 15a zu §. 93 des T. 7 zu Tit. 4.

Die instrumentirenden Beamten sollen bei Aufnahme von Parzellirungsverträgen die Kontrahenten auf die Zweckmäßigkeit bestimmter Abreden und Festsetzungen über die Theilnahmerechte der Trennstücke an den Grundgerechtigkeiten der Stammstellen, insbesondere an den Bau- und Brennholzberechtigungen, sowie Hütungs- und Streuberechtigungen, aufmerksam machen. Allg. V. v. 18. Juli 1864 (J.M.Bl. S. 203).

19cc) (5. A.) Damit ist dem außergerichtlichen Parzellirungsvertrage vor Allem diejenige Wirkung abgesprochen, die Parzellirung selbst wirksam herbeizuführen, so daß in Ermangelung derselben der abgetretene Theil, resp. das Zubehör, nach wie vor im rechtlichen Verbande des Hauptgrundstückes bleibt und einen integrirenden Bestandtheil desselben bildet, wenngleich es sich faktisch in anderer Hand befindet. Erk. des Obertr. vom 10. April 1863 (Entsch. Bd. L, S. 81 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 24). Es kann Seitens des Eigenthümers resp. Erwerbers des Hauptgrundstücks vindicirt werden. Erk. dess. v. 2. März 1863 (Entsch. Bd. L, S. 76). — Die, von dem Inhalte eines förmlichen Dismembrations-Vertrages abweichenden, Abreden einer vorangegangenen Punktation sind von keiner rechtlichen Wirkung, d. h. sie können nicht gegen den Willen des anderen Theiles nachträglich geltend gemacht werden, wenn es auch erwiesen werden kann, daß sie nach dem Einverständniß der Parteien als Bestandtheile des Vertrages in das errichtete formgemäße Instrument mit aufgenommen werden sollten und nur aus Versehen des instrumentirenden Kommissars weggelassen worden sind. Erk. des Obertr. v. 1. Dezbr. 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 15). Dies schließt die Anfechtbarkeit des ganzen Vertrages wegen fehlerhafter Abfassung aus, weil er anders niedergeschrieben als verabredet worden. Denn derartigen in nichtgerichtlichen Verträgen enthaltenen Verabredungen, wodurch einer der Kontrahenten verbindlich gemacht werden soll, künftig auf Verlangen des Anderen einen Parzellirungsvertrag abzuschließen, kann keine Wirkung beigelegt werden; der allgemeine Grundsatz, daß Verträge erfüllt werden müssen, findet auf Verträge, welche das Gesetz für unwirksam erklärt, keine Anwendung. Erk. dess. v. 1. Oktbr. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 268). So meint das Obertr. Dieser Grundsatz paßt jedoch nicht auf jenen Fall, wo der Vertrag aus Versehen anders niedergeschrieben als verabredet worden. Hier ist der falsch abgefaßte förmliche Vertrag nichtig und der nicht bindende Entwurf ist auch nichtig. Dies ist die wahre Rechtslage in dem Falle. Man vergleiche auch den letzten Absatz dieser Note.

(3. A.) Die Nichtigkeit trifft auch verschleierte Parzellirungen. Ein Notar hatte einen Kontrakt aufgenommen, in welchem zunächst ein bäuerliches Ehepaar ihren Bauernhof an 10 Personen im Ganzen verkauft, und sodann sich die Käufer mit der vorangeschickten Bemerkung, daß ihre Gemeinschaft sich nicht auf Vertrag gründe, sondern durch Abschließung dieses Kaufgeschäfts zufällig entstanden sei, auf Grund eines von einem Vermessungsrevisor angefertigten Situationsplans dergestalt in den Hof theilen, daß jeder von ihnen einige der zugeschnittenen 22 Stücke für einen bestimmten Preis als Sondereigenthum nimmt. Diesen Vertrag hat das Obertrib. für eine gesetzwidrige Verschleierung der Dismembration eines Bauerguts hinter einem Sozietätsgeschäfte erklärt. Erk. v. 21. April 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 466).

Vergl. o. Anm. 84 a. E. zu §. 108, Tit. 2.

Ein Kaufkontrakt, welcher mehrere Grundstücke, und darunter ein Trennstück, um einen unzertrennten Kaufpreis in Pausch und Bogen, umfaßt und nicht in der für die Dismembration vorgeschriebenen Form errichtet ist, soll nur theilweise, nämlich nur in Betreff des Trennstücks nichtig sein. Oben, Anm. 2. a. E. zu §. 1, Tit. 5.

(4. A.) Das Bekenntniß zu dem außergerichtlichen Parzellirungvertrage vor dem kompetenten Hypothekenrichter steht der gerichtlichen Aufnahme desselben gleich. (A. G. O. II, 3, §§. 21 ff.) — Sind

§. 4. Die Aufnahme des Vertrages (§. 2) darf erst dann erfolgen, wenn der Veräußernde entweder:

1) seinen Besitztitel bereits in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, oder
2) schon ein Jahr lang sich im Besitz des Grundstückes befindet, und bei Aufnahme des Vertrages gleichzeitig die Berichtigung seines Besitztitels beantragt.

Der Hypothekenrichter hat alsdann diese Berichtigung für den Veräußernden, erforderlichen Falls nach der Vorschrift der Ordre v. 6. Oktober 1833 (Zus. 2), zu betreiben.

§. 5. Die Bestimmungen der §§. 2 — 4 finden keine Anwendung:

1) bei Grundstücken, welche sich im landesherrlichen oder fiskalischen Besitze oder unter unmittelbarer Verwaltung der Staatsbehörden, ingleichen bei Grundstücken, welche sich im Besitze einer Kirche, Pfarre, oder einer anderen geistlichen Stiftung, so wie einer Schule oder Armenanstalt befinden;
2) bei den außerhalb einer Stadt oder Vorstadt (§. 1) auf der städtischen Feldmark gelegenen Grundstücken;
3) bei Theilung von Grundstücken zwischen Miterben oder solchen Miteigenthümern, deren Gemeinschaft sich nicht auf Vertrag gründet;
4) bei Ueberlassung einzelner Theile von Grundstücken seitens der Eltern an ihre Kinder oder weitere Abkömmlinge[19 eee]);
5) bei Grundstücken, welche einer Expropriation, zum Zweck der Anlage von Chausseen, Eisenbahnen, Kanälen u. s. w. unterworfen sind, ohne Unterschied, ob die Veräußerung selbst durch Expropriation oder durch freien Vertrag bewirkt wird;
6) bei Theilungen von Grundstücken, welche durch eine gutsherrlich-bäuerliche Regulirung, eine Ablösung von Diensten, Natural- oder Geldleistungen, oder eine Gemeinheitstheilung veranlaßt werden oder bei Gelegenheit solcher Geschäfte (§. 8 der V. v. 30. Juni 1834) vorkommen.

§. 6. Insofern eine Zertheilung von Grundstücken, eine Abzweigung einzelner Theile derselben oder eine Abtrennung von Grundstücken, die Zubehör anderer sind, im Wege des öffentlichen Ausgebots und der meistbietenden Versteigerung stattfinden soll, darf sie nicht eher vorgenommen werden,

---

Parzellen eines fiskalischen Grundstückes gegen Parzellen des Grundstückes einer Privatperson vertauscht worden, so ist wegen der dabei stattgefundenen Parzellirung auch seitens des Fiskus eine gerichtliche Abschließung des Vertrages, oder doch ein gerichtliches Bekenntniß zu demselben erforderlich. Erk. des Obertr. v. 17. Oktbr. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 103).

(5. A.) Ist der gerichtlich aufgenommene Vertrag, weil z. B. irrthümlich etwas wesentlich Anderes geschrieben als verabredet worden (vergl. Anm. 50 zu §. 126, Tit. 10 der Proz.-Ordnung), nicht bindend, so ist die Folge davon nicht die, daß zufolge des §. 155, Tit. 5 auf Grund der bereits ganz oder theilweise erfolgten Erfüllung die Genügeleistung nach der außergerichtlichen Verabredung gefordert werden kann, denn diese ist eben ipso jure null und nichtig. Anm. 38 zu §. 43, Tit. 3; Erk. des Obertr. v. 6. Febr. 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 44). Das auf einen nichtigen Vertrag Geleistete muß condictione sine causa zurückgefordert werden.

19 eee) (5. A.) Auch in dem Falle, wo die Ueberlassung einzelner Theile von Grundstücken an den künftigen Schwiegersohn des Verkäufers, unter der Voraussetzung der Eheschließung mit dessen Tochter, außergerichtlich versprochen war, kann die Ausnahmebestimmung des §. 5, Nr. 4 nicht Anwendung finden. Erk. des Obertr. vom 10. Mai 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 21). Dagegen hat in dem Falle, wo eine Wittwe ihrer Tochter und einem Manne, welcher sich um deren Hand bewarb, die Abtretung eines Theiles ihres Grundstückes für den Fall der Eheschließung versprochen hatte und Beide darauf die Ehe mit einander vollzogen, das Obertr. die Wittwe zur Erfüllung ihres Versprechens verurtheilt, weil die Abtretung des Grundstücksantheils nicht dem Freier der Tochter allein, sondern zugleich der Letzteren verheißen, also hauptsächlich sogar dieser zugesagt worden sei, um sie in den Stand zu setzen, die Ehe zu schließen, das abzutretende Land der Tochter als Mitgift habe dienen sollen und bei solchen Abtretungen, behufs Ausstattung heirathender Töchter, die staatswirthschaftlichen Rücksichten nicht einträten, welche den Gesetzgeber zu den beschränkenden Vorschriften bei Theilungen von Grundeigenthum bewogen hätten. Erk. vom 18. Oktober 1867 (S. 26. a. a. O. in der Anm.). Dann hat dasselbe, unter Vernichtung des Appellationserkenntnisses, den 2. März 1868 wieder entgegengesetzt erkannt: Die Abtretung einer Grundstücksparzelle an eine Tochter und den Schwiegersohn sei keine Ueberlassung im Sinne der Ausnahmebestimmung des §. 5, Nr. 4 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 117). Aber der §. 5 ist keine Ausnahmebestimmung, sondern das Gesetz ist ein Ausnahmegesetz und der §. 5 läßt es in den verzeichneten Fällen bei der Regel.

als bis den Vorschriften des §. 7, Nr. 1 oder §. 30 des G. v. 3. Januar 1845 u. §§. 3 und 4 des G. v. 24. Februar 1850, wegen definitiver oder interimistischer Regulirung und Vertheilung der öffentlichen, Sozietäts- und Gemeindelasten auf die zu veräußernden Trennstücke genügt ist.

Der dort angeordnete Regulirungsplan muß vor dem Beginn des Ausgebots- und Versteigerungsverfahrens vorgelesen und später sich einfindenden Kauflustigen vor der Zulassung zu einem Gebote noch besonders bekannt gemacht werden.

§. 7. Auch müssen bei einem solchen Aufgebots- und Versteigerungsgeschäft (§. 6) vor dem Zuschlage oder Vertragsabschlusse stets Bestimmungen über die Ablösung, Vertheilung oder Uebernahme der auf den Grundstücken haftenden Reallasten und Renten in Gemäßheit des §. 93 des G. wegen Ablösung der Reallasten und Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse v. 2. März 1850, desgleichen wegen etwaniger Hypothekenschulden getroffen werden.

§. 8. Bei diesen Aufgebots- und Versteigerungsverhandlungen (§. 6) ist jedesmal ein Richter zuzuziehen, und dieser von Amtswegen verpflichtet, für die Befolgung der im §. 6, Absatz 2, und im §. 7 angeordneten Bestimmungen zu sorgen.

§. 9. Wenn die vorstehenden Bestimmungen der §§. 6, 7 und 8 nicht befolgt worden, so ist jeder Veräußerer mit einer Geldbuße von zweihundert Thalern zu bestrafen[19d]). Auch hat die Ortsbehörde die Versteigerung zu verbieten, sobald der Vorschrift des §. 8 wegen Zuziehung eines Richters nicht genügt ist.

§. 10. Der §. 31 der V. v. 2. Januar 1849 wird aufgehoben[19e]).

§. 16. Auf den Grund[20]) eines bloßen Privat-, wenn auch schriftlichen Vertrages findet die Eintragung des Besitztitels in das Hypothekenbuch nicht statt.

§. 17. Doch hat ein solcher Vertrag die Wirkung einer Punktation, und es kann also daraus auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden[21]). (Tit. 5, §. 120 sqq.)

§. 18. Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer[22]) herrührt, den übrigen vor.

§. 19. Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von diesem eingetragenen Eigenthümer, so gebührt demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen[23]) lassen, der Vorzug.

---

19d) (5. A.) Eine Zuwiderhandlung gegen die §§. 6, 7 u. 8 ist strafbar, wenn auch nur ein Anfang mit der Versteigerung gemacht ist, sollte es auch zu einer wirklichen Veräußerung noch nicht gekommen sein. Erk. des Obertr. vom 9. März 1864 (J.M.Bl. S. 107).

19e) Dort war den Notarien die Befugniß zur Aufnahme der Verträge über Parzellenveräußerungen gegeben.

20) So ist die Lesart in der Urausgabe. In späteren Ausgaben, namentlich in der vom Jahre 1817, findet sich die fehlerhafte Lesart „auf dem Grunde" u. s. w.

21) Vergl. die Anm. 5 zu 122, Tit. 5 und die Anm. zu §. 614 d. T.

Die Klage auf Errichtung eines förmlichen Instruments über die Uebertragung des Grundstückes steht jedem Betheiligten zu, wenn er ein Interesse dabei hat, also nicht bloß dem Erwerber behufs Berichtigung seines Besitztitels, sondern auch dem kreditirenden Käufer, um über seine Kaufgelderforderung ein zur Eintragung geeignetes Instrument zu haben, wenn ihm eine Hypothek vorbehalten oder zugesichert worden ist.

Uebrigens wiederholen die §§. 15—17 d. Tit. eine Ausnahme von der im §. 111, Tit. 5 ausgesprochenen Regel für Verträge: locus regit actum; denn sie fordern für alle Verträge über Grundstücke schriftliche Abfassung. §. 135, Tit. 5 und Anm. 96 das. Die Ausnahme ist mit Absicht und Bewußtsein vorgeschrieben.

22) Damit ist nur der eingetragene Besitzer gemeint; ob er wirklich Eigenthümer sei, kommt bei der hier entschiedenen Frage nicht in Betracht; es ist daher kein Gewicht auf den Ausdruck „Eigenthümer" zu legen. §. 8.

23) Wenn auch nur potestativisch. Denn die Wirksamkeit des eingetragenen Titels ist von der Form, in welcher die Eintragung geschehen, nicht abhängig gemacht. Nicht eingetragenes Pr. des Obertr. v. 27. April 1849, in Sachen Stein w. Mente $^{100}/_{328}$ III, 49.

§. 20. Hat noch keiner unter ihnen die Eintragung erhalten, so kann derjenige, dessen Titel zuerst entstanden ist[24]), dieselbe vorzüglich fordern.

III. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der beweglichen Sachen insonderheit.

§. 21. Bei beweglichen Sachen hat unter Mehreren, welche auf das Eigenthum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigenthümer herrührt, der Regel nach, den Vorzug[24a]).

§. 22. Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von einer und eben derselben Person, so entscheidet, auch bei beweglichen Sachen, der Zeitpunkt der frühern Entstehung dieses Titels. (§. 20.)

§. 23. Ist aber einem unter diesen mehrern Prätendenten der Besitz[25]) der Sache[26]) eingeräumt worden[26a]), so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen

---

24) Dieser geht auch in dem Falle vor, wenn die Prätendenten sämmtlich ihren Titel von dem nicht eingetragenen Eigenthümer erhalten haben. Es versteht sich, daß in den §§. 18—20 überall von der vorzüglichen Besitzerlangung Rede ist. Hat Einer in Folge seines Titels die Uebergabe geleistet erhalten und befindet sich im körperlichen Besitze, so ist er bereits Eigenthümer geworden und kein Prätendent mehr. Von diesem kann, dessen Redlichkeit vorausgesetzt, ein solcher, welcher die Eintragung seines Titels erlangt hat — was ohne Uebergabe nicht in der Ordnung sein würde — nicht vindiziren, weil er weder Eigenthümer geworden ist, noch eine persönliche Klage gegen ihn hat. Der ältere Titel allein, ohne Uebergabe und ohne daß er dem Dritten bei der Erwerbung bekannt ist, giebt keinen Vorzug, wie der §. 23 ausspricht, dessen Grundsatz, wenngleich er unter dem Marginale von der Erwerbung beweglicher Sachen steht, doch auch von unbeweglichen Sachen gilt, wie der §. 25 ergiebt, wo die Uebergabe neben der Eintragung genannt wird, also die dort ausgesprochene Regel: daß der nicht gewußt habende Besitzer die Sache behält, wenngleich sein Titel jünger ist, auch für Grundstücke gegeben ist. Vergl. das Pr. des Obertr. v. 15. August 1848. (Rechtsfälle Bd. IV, S. 324.) Dagegen kann er sein persönliches Recht zur Sache (jus ad rem) mit der analogen Vindikationsklage gegen den dritten Besitzer dann allerdings verfolgen, wenn es älter ist und der Besitzer zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des Andern gekannt hat. Pr. des Obertr. 2059, v. 26. Sept. 1848.

24a) (4. A.) Die §§. 21—23, die Kollision mehrerer Eigenthumsprätendenten in Bezug auf die nämliche bewegliche Sache betreffend, können auf den Fall der Kollision mehrerer Hypothekengläubiger nicht angewendet werden. Erk. des Obertr. vom 14. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 58).

25) Ist dieselbe bewegliche oder unbewegliche Sache verschiedenen Personen übergeben worden, der einen durch symbolische, der anderen durch körperliche Besitzübertragung; so ist die letztere wahrer Eigenthümer geworden und ihr Recht geht dem Eigenthumsanspruche der anderen vor; auf die Priorität des Titels der Zeit nach kommt es weiter nicht an. Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 210.

26) Der Grundsatz wird auch auf Rechte, insbesondere auf die Cession von Forderungsrechten, worüber Urkunden vorhanden sind, angewendet. Das Eigenthum einer cedirten Forderung, worüber Urkunden vorhanden sind, geht zwar auch bei Partialcessionen auf den Cessionar durch die bloße schriftliche Erklärung des Cedenten, ohne Uebergabe des betreffenden Dokuments, oder der davon abzuzweigenden Urkunde, über, und es macht dabei keinen Unterschied: ob die Forderung eine bloß persönliche oder eine hypothekarische ist. Pr. des Obertr. 193, v. 25. März 1837 (Entsch. Bd. II, S. 332), und Pr. dess. vom 5. Mai 1838, Nr. I (Entsch. Bd. IV, S. 71). Wenn jedoch ein Aktivum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Autor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuldurkunde in gutem Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die, durch frühere Cessionen erworbenen Ansprüche der Uebrigen aus. Dass. Pr. Nr. II. Denn jener Grundsatz gilt unbedingt nur in dem Verhältnisse des Cessionars zu dem Cedenten: dieser muß alle von ihm ausgegangenen Cessionen gelten lassen und verwirklichen, oder Ersatz leisten. Aber in Beziehung zu dem Schuldner und zu dem Dritten, welchem gleichfalls cedirt worden ist, hat, weil die Forderung als Gegenstand des Eigenthums (als eine Sache) im Verkehre behandelt wird, die bloße Cession ohne Ueberlieferung des Instruments nur die Bedeutung eines Titels. Der Schuldner braucht denjenigen, der bloß eine schriftliche Erklärung des Cedenten vorlegt, für seinen Gläubiger nicht anzunehmen und kann nur an den Inhaber der Schuldurkunde in Folge der auf ihn lautenden Cession sicher zahlen. Unter mehreren Cessionarien desselben Cedenten hat mithin derjenige, dem zugleich das Dokument ausgehändigt worden ist und dabei von der älteren Cession eines Dritten nichts bekannt war, das Forderungsrecht wirklich erworben, wenngleich er der jüngste Cessionar wäre.

26a) (5. A.) Dieser Fall ist auch dann vorhanden, wenn der Besitzer der Sache den von ihm bestellten Inhaber derselben unmittelbar anweiset, die Gewahrsam fortan für den sich bestellten Besitznachfolger fortzusetzen, dieser solches acceptirt und demgemäß als nunmehriger Besitzer über die Sache bei dem Inhaber derselben verfügt, dieser auch Folge leistet. §. 66, Tit. 7. Hierdurch hat die Ueber-

aus[27]), ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn[28]) dieselben entstanden sind. (Tit. 7, §§. 74, 75, 76.)

IV. Mangel an gutem Glauben hindert die Erlangung des Eigenthums.

§. 24. Wer es weiß[29]), daß derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigenthümer sei, der kann weder durch Eintragung, noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erlangen[30]).

§. 25. Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß[31]), kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung[32]) oder Uebergabe nicht vorschützen[33]).

---

gabe das Stadium der bloßen Anweisung im Sinne des §. 74 a. a. O. überschritten und ist zu einer körperlichen geworden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 29. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 60).

27) Das Kulmische Recht hat Bd. IV, Tit. 5, Kap. 10 die Vorschrift, daß dem ersten Käufer einer Sache vor dem zweiten, welchem der Besitz derselben eingeräumt worden, der Vorzug gebühre, sobald vom Verkäufer mit Jenem ein Kontrakt aufgenommen worden. Diese Vorschrift findet auch auf Immobilien Anwendung, wenn der Kaufvertrag über sie gerichtlich oder notariell aufgenommen worden ist. Pr. des Obertr. 615, v. 16. Febr. 1839.

28) Wird hier für „wann" gebraucht, was in jener Zeit oft vorkommt.

29) Dazu ist nicht die eigene unmittelbare Sinneswahrnehmung, d. h. unmittelbare Kenntnißnahme durch Einsicht der Besitzurkunden des wahren Eigenthümers oder öffentlich glaubwürdige Benachrichtigung erforderlich. Denn „das historische Wissen ist mehr oder minder ein bloßes Fürwahrhalten aus Gründen der Erfahrung und des Vertrauens, und man muß schon das als Gegenstand des Wissens annehmen, für dessen Wahrheit überzeugende Gründe dieser Art vorhanden sind." Pr. des Obertr. v. 7. Oktbr. 1843. (Ulrich, Arch. Bd. X, S. 19.) Es kommt auf die Beschaffenheit der Umstände jedes einzelnen Falles an. Vom bloßen Hörensagen aus dem Munde unzuverlässiger Personen bis zu überzeugenden Gründen ist es weit. Das Ermessen der Richter entscheidet. Nicht leicht wird sich ein rechtschaffener Mann auf einen Handel einlassen, ohne den ihm darüber zukommenden Gerüchten auf den Grund zu gehen. — (4. A.) Ueber den Zeitpunkt, wo die Wissenschaft vorhanden sein muß, s. m. oben die Anm. 7a zu §. 10 und die hier folg. Anm. 30.

30) Wenn der Erwerber eines Grundstücks zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch oder der Uebergabe gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eigenen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht, als Mandatar eines Dritten erworben hat, so muß derselbe dem Machtgeber seines Autors in dem Besitze des Grundstücks weichen. Pr. des Obertr. 1418, v. 27. Januar 1844. (Entsch. Bd. X, S. 113.) Damals, als das Obertr. den Satz aussprach, drückte es damit nicht seine wahre Jurisprudenz aus. Denn es nahm an, daß in dem vorausgesetzten Falle das Eigenthum dennoch dem Machtgeber erworben worden sei. (Entsch. Bd. VII. S. 377.) Wenn das Rechtswahrheit ist, so kommt es auf das Wissen Dessen, der die Sache von dem Mandatar erwirbt, nicht an; denn wer von einem Nichteigenthümer, obgleich in gutem Glauben, erwirbt, wird nicht Eigenthümer und muß deshalb die Sache dem wahren Eigenthümer herausgeben; sein guter Glaube hat bloß Einfluß auf seine Gegenforderungen. Seitdem aber das Obertr. seine Praxis geändert und mittelst Pl.-Beschl. (Pr. 2052) vom 2. Oktober 1848 als Rechtssatz angenommen hat, daß der Machtgeber, in dem vorausgesetzten Falle, nicht sofort das Eigenthum der an den Bevollmächtigten übergebenen Sache erwerbe, sondern nur das persönliche Recht, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums an ihn (das Eigenthum hat also der Bevollmächtigte) zu fordern, — hat jener Satz entsprechende Bedeutung.

Diese Betrachtung der Anwendung des §. 24 erinnert daran, daß nicht etwa argumento a contrario geschlossen werden darf, daß, wer es nicht weiß, daß der Veräußerer nicht wahrer Eigenthümer sei, Eigenthum erwerbe. Der gute Glaube macht nicht zum Eigenthümer, und die Erwerbungsart (Eintragung, Uebergabe) giebt nur dann Eigenthum, wenn der Autor wahrer Eigenthümer war. §. 3 d. T., §§. 175 und 188, Tit. 7. Sonst wäre die Verjährung durch Besitz ein völlig überflüssiges Institut. Der im §. 24 ausgesprochene Satz: daß weder durch Eintragung, noch durch Uebergabe, ein Eigenthumsrecht erlangt werde, wenn der Autor nicht wahrer Eigenthümer ist, gilt für beide Fälle, mag es der Erwerber wissen, oder nicht. Was bei diesem unstreitigen Rechtszustande mit dem §. 24 eigentlich bezweckt worden, ist nicht findbar; die Vorschrift scheint aus der nicht aufgenommenen Vorstellung herzukommen, daß bei unbeweglichen Sachen die Eintragung, bei beweglichen die Uebergabe die Vindikation gegen den redlichen Erwerber ausschließe, nach der Rechtsparömie: Hand wahre Hand.

(4. A.) Auf den Fall, wenn der veräußernde eingetragene Besitzer zwar nicht Alleineigenthümer, aber doch Miteigenthümer des Grundstücks ist, findet der §. 24 keine Anwendung. Erk. des Obertr. v. 13. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 373).

31) S. o. die Anm. 29 zu §. 24 d. T.

32) S. o. die Anm. 23 zu §. 19 d. T.

33) (5. A.) Ein Gläubiger, welcher zur Zeit der Anmeldung des ihm von dem Eigenthümer

# Eilfter Titel.

## Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen.

### Erster Abschnitt.

#### Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften.

Literatur.

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 972—990. Dazu Glück, Erläuterungen ꝛc. Th. 16 u. 17. Ernst Christian Westphal, Lehrbuch des Gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinskontrakte, von der Cession, auch der Gewährung des Eigenthums und der Mängel. Leipzig 1789, 2te Ausg. ebd. 1807. Unterholzner, von den Schuldverhältnissen, Leipzig 1840, S. 216 f. Grath, Kauf und Verkauf, emtio venditio, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VI, S. 10 flg.

Preußische.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. II, S. 1 flg. Mein Recht der Forderungen. 2te Ausg. Bd. III, §§. 319 bis 331.

Begriffe und Grundsätze.

§. 1. Das Kaufsgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigenthums [1]) einer Sache [2]), und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür, sich verpflichtet [3]).

---

verliehenen Titels zur Hypothek von einem von demselben Eigenthümer herrührenden, alsdann bestehenden Titel eines Dritten zum Eigenthume Kenntniß hat, kann durch die Eintragung seiner Forderung in das Hypothekenbuch eine Hypothek mit rechtlicher Wirkung diesem Dritten gegenüber nicht erwerben. Erk. des Obertr. vom 28. Oktober 1867 (Entsch. Bd. LIX, S. 70).

Der Erwerber und im Hypothekenbuch eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks, welcher vorher von uneingetragenen Pfandtiteln Wissenschaft erlangt hat, die durch Willenserklärungen seiner Vorbesitzer eingeräumt sind, wird hierdurch nicht behindert, gegen jene Pfandansprüche sich seines dinglichen Rechts als Eigenthümer zu bedienen. Dies ist schon in dem Plenarbeschlusse vom 12. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 25 ff.) ausgeführt und folgt theils aus der accessorischen und fakultativen Natur des durch den Pfandtitel begründeten Rechts auf Eintragung, theils aus den §§. 411, 412, 438, 500, I, 20 des A. L.R. und dem §. 30, II der Hyp.-Ordnung, so daß die allgemeinen Grundsätze von der Kollision eines dinglich Berechtigten mit persönlichen Ansprüchen (Rechten zur Sache) — wie sie z. B. in dem §. 25 d. T. und in dem §. 5, I, 19 sanktionirt worden sind, keine Anwendung finden dürfen. Erk. dess. vom 24. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 82).

1) Die Absicht der Kontrahenten muß auf das Eigenthum an dem Gegenstande, im Gegensatze zu einem bloßen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, gerichtet sein. Das ist der Sinn der Bestimmung, keineswegs wird gemeint, daß es kein Kauf sei, wenn der Verkäufer nicht wirklich Eigenthum verschaffe, während nach R. R. gerade entgegengesetzt das Geschäft nicht als Kauf galt, wenn der Verkäufer das Eigenthum zu verschaffen (rem dare) versprochen hatte. L. 16 D. de cond. causa data. (XII, 4.) Dieser Unterschied fällt im heutigen Rechte ganz weg, das Geschäft ist in allen Fällen Kauf, mag man an die Verschaffung des wahren Eigenthums gedacht haben, oder nicht; erforderlich ist nur, daß die Sache ihrer Substanz nach, d. h. der fortdauernde vollständige Besitz der Sache, übertragen werden soll. Deshalb ist es kein Kaufsgeschäft, wenn z. B. ein Nutzungseigenthümer (Fideikommiß- oder Lehnsbesitzer), welcher selbst nur auf Lebenszeit das Nutzungsrecht hat, die Nutzungen des Grundstücks auf eine bestimmte Zeit für einen bestimmten Preis verkauft, und dem s. g. Käufer das Grundstück zur Abnutzung ohne Rechnungslegung übergiebt. Man hat ein solches Geschäft nicht richtig für einen Darlehns- und Pfandnutzungskontrakt erklärt; es ist ein Pachtkontrakt. Tit. 21, §. 251. — (5. A.) Vergl. auch über die Ausdrucksweise eines Kaufs unten, die Anm. 88a zu §. 135 d. T.

2) Oder eines Rechts; der Begriff von Sache ist hier im weiteren Sinne zu nehmen. §§. 1—3, Tit. 2. In diesem Abschnitte ist zwar insbesondere von dem s. g. Sachkaufe, d. h. von Käufen, deren Gegenstand eine körperliche Sache ist, gehandelt, die allgemeinen Grundsätze gelten aber auch von Käufen, deren Gegenstand eine Sache im weiteren Sinne ist. Auffallend ist die Behauptung des Obertr. in den Entsch. Bd. XVII, S. 156: „Nur Sachen, nicht Rechte können verkauft und vertauscht — werden." Der Wortlaut der §§. 381 und 445 d. T. ergiebt die Unrichtigkeit dieser Behauptung; sie beruhet, wie die Fortsetzung der Phrase zeigt: „nur Rechte, nicht Sachen können cedirt werden," auf einer Identifizirung oder Vermengung des Titels mit dem Uebertragungsakte. Die Tauglichkeit der Rechte als Gegenstände der emtio venditio ist auch eine uralte Sache. L. 8, §. 2 D. de periculo (XVIII, 6); L. 12 D. de pignoribus (XX, 1). Vergl. §§. 329, 609 flg. d. T.

3) Nach dieser Begriffsbestimmung ist es ein Erforderniß des Kaufsgeschäfts, daß der Gegenstand

§. 2. Was bei Verträgen überhaupt Rechtens ist, findet auch bei Kaufsgeschäften Anwendung[3a]).

besonders vom nothwendigen Kaufe.

§. 3. Der Eigenthümer einer Sache kann zum Verkaufe derselben wider seinen Willen nur alsdann gezwungen werden, wenn ein Dritter ein besonderes Recht zu deren Ankaufe durch ausdrückliche Gesetze[4]), Verträge, oder den Eigenthümer verpflichtende letztwillige Verordnungen erlangt hat.

---

nicht beiden Theilen gemeinsam sein muß: was der Verkäufer verkauft, muß ihm selbst zustehen, nicht schon dem Käufer mit angehören; sonst ist das Geschäft ein anderes als Kauf. Wenn also z. B. bei einer Erbtheilung ein Erbe eine zur Erbschaft gehörige Sache zum Alleineigenthume annimmt und die Miterben durch Ueberlassung anderer Stücke oder durch Geld abfindet, so ist darin nicht Tausch und nicht Kauf enthalten, sondern Theilung. Ein solcher, auch von dem Obertr. beurtheilter Fall ist im Schles. Arch. Bd. II, S. 26 mitgetheilt, doch ist die Innerlichkeit der Rechtsoperation, vermöge welcher der Annehmer nach wie vor der Theilung unmittelbarer Nachfolger des Erblassers ist und nicht etwa Singularsuccessor der Miterben wird (darauf kam es an), nicht klar aufgefaßt und dargelegt. Der organische Zusammenhang ist dieser: Mehrere Miterben sind zusammen Eigenthümer jeder einzelnen Erbschaftssache, jeder Einzelne auf das Ganze aber in Gemeinschaft mit den übrigen; keiner allein auf eine bestimmte Sache oder auf einen bestimmten Theil derselben. Der Ausscheidende macht den Zurückbleibenden Raum, und wenn Alle bis auf Einen austreten, so bleibt dieser Eine Alleineigenthümer, vermöge des Akkrescenzrechts. So wirkt das Akkrescenzrecht in Beziehung auf die Erbschaft als Ganzes durch die Entsagung einzelner Miterben; so wirkt es in Beziehung auf einzelne Erbstücke durch die Abfindung der Einzelnen bei der Theilung; der Abgefundene hat nichts zu übertragen, nichts zu thun, als zu erklären, daß er aus dem Gesammteigenthum ausscheide.

Andere Gestaltungen nehmen die Uebertragungen eines Miterben (vor der Theilung) an Dritte an. Das Obertr. hat den Satz ausgesprochen: Die von einem Erben an einen Dritten geleistete Cession des Erbtheils, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf Höhe einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen, den Erbtheil bildenden Gegenständen der Erbschaft. Der Cessionar erlangt vielmehr durch eine solche Abtretung nur einen persönlichen Anspruch an den Erben. Pr. 465, v. 7. Mai 1838 (Entsch. Bd. III, S. 302). Der erste Theil dieses Pr. ist unbedingt richtig. Die Uebertragungsart ist bei Veräußerungen eines einzelnen Miterben verschieden nach dem Gegenstande. Er kann veräußern wollen seinen Erbtheil, oder eine zu seinem Erbtheile gehörige einzelne Sache oder Forderung, oder auch einen Inbegriff von Sachen. Soll das Erbrecht (der Erbtheil) als Begriffsganzes veräußert werden, so kann es nur durch einen Verkauf geschehen (§§. 447, 474): sollen einzelne Sachen oder ein Inbegriff von Sachen veräußert werden, so muß es gleichfalls durch Verkauf und Uebergabe geschehen, wozu natürlich die Bestimmung der Spezien nothwendig ist; sollen einzelne Rechte übertragen werden, so kann dies nur durch Cession bewirkt werden, wobei die Legitimationsfrage für sich bleibt.

(5. A.) Hat ein Käufer das ihm auf Grund eines Kaufes zustehende persönliche Recht zur Sache, einem Anderen für einen bestimmten Preis mit der Verpflichtung abgetreten, ihm durch Uebergabe das, zuvor von ihm selbst zu erwerbende Eigenthum daran zu übertragen und ist diese Uebertragung auch in Wirklichkeit zu Stande gekommen, so sind damit alle Merkmale eines Kaufsgeschäftes erbracht, und es findet der Einwand der Verletzung über die Hälfte gegen ein solches Geschäft statt. Erk. des Obertr. vom 14. Oktober 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 247).

3a) (4. A.) Es gehört mithin zur Perfektion des Kaufs auch Willensübereinstimmung der Kontrahenten über alle Essentialien des Geschäfts. Aber dazu ist nicht unbedingt in allen Fällen eine durch Worte oder Schrift ausgedrückte Erklärung erforderlich, vielmehr kann der Konsens unter gewissen Umständen und Voraussetzungen auch durch Handlungen erklärt werden. So ist z. B. die bei einer Fabrik erfolgte und angenommene Bestellung von Waaren einer gewissen, nach Fabrikpreisen verkäuflichen Sorte ein Kaufkontrakt, wenngleich weder diese Waaren zur Zeit der Bestellung auf dem Lager vorräthig und daher noch anzufertigen waren, noch eine besondere Vereinbarung hinsichtlich des Preises stattgehabt hat; und dieser Kaufkontrakt gelangt durch die unternommene Ausführung der Bestellung zur Perfektion, — zumal bei einem schon bestehenden Verkehre der Parteien, ohne daß eine besondere Erklärung des Fabrikbesitzers über die Annahme der Bestellung vor deren Ausführung erforderlich ist. Daher entscheidet über den Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages weder das Datum, noch der Tag des Zugangs des Benachrichtigungsschreibens über die Absendung der Waaren. Erk. des Obertr. v. 6. Novbr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 280).

Bei der nothwendigen Subhastation wird das Kaufsgeschäft durch Abgabe des Meistgebots und Einwilligung der Interessenten in den Zuschlag perfekt. Erk. des Obertr. v. 28. November 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 341). Vorausgesetzt, daß der beiderseitige Konsens auf den nämlichen Gegenstand zusammentrifft. Unten, Anm. 35 zu §. 340 d. T., u. Anm. 68 zu §. 41, Tit. 55 der Proz.-Ordn.

4) Ein Beispiel: Th. II, Tit. 18, §§. 109—111. Dergleichen Ausnahmen von der Rechtsregel leiden niemals eine analoge Anwendung.

§. 4. Auch der Staat ist Jemanden zum Verkaufe seiner Sache zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohle des gemeinen Wesens nothwendig ist [5]).

§. 5. Zur Anlegung oder Verbreitung einer öffentlichen Landstraße, oder eines schiffbaren Kanals oder Flußbettes, können die Besitzer der angrenzenden Grundstücke soviel davon, als zu diesem Behufe erfordert wird, dem Staate käuflich zu überlassen gezwungen werden.

§. 6. Ein Gleiches hat statt, wenn der Staat der öffentlichen Sicherheit wegen einen Ort mit Festungswerken zu versehen nöthig findet.

§. 7. Bei entstehendem Getreidemangel ist der Staat, zur Abwendung einer drohenden Hungersnoth, berechtigt, die Besitzer von Getreidevorräthen zur Ausstellung derselben zum feilen Verkaufe, jedoch mit Vorbehalt ihres eigenen Bedürfnisses, zu nöthigen.

§. 8. In allen Fällen eines durch die Gesetze begründeten nothwendigen Verkaufs muß, wenn über den Preis kein Einverständniß stattfindet, derselbe nach dem Ermessen vereideter Taxatoren bestimmt werden [5a]).

§. 9. Bei dieser Bestimmung ist nicht bloß auf den gemeinen, sondern auch auf den außerordentlichen [5b]). Werth Rücksicht zu nehmen.

---

5) S. o. die Anm. 84 zu §. 75 der Einleitung. Es versteht sich, daß der Staat dieses sein Recht auch auf einen Dritten übertragen kann. Dies geschieht täglich durch die Konzessionen zu Chaussee- und Eisenbahnanlagen. Vergl. auch das Erk. des Obertr. vom 7. Januar 1831 (Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 225). (4. A.) Ferner beim Bergbaue (II, 16, §§. 109 ff.), bei Deichanlagen, Vorfluthssachen, Benutzung von Privatflüssen (Entsch. Bd. XX, S. 6 und Archiv f. Rechtsf. Bd. VI. S. 220). In allen Fällen muß derjenige, welchem das Recht der Expropriation eingeräumt sein soll, genannt werden, d. h. die Verleihung des Expropriationsrechts an Dritte setzt eine bestimmte Erklärung des Staatsoberhaupts voraus, sonst bleibt der Fiskus das expropriationsberechtigte Subjekt und haftet dem Expropriirten als Kontrahent. Die einseitige Bestimmung der ausführenden Behörde, daß der Expropriirte das Grundstück an gewisse Dritte herausgeben solle, kann in der Parteistellung des Fiskus, dem Expropriirten gegenüber, nichts ändern; der Fiskus mag sich an jene Dritte regressiren. Vergl. Erk. des Obertr. v. 21. Februar 1859 (Entsch. Bd. XL, S. 46).

(4. A.) Bei Expropriationen ist der Zwangsverkäufer nicht so wie bei freiwilligen Käufen zur Errichtung eines förmlichen Vertrags, Leistung der Uebergabe und Gewähr, Tilgung der Hypotheken ꝛc. verpflichtet. Er hat nur die Wegnahme seiner Sache, gegen Empfang des allenfalls durch den Richter festgesetzten Preises, zu dulden, und der Erwerber kann zur Tilgung derjenigen Lasten, welche angezeigt werden müssen, um auf den Käufer ohne Gewährleistung überzugehen, nur den Preis verwenden lassen. Vergl. Erk. des Obertr. v. 1. Mai 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 390). Auch können der Natur der Sache nach nicht sämmtliche Bestimmungen über die Gewähr bei Expropriationen maßgebend sein, namentlich findet bei ausgehobenen Mobilmachungspferden im Allgemeinen Gewährleistung wegen Mangels gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften (von vorbedungenen kann gar nicht Rede sein) nicht statt. Vergl. §§. 442—444 d. T. Erk. des Obertr. vom 28. Januar 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 339).

5a) (4. A.) Es versteht sich, daß jedem Theile Einwendungen gegen die Taxe zu machen freisteht, daß mithin auch, was bestritten worden, der expropriirende Fiskus Erinnerungen behufs Ermäßigung des Kaufpreises zu machen berechtigt ist. Erk. des Obertr. v. 24. Januar 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. II, S. 24). (5. A.) Davon wird er dadurch nicht ausgeschlossen, daß er, um in den Besitz des expropriirten Grundstücks zu kommen, dem provisorisch vollstreckbaren Expropriationsbescheide der Verwaltungsbehörde genügt und die darin festgestellte Entschädigungssumme, gegen deren vorgängige oder gleichzeitige Entrichtung erst die Uebergabe geschehen sollte, deponirt oder gezahlt hat; er kann demnächst so gut wie der Expropriat (§. 11) den Rechtsweg betreten, um den Preis endgültig durch den Richter bestimmen zu lassen. Erk. des Obertr. vom 10. Juni 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 96).

5b) (4. A.) Oben, Tit. 2, §. 114 u. die Anm. 90 dazu. — (5. A.) Wenn der Expropriat das nicht expropriirte Stück seines Eigenthums auch gegen vollständige Vergütung des außerordentlichen Werths nicht abtreten will, so darf er doch nicht verlangen, daß der Expropriant ihm das volle Nutzungsrecht der abgetrennten Ländereien durch Herstellung von Anlagen gewähre, deren Kosten in keinem Verhältnisse zu dem außerordentlichen Werthe derselben stehen. Der Expropriat hat einerseits nicht ungemessene Vortheile zu verlangen, er soll nicht zum Nachtheile des Staats und gemeinen Wesens sich bereichern, und der Staat, der zur Expropriation berechtigt ist, kann andererseits in keinem Falle, wenn nicht besondere Gesetze etwas Anderes bestimmen, zu mehr verpflichtet sein, als selbst der Beschädiger aus Vorsatz und grobem Versehen. Ist durch einen Durchstich zur Regulirung eines Flußbettes ein

§. 10. Ob der Fall einer Nothwendigkeit des Verkaufs zum gemeinen Wohl vorhanden sei, bleibt der Beurtheilung und Entscheidung des Oberhauptes[6]) des Staats vorbehalten.

§. 11. Ueber die Bestimmung des Preises aber soll dem bisherigen Eigenthümer[6a]) rechtliches Gehör nicht versagt werden.

Erfordernisse eines gültigen Kaufs, überhaupt

§. 12. Zum Abschlusse eines jeden Kaufs ist erforderlich, daß der Verkäufer, die Person, auf welche das Eigenthum übergehen soll, die zu verkaufende Sache[7]), und der dafür zu erlegende Preis[7a]) hinlänglich bestimmt sind[7b]).

in Ansehung der Person der Kontrahenten,

§. 13. Zur Bezeichnung der Person, auf welche das Eigenthum übergehen soll, ist es genug, wenn aus dem Vertrage erhellet, von wessen Entscheidung, oder von welcher Begebenheit die nähere Bestimmung abhängen soll[8]).

---

Grundstück getheilt, so ist der Expropriant nicht gehalten, es dem Expropriaten möglich zu machen, das abgetrennte Stück, welches zum Zweck der Expropriation unnöthig ist, wie früher zu benutzen und event. die Kosten dieser Mittel, so unverhältnißmäßig sie auch wären, zu erstatten. Hierzu ist der Expropriant nicht verpflichtet, er muß dem Expropriaten den außerordentlichen Werth des hergegebenen Landes und aller Werthsverringerungen seines Restgrundstückes erstatten, auch für Wirthschaftserschwernisse, nicht aber kostbare Anstalten treffen, damit die in ihrem Nutzungswerthe verringerten Ländereien wieder den früheren Nutzungsertrag gewähren können. Der außerordentliche Werth des abgetretenen Landes wird hergestellt auch durch die Vergütung der Wirthschaftserschwernisse des Restgrundstückes. Erk. des Obertr. vom 17. September 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 351). Vergl. auch Tit. 8, §. 31.

6) Auch noch heutzutage. Dieses Hoheitsrecht ist an keinen Beamten übertragen; dergleichen Bestimmung steht in der Kategorie landesherrlicher Verordnungen; sie ist enthalten in jeder Konzession, in welcher zugleich das Expropriationsrecht übertragen wird. (5. A.) Zum Wesen der Expropriation gehört nicht, daß der Expropriat nicht freiwillig das expropriirte Objekt abtreten will und dadurch der Expropriationsbescheid nöthig wird. Es kommen also auch in dem Falle, wenn der Expropriat sich der Aufforderung des Expropriationsberechtigten zur Abtretung freiwillig fügt, die §§. 8—11 und namentlich der §. 221 zur Anwendung. Erk. des Obertr. vom 15. Februar 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 256). — (3. A.) Der Rechtsweg mit Vindikationsklagen gegen Expropriationen, welche zu öffentlichen Zwecken ausgeführt worden sind, ist unzulässig. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. v. 8. April 1854. (J.M.Bl. S. 270.)

6a) (4. A.) Auch dem Pächter eines expropriirten verpachteten Grundstücks. Denn auch diesem muß der Expropriant, wenn er nicht schon dem Eigenthümer die dem Pächter zugefügten Nachtheile in der Benutzung des Guts erstattet hat, den Ersatz dieser Nachtheile unmittelbar leisten. Erk. des Obertr. v. 16. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 99). Vergl. unten, Anm. 33 zu §. 112, Tit. 16, Th. II und Ausf. in dem Pl.-Beschl. v. 1. Juli 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 4—10. (5. A.) Daß dem expropriirenden Fiskus rechtliches Gehör über die Preisbestimmung zustehe, ist nach allgemeinen Grundsätzen selbstverständlich. Anm. 5a.

7) Ein Waarenkauf nach Mustern enthält bereits die Bestimmung des Gegenstandes: der völlige Abschluß hängt nicht von der Vergleichung der bei dem Besteller angelangten Waaren mit den Mustern ab. Vergl. Erk. des Rhein. Revisionshofes v. 29. März 1834 (Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 313). Der Kauf ist ein Gattungskauf. Entspricht die gelieferte Waare dem Muster oder der Probe nicht, so ist nicht kontraktmäßig erfüllt.

7a) (4. A.) Zu den Essentialien des Kaufs gehört rücksichtlich des Kaufgeldes nicht die Bestimmung wegen Zahlung und Verzinsung des Kaufgeldes, sondern nur der Höhe desselben. Soll das Kaufgeld nicht gegen Empfang des Kaufgrundstückes gezahlt werden (§. 221), soll es bis zu einem späteren Zeitpunkte nicht verzinslich sein, so ist eine Einigung darüber nur eine Einigung über eine Nebenbestimmung, sie betrifft nicht das Wesen des Geschäfts, sondern die Modalitäten der Zahlung des feststehenden Kaufpreises. Erk. des Obertr. vom 19. September 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 53).

(5. A.) Unter den Begriff des Kaufpreises fällt nicht bloß die Summe, welche der Käufer an den Verkäufer direkt zu zahlen verspricht, sondern auch die weitere, welche Jener für Rechnung des Verkäufers an einen Dritten zu zahlen sich verpflichtet. Erk. des Obertr. vom 6. März 1863 (Entsch. Bd. L, S. 120).

7b) (4. A.) Oben, Anm. 3a zu §. 2 d. T.

8) Was die §§. 13—18 enthalten, ist eine unjuristische Erfindung von Suarez, welche den obersten Grundsätzen von Verträgen widerspricht. Gegen die dagegen eingekommenen Erinnerungen sucht er sie, in den Vorträgen über die Revision der Monita, wie folgt, zu rechtfertigen: „Der Fall,

§. 14. Die Begebenheit oder das Ereigniß aber, welchem die Bestimmung der Person, auf die das Eigenthum gelangen soll, überlassen worden, muß so beschaffen sein, daß sie innerhalb einer gewissen Zeit unfehlbar eintreffen, und daß dadurch diese Person zuverlässig und ungezweifelt bestimmt werde.

§. 15. Mangelt es an diesen Erfordernissen, so ist der Vertrag für nicht geschlossen zu achten.

§. 16. Ein Gleiches findet statt, wenn derjenige, dessen Ausspruch die Bestimmung des künftigen Eigenthümers überlassen worden, den Ausspruch zu thun sich weigert.

§. 17. Zögert derselbe mit diesem Ausspruche, und können die Parteien über eine gewisse Frist dazu sich nicht vereinigen, so muß der Richter, auf das Anrufen eines oder des andern von ihnen, die Frist bestimmen.

§. 18. Erfolgt auch binnen der durch den Richter bestimmten Frist kein Ausspruch, so ist der Vertrag für nicht geschlossen anzusehen.

§. 19. Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert, daß der Verkäufer über das Eigenthum der Sache zu verfügen berechtigt [9]), sowie, daß der Käufer eine solche Sache zu erwerben und zu besitzen fähig sei [10]).

Anh. §. 12. Obsolet [11]).

---

daß auch eine der den Vertrag schließenden Personen erst durch eine künftige Begebenheit näher bestimmt werden soll, läßt sich gegen die Meinung einiger Monenten ganz wohl denken, z. B. es kauft Jemand eine Stelle in einem Hospitale für den ersten Armen, der ihm morgen auf der Brücke begegnen wird. Die Meinungen, daß §§. 13 — 18 wegbleiben müßten, weil ein solcher Vertrag ein bloßes pactum de vendendo enthalte, oder weil der, welcher solchergestalt für einen Dritten kauft, selbst für den Käufer zu achten sei, weil er doch dem Verkäufer in jedem Falle verbindlich bleibe, sind beide unbegründet. Das Gesetz supponirt einen wirklichen Kauf, wo die Person des Käufers obwohl nur relativ bestimmt ist. Da auch der eine Theil, welcher den Kauf schließt, ausdrücklich erklärt, daß er nicht für sich selbst, sondern für einen Dritten kaufe, so kann er nicht als Käufer angesehen werden, sondern dieses ist der Dritte, der durch das Ereigniß oder den Ausspruch bestimmt werden soll. Ratio differentiae liegt darin, daß, wenn das Ereigniß oder der Ausspruch nicht erfolgen, nichts geschehen ist, und der, welcher den Kauf geschlossen, für seine Person kein jus agendi daraus hat. Zu §. 14 konfundiren die Monenten den hier beschriebenen Kauf mit einem bedingten. Von diesem ist gar nicht die Rede, sondern davon wird unten gehandelt. Hier ist emtio venditio pura vorhanden, und nur die Person des Käufers wird per relationem bestimmt. Hieraus folgt aber auch, daß die Begebenheit, auf welche Bezug genommen wird, innerhalb einer gewissen Zeit zuverlässig existiren müsse, weil sonst die Sache gar keinen exitum haben könnte, und eine inextrikable Ungewißheit des Eigenthums entstehen würde, die das Gesetz nicht zulassen will." (Ges.-Rev. Pens. XIV, S. 7.)

Dabei ist eine Hauptsache vergessen, nämlich die Willensfreiheit des eigentlich gemeinten künftig bekannt werdenden Käufers: dieser soll der wahre Käufer sein und doch wird er wie eine willenlose Sache behandelt, die eben nur relativ bestimmt zu werden braucht. Die Idee ist ein logischer Widerspruch. Das Geschäft soll eine emtio venditio pura, und zugleich soll derjenige, welcher zum Besten des Dritten kauft, doch nicht Kontrahent sein, sondern eine unbestimmte und unbekannte, auch nicht vertretene Person, von welcher man nicht weiß, ob es ihr gefällig sein wird, oder nicht, diesen für sie projektirten Kauf abzuschließen. Will sie davon nichts wissen, so ist, nach der Idee, wahrscheinlich kein Kauf zu Stande gekommen; wie soll also von Anfang eine emtio venditio pura vorhanden sein? Gefällt ihr hingegen das Geschäft, und soll es, ohne weitere Rücksicht auf den Verkäufer, durch ihr Wohlgefallen perfekt geworden sein, so ist ja offenbar erst jetzt der Kauf zu Stande gekommen und zwar zwischen diesem Dritten und dem Verkäufer. Eine Nebenfrage, die aber für das Praktische eine Hauptsache ist, bleibt nun das Schicksal des Verkäufers mit seinem Interesse. Dieser soll wieder als Sache behandelt werden, denn er soll sich den ersten besten Almosenempfänger, der seinem vorläufigen Kontrahenten „morgen auf der Brücke begegnen wird", als Käufer aufzwingen lassen. Eine solche Geschichte kommt im Leben nicht vor, und das ist das Beste an der Erfindung.

9) Vergl. Tit. 4, §. 2; L. 42 D. de usurp. (XLI, 3); L. 4, §. 32 D. de doli exc. (XLIV, 4). Das Obertr. deutet diese Satzung so: „Diese Vorschrift ist nicht dahin zu verstehen, daß, wenn zur Zeit der Errichtung des Kaufs der Verkäufer die Befugniß, über das Eigenthum der Sache zu verfügen, nicht gehabt hat, der Vertrag für die Kontrahenten unbedingt ungültig ist; vielmehr ist eine solche unbedingte Ungültigkeit nur in Beziehung auf den nicht zugezogenen Eigenthümer oder denjenigen, welchem die Dispositionsbefugniß über die Sache zusteht, vorhanden; in Beziehung auf die Kontrahenten dagegen hängt die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages von den besonderen Wirkungen

§. 20. Wer fremde Sachen oder Güter verwaltet, darf von denselben oder ihren Nutzungen, so lange sein Auftrag dauert, ohne die besondere Bewilligung des Eigenthümers nichts käuflich an sich bringen[12]).

§. 21. Der Auktionskommissarius und der Ausrufer sollen, von den Sachen, welche sie versteigern, weder selbst, noch durch oder für Andere etwas erstehen.

§. 22. Bei gerichtlichen Verkäufen kann diejenige Gerichtsperson, welche die Handlung dirigirt, sowie diejenige, welche dabei das Protokoll führt, nicht mitbieten.

§. 23. Hat eine dergleichen ausgeschlossene Person (§§. 21, 22) die Sache dennoch gekauft, so kommt es auf den Entschluß derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, an: ob sie das Gebot des an sich unbefugten Käufers genehmigen wollen, oder nicht.

§. 24. Genehmigen sie dasselbe nicht, so muß die Sache, auf Gefahr und Kosten des unbefugten Käufers, anderweit zum Verkauf gebracht werden[12a]).

---

ab, welche in jedem einzelnen Falle das Nichtvorhandensein des in dem §. 19 vorgeschriebenen Requisits auf das Rechtsverhältniß der Kontrahenten unter einander hat, und diese sind nach den allgemeinen Vorschriften der Vertragslehre und insbesondere nach den Vorschriften der Gewährleistung bei Kaufverträgen zu beurtheilen." Pr. 601, vom 5. Januar 1839. Die Gründe dazu s. m. im Rechte der Forderungen Bd. III, S. 609; II A. S. 725. Diese Auslegung ist unbefriedigend. Daß den dritten wahren Eigenthümer der Kaufkontrakt gar nicht berührt, ist eine sich von selbst verstehende Sache, für ihn existirt er nicht, und es kann nur sehr uneigentlich von einer Ungültigkeit in Beziehung auf ihn Rede sein. In den Gründen sagt das Obertr.: „Der Eigenthümer oder derjenige, dem die Dispositionsbefugniß über die Sache zusteht, kann daran (an den Verkaufskontrakt) nicht gebunden sein, ist vielmehr berechtigt, den Verkauf anzufechten." Das ist juristisch unrichtig; der Dritte hat ganz und gar keine Berechtigung, einen Kontrakt anzufechten, den er nicht mit geschlossen hat; die Kontraktsklagen stehen nur den Kontrahenten zu. Die Satzung hat nur in Beziehung auf Sachen, welche, wie Lehen- und Fideikommißgüter, für die Parteien nicht im Verkehre sind, juristischen Sinn, denn ein Kauf über solche Sachen ist allerdings nichtig. §§. 28, 29 d. T. Außerdem ist sie völlig bedeutungslos, ja im Widerspruche mit der Lehre von der Gewährleistung und mit der Verjährung durch Besitz. — (3. A.) Der Verkäufer kann sich zur Begründung des Einwandes der Rechtsungültigkeit des Kaufs auf den §. 19 nicht berufen, sagt das Obertr. in einem Erk. v. 5. Dezember 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 351). Vergl. Erk. v. 22. September 1858 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXX, S. 253). Auch der Käufer kann sich darauf nicht berufen, mag er gewußt oder nicht gewußt haben, daß der Verkäufer nicht wahrer Eigenthümer der Sache war. Denn dieses Nichtwissen enthält keinen Irrthum über das Wesentliche oder den Hauptgegenstand des Vertrags selbst. Erk. des Obertr. v. 15. Oktr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 57). Das versteht sich nach dem Gesagten von selbst; sonst könnte sich jeder Gewährsmann von der Eviktionsleistung willkürlich freisprechen; er dürfte nur sagen, daß er nicht verfügungsberechtigt gewesen sei. (4. A.) Gleichwohl hat der §. 19 einen juristischen Kern; der richtige Gedanke ist nur nicht zutreffend ausgedrückt, der Verfasser hatte etwas ganz anderes gesagt als er hat sagen wollen. Das juristisch Wahre an der Sache ist dies: die Veräußerung ist nichtig, d. h. die Uebertragung; der Kauf aber, nämlich der Vertrag ist völlig bündig und hat gerade die Wirkung, daß er den Käufer wegen der Nichtigkeit der Uebertragung zu seinem Interesse verhilft. Vergl. m. Recht der Forderungen, Bd. II, S. 337 ff. und Bd. III, S. 726. S. hierzu v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 289, 290.

10) S. auch Tit. 4, §. 2 und die Anm. 1a dazu, und Zus. 1 bis 7 zu §. 8, Tit. 8.

(4. A.) Ein Generaldepositorium eines Gerichts als solches kann z. B. das Eigenthum von Grundstücken nicht erwerben. Pr. des Obertr. v. 23. Mai 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 78).

11) In Folge der veränderten Militär- und Staatsverfassung. Die Vorschrift des Anh. §. 12 setzte die alte Kantoneinrichtung voraus, und wies, wenn Jemand, der kantonpflichtige Söhne hatte, oder deren Einrangirung erwarten konnte, alle seine Besitzungen verkaufte, die Gerichte an, dergleichen Veräußerung der Kanton-Revisionskommission anzuzeigen und wenigstens einen beträchtlichen Theil des Preises so lange in Beschlag zu nehmen, bis das Kaufgeld zu einem anderen Etablissement angelegt oder auf die Anzeige Verfügung ergangen sein würde.

12) S. o. die Zus. 3 und 4 zu §. 8, Tit. 8.

12a) (4. A.) Daher braucht bei nothwendigen Subhastationen der nächst vorhergehende Bieter, im Falle die Interessenten das Gebot des unbefugten Bieters nicht annehmen, sich den Zuschlag nicht gefallen zu lassen, er kann denselben aber auch nicht verlangen; vielmehr ist ein neuer Bietungstermin anzuberaumen. Erk. des Obertr. v. 3. Oktbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 161). Die Richtigkeit dieses Satzes ist von Striethorst in der Anm. S. 162 a. a. O. angezweifelt, jedoch

§. 25. Hat der unbefugte Käufer die erstandene Sache schon wirklich an sich genommen, so ist er bis zur beigebrachten Genehmigung der Interessenten für einen unredlichen Besitzer zu achten.

§. 26. Wie weit Vormünder Sachen ihrer Pflegebefohlenen verkaufen, selbst kaufen, oder im Namen derselben Kaufverträge schließen können, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 18.)

§. 27. Dadurch, daß die erkaufte Sache mit eines Andern Gelde [13]) bezahlt, oder für einen Andern bestimmt [14]) worden, wird das rechtliche Verhältniß zwischen dem Käufer und Verkäufer in keinem Falle geändert [15]).

§. 28. Alle Sachen, die dem freien Verkehre nicht entzogen sind, können der Gegenstand der Kaufshandlung sein. (Tit. 4, §§. 14—19.) in Ansehung des Gegenstandes.

§. 29. Wird eine Sache nach geschlossenem Kaufe, aber vor erfolgter Uebergabe, dem Verkehre entzogen, so ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten.

§. 30. Der Gegenstand der Kaufshandlung muß so bestimmt oder bezeichnet werden, daß darüber kein gegründeter Zweifel stattfinden könne [16]).

---

ohne erheblichen Grund. Jeder Bieter wird, wenn nicht das Gegentheil ausbedungen ist, durch ein Uebergebot befreit. Ob der Ueberbieter schließlich genehmigt werden wird, kann Jener nicht wissen, interessirt ihn auch nicht; für ihn ist es, um abzugehen, genug, daß das Uebergebot des an sich Unbefugten aufgenommen und dadurch zur Konkurrenz gelassen wird. Daher hat das Obertribunal ganz Recht, indem es sagt, daß den Bietern gegenüber das höhere Gebot des unbefugten Käufers als Mehr- resp. Meistgebot gelte. Wollen die Interessenten es hierauf nicht ankommen lassen, so müssen sie das Mehrgebot des Unbefugten nicht annehmen, sondern sofort für nicht geschehen erklären.

13) S. über die Regel: res succedit in locum pretii, oben die Anm. 26 zu §. 36, Tit. 2.

14) Vorausgesetzt, daß nicht in dem Kontrakte die Bestimmung ausgesprochen worden ist. Denn hätte z. B. der Käufer ausdrücklich für einen Dritten gekauft und wäre damit — wie natürlich, weil sonst der Kontrakt nicht vollzogen sein könnte — einverstanden; so würde allerdings dieser Dritte der Käufer, und die kontrahirende Person dessen Vertreter sein. Vergl. auch Th. II, Tit. 18, §. 252.

15) Wenn also auch die Regel: res succedit in locum pretii (Anm. 26 zu §. 36, Tit. 2) ausnahmsweise zur Anwendung kommt, wie z. B. in dem Falle des §. 276, Tit. 50 der Pr.-O. und §. 56, Tit. 17, Th. I des A. L.R., so hat dies doch nicht Einfluß auf das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer, sondern gründet ein Verhältniß nur zwischen dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolgern und dem Dritten, welcher sich auf jene Regel berufen kann. In den Kaufkontrakt kann dieser Dritte, mit dessen Gelde die Sache bezahlt worden ist, auch in dem gedachten Falle nicht eintreten, d. h. er kann die noch nicht geschehene Uebergabe an sich von dem Verkäufer nicht fordern; denn der Kontrakt besteht rechtlich wirksam nur zwischen den Personen, welche solchen im eigenen Namen und mit der Absicht, dadurch nur für sich ein Rechtsverhältniß zu begründen, geschlossen haben. Die actio emti steht mithin jenem Dritten nicht zu, und ein dingliches Recht gegen den Verkäufer, in Beziehung auf die fragliche Sache, ist ihm durch die Verwendung seines Geldes zur Bezahlung des Kaufpreises gleichfalls nicht erworben, mithin ermangelt ihm jedes Klagerecht auf Herausgabe der Sache. Aber gegen den Käufer kann er, aus dem nämlichen Grunde, aus welchem er die Sache selbst, wenn sie demselben schon übergeben wäre, abfordern könnte, auch auf Abtretung der Kaufsklage klagen. Bei weiterer Entwickelung des Rechts wird man in diesem Falle eine actio utilis zulassen, d. h. die Cession der actio emti fingiren (eine s. g. nothwendige Cession annehmen), weil die förmliche Cession überflüssig ist, wo sie durch den Richter erzwungen werden könnte.

16) Wenn bei noch obschwebender Separation einer Feldmark der Besitzer eines Bauerguts von dem auf dieses fallenden Sollhaben eine bestimmte Anzahl Metzen Roggen jährlicher Rente mit der Bestimmung verkauft hat, daß dem Käufer der nach jener Rente sich ergebende Betrag an Morgenzahl bei der künftigen Planlage eigenthümlich überwiesen werden soll, so ist dadurch der Gegenstand der Kaufhandlung hinreichend bestimmt. Pr. des Obertr. 1751, v. 30. Mai 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 168).

(4. A.) M. s. auch oben die Anm. 150 zu §. 151, Tit. 4. — Bei Waaren, die in beliebigen Mengen nach Maß oder Gewicht verkauft werden, ist die Bezeichnung der zu verkaufenden Quantität nach einem geringsten und höchsten Gewichte, z. B. 1000 bis 1500 Ctr. Syrup, zur Perfektion des Kontrakts hinreichend. Erk. des Obertr. vom 6. Juli 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 120).

(4. A.) Die Bestellung von Waaren aus einer Handlung „zur Probe und Auswahl", so wie die Bestellung eines der Auswahl des Reisenden der verkaufenden Handlung überlassenen Assortements von Waaren im Betrage von 150 bis 180 Thlr. enthält keinen perfekten Kaufvertrag. Erk. d. Obertr. vom 28. Juni 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 295).

§. 31. Ist die nähere Bestimmung des Gegenstandes, welcher verkauft sein soll, einer künftigen Begebenheit[17]) überlassen, so muß der Vertrag nach den Regeln der gewagten Geschäfte beurtheilt werden. (Abschn. 6.)

§. 32. Ist die verkaufte Sache nach Maß und Gewicht bestimmt, so wird im zweifelhaften Falle das marktgängige Maß und Gewicht des Orts, wo die Ablieferung geschehen soll[18]), verstanden.

§. 33. Ist dem Käufer die Wahl unter mehreren bestimmten Sachen vorbehalten worden[18a]), und eine oder die andere derselben wird, vor angestellter Wahl, es sei durch Zufall oder durch das Zuthun des Verkäufers, vernichtet, verdorben, oder sonst abhänden gebracht, so ist der Käufer an den Vertrag nicht mehr gebunden[19]).

§. 34. Hat der Verkäufer den Verlust vorsätzlich oder aus grobem[20]) Versehen veranlaßt, so muß derselbe dem Käufer das Interesse leisten.

§. 35. In beiden §. 33 bestimmten Fällen hängt es aber von dem Käufer ab, wenn auch nur eine von den mehreren Sachen noch übrig ist, bei dem Vertrage stehen zu bleiben; er kann jedoch alsdann kein Interesse fordern.

§. 36. Ist eine von den Sachen, unter welchen der Käufer die Wahl haben sollte, durch desselben eigenes Zuthun vernichtet oder abhänden gebracht worden, so muß der Käufer bei dem Vertrage stehen bleiben, selbst wenn für ihn keine Wahl mehr übrig wäre.

§. 37. Ist unter mehreren bestimmten Sachen dem Verkäufer die Wahl, welche derselben er dem Käufer gewähren wolle, vorbehalten, so findet in Ansehung seiner alles das statt, was §§. 33—36 wegen des Käufers verordnet ist.

§. 38. Ist aus dem Vertrage nicht zu ersehen: ob der Käufer oder Verkäufer die Wahl haben solle, so kommt dieselbe dem Käufer[21]) zu.

§. 39. War der Gegenstand des Kaufs schon zur Zeit des geschlossenen Vertrags nicht mehr vorhanden[22]), und dieses beiden Theilen noch unbekannt[23]), so ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten,

---

(5. A.) Soll der ursprüngliche Genuskauf in einen Kauf über individuell bestimmte Sachen, d. h. in einen Spezieskauf übergehen, so ist jedenfalls die Manifestation des Willens nicht bloß des Käufers, sondern auch des Verkäufers, also der beiderseitige übereinstimmende Wille dahin erforderlich, daß gerade die individuell ausgeschiedenen Sachen diese Species, das Kaufobjekt sein sollen. Erk. dess. vom 12. September 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 347).

17) Bei Verträgen, wodurch bestimmte Bergwerke oder Grubenantheile (Kuxe) veräußert werden, ist nicht die künftige sehr ungewisse Ausbeute, sondern die gegenwärtige Berechtigung, auf oder unter dem bestimmten Grunde und Boden Bergbau auf die bestimmt verliehenen Fossilien zu treiben (nicht die Grundstücke), Gegenstand des Kaufs; ein solcher Kauf ist mithin ein wahrer Sachkauf. Th. II, Tit. 16, §§. 266, 322.

18) Vergl. §. 256, Tit. 5 und die Anm. dazu.

18a) (4. A.) Dieses dem Käufer eingeräumte Wahlrecht geht durch bloße Nichtausübung innerhalb der festgesetzten Frist noch nicht verloren. Erk. des Obertr. v. 16. Dez. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 180).

19) Vergl. §. 87. Nach R. R. hat die Wahl nicht die Bedeutung einer Bedingung der Obligation; die alternative Obligation wird daher eine einfache, wenn aus irgend einem Grunde keine Wahl stattfinden kann. L. 72, §. 4 D. de solut. (XLVI, 3); L. 16 pr. D de verb. obl. (XLV, 1). Das A. L.R. hat darüber keinen allgemeinen Grundsatz; hier beim Kaufe wird die entgegengesetzte Regel angewendet. Es ist anzunehmen, daß die Bestimmung eben nur eine Anwendung des vorausgesetzten allgemeinen Grundsatzes sein soll. — Auch darüber fehlt die Bestimmung: was geschehen soll, wenn der Käufer nicht wählen will, und der Verkäufer auf die Erfüllung dringt und sich durch Deposition befreien will. Wenn die Wahl als Bedingung behandelt wird, so muß der Grundsatz des §. 105, Tit. 4 zur Anwendung kommen, d. h. der Käufer muß das Pretium zahlen, und das Stück sich gefallen lassen, was der Richter zur Deposition annimmt.

20) Nach der Regel sollte auch das mäßige Versehen verantwortlich machen. §. 278, Tit. 5.

21) Eine Ausnahme von der Regel (Tit. 5, §§. 274 und 156; Tit. 12, §. 388; Tit. 16, §. 192), wozu ein Grund weder angegeben, noch in den Eigenthümlichkeiten des Kaufs zu finden ist. S. auch die Anm. 30 zu §. 274, Tit. 5. Auch nach R. R. hat der Verkäufer die Wahl.

22) Die §§. 52—55, Tit. 5 dürfen auf diese Frage nicht bezogen werden; sie setzen eine be-

§. 40. Wußte nur der Verkäufer, daß die Sache nicht mehr vorhanden sei, so muß er dem Käufer das Interesse leisten.

§. 41. War es nur dem Käufer bekannt, und es ist keine andere erlaubte Absicht bei dem Geschäfte mit Zuverlässigkeit auszumitteln, so muß dasselbe in Ansehung des versprochenen [24]), oder schon wirklich bezahlten Kaufpreises, nach den Regeln von Schenkungen [25]) beurtheilt werden.

§. 42. War ein Theil [26]) von der Substanz der verkauften Sache schon zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags nicht mehr vorhanden, und dieses beiden Theilen unbekannt, so ist der Vertrag für nicht geschlossen anzusehen.

§. 43. War es nur dem Käufer bekannt, so besteht der Vertrag, auch in Ansehung des verabredeten Kaufpreises.

§. 44. War es nur dem Verkäufer bekannt, so ist der Käufer an den Vertrag nicht gebunden, und kann von ersterem die Leistung des Interesse fordern.

§. 45. Will der Käufer bei dem Vertrage stehen bleiben, so finden die Vorschriften von der Gewährsleistung statt. (§§. 192—214.)

---

dingte Unmöglichkeit voraus, während hier von dem gänzlichen Mangel des als gegenwärtig vorhanden fingirten Gegenstandes Rede ist. Der hier anerkannte Rechtssatz ist römisch. L. 15 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1): „etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est." Vergl. L. 8 pr. eodem.

23) War es hingegen beiden Theilen bekannt, so ist der Kauf gleichfalls nichtig. „Quod si uterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando." L. 57, §. 3 D. eodem. Vergl. §. 446 d. T. Der Grund ist Unmöglichkeit der Ausführung (§§. 51 u. 52, Tit. 5), wie in dem Falle der §§. 28, 29. Deshalb sagt die L. 8 D. eod.: „nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi," d. i. der Kauf ist gar nicht vorhanden. Zu vergl. L. 7 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4). Ist auch angenommen von dem III. S. des Obertr. in der am 20. Febr. 1849 entschiedenen Sache Zittmann w. Burchardt, $^{319}/_{3855}$ III, 48. Hat der Käufer auf solchen Kontrakt gezahlt, so kann er das Gezahlte nicht kondiziren, weil er nicht in Irrthume war. Es ist nicht nothwendig, positiv eine Schenkung zu fingiren, um die Kondiktion auszuschließen, die an sich nicht gegeben ist.

Der röm. Jurist (Paulus) läßt den Grundsatz auch dann gelten, wenn die Sache nur zum Theile untergegangen war und die Parteien wider besseres Wissen so kontrahiren, als wenn solche vollständig vorhanden, indem Jeder zur Hintergehung des Anderen sich verstellte. Der Rechtsgrund (dolo inter utramque partem compensando) ist genügend, um einem solchen Rechtsgeschäfte rechtliche Anerkennung zu versagen („et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente." L. 57, §. 3 D. de contr. emt. [XVIII, 1]). Das Obertr. hat sich in einem Erk. v. 31. Jan. 1800, gegen die Meinung der Gerichte I. u. II. Instanz, in einem ähnlichen Sinne ausgesprochen. (Stengel Bd. XVI. S. 168.) Die Kaufsklage fällt hiernach weg. Eine andere Frage ist: ob, wenn der eine Theil, namentlich der Verkäufer, das noch Vorhandene übergeben und der Käufer es angenommen hat, hieraus als aus einem unbekannten Realkontrakte auf Gegenleistung (oder Rückgabe) geklagt werden könne. Das ist zu bejahen, ein gegenseitiger Dolus kommt hierbei nicht vor, jeder sieht und weiß, was er giebt und empfängt.

24) Darin geht also diese Bestimmung weiter als der sich auf das Gegebene beschränkende §. 55, Tit. 5; beide Fälle sind aber auch ungleich, denn im §. 55 konnte der, welcher sich das bedingt Unmögliche versprechen ließ, das Eintreten der Möglichkeit bis zur Erfüllungszeit erwarten (§. 56), daher der Wegfall seiner Verbindlichkeit sich von selbst versteht, wenn er sich irrte. Hier, in dem Falle unseres §. 41, ist es ganz anders; hier konnte der wissende Käufer nichts erwarten. Man hat bei dieser Bestimmung den röm. Rechtsgrundsatz der L. 57, §. 2 D. eodem im Sinne gehabt, doch aber etwas wesentlich ganz anderes daraus gemacht, indem das R. R. das Geschäft folgerichtig als Kauf behandelt, hier aber dasselbe in eine Schenkung verwandelt wird, was ein ganz anderes praktisches Resultat giebt. S. die folg. Anm.

25) Es kommt mithin darauf an: ob die vorgeschriebene Form der Schenkung beobachtet ist; auch müssen die Gründe des Widerrufs hier Anwendung finden.

26) Gleichviel von welcher Beträchtlichkeit. Das A. L.R. verwirft also die Unterscheidung der L. 57 pr. D. eodem zwischen beträchtlicher und unbeträchtlicher Minderung der Sache, und läßt den Vertrag immer als nicht geschlossen gelten. Doch ist auch nach dieser Bestimmung, wie nach der L. 57 pr. in dem Falle der beträchtlichen Minderung, der Grundsatz beibehalten (§. 45), daß nur dem Käufer, als der allein interessirenden Partei, das Aufgeben des Geschäfts gestattet ist, so daß er einfach den Vertrag vollständig erfüllen oder ganz aufgeben muß. Vergl. hierüber auch die Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 250.

in Ansehung des Kaufpreises.

§. 46. Der Kaufpreis muß in einer bestimmten [26a]) Summe [27]) Geldes bestehen.

§. 47. Er muß entweder in sich, oder in Beziehung auf ein künftiges Ereigniß [28]) bestimmt sein.

§. 48. Wird der Kaufpreis durch Beziehung auf das Gutfinden eines Dritten [29]) bestimmt, so müssen beide Theile sich dem Ausspruche dieses Dritten unterwerfen [30]); und auch der Käufer kann des Einwandes einer Verletzung über die Hälfte (§. 58 sqq.) sich niemals bedienen.

§. 49. Nur dann, wenn einer oder der andere Theil den Dritten durch Betrug vermocht hat, den Preis so und nicht anders zu bestimmen, ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten, und der Betrüger zur Leistung des Interesse verpflichtet.

§. 50. Haben die Kontrahenten die Bestimmung des Preises mehreren Personen überlassen, und diese können sich wegen des Ausspruchs nicht vereinigen [31]), so macht die Summe, welche der Durchschnitt ihrer zusammengerechneten Bestimmungen darstellt [32]), den wahren Kaufpreis aus.

---

26a) (4. A.) Ist der Preis der verkauften Waare nach Maßgabe des nach ihrer vorgängigen Verarbeitung seitens des Empfängers sich ergebenden Gewichts derselben vereinbart worden, so wird der Kontrakt erst mit der Feststellung des Gewichts durch jene Verarbeitung perfekt. Daher ist, wenn der Empfänger vor dieser Verarbeitung in Konkurs verfällt, der Kaufkontrakt ungültig, weil es an einem bestimmten Kaufpreise fehlt. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 72).

27) Und ernstlich gemeinten; sonst ist eine Simulation vorhanden. Diese kann bloß die Summe betreffen, indem dieselbe entweder höher oder niedriger als die wirklich verabredete angegeben ist (§. 72). Sie kann aber auch das Geschäft selbst betreffen und ein ganz anderes verhüllen (§. 70). (4. A.) Vergl. unten, Anm. 42a zu §. 603 d. T.

(4. A.) Nach preußischer Rechtsauffassung ist es kein wesentliches Erforderniß des Kaufs, daß der Kaufpreis lediglich in einer Geldsumme bestehe, er kann auch zusammengesetzt sein aus einer Geldsumme und aus anderen Vortheilen des Verkäufers. Wesentlich ist dann aber, daß die anderen Vortheile hinlänglich bestimmt sind. Wenn z. B. neben einer Geldsumme versprochen ist, daß dem Verkäufer das verkaufte Grundstück verpachtet werden soll, und weder Pachtgeld noch Pachtzeit festgesetzt ist, und wenn verabredeter Wiederkauf in den Vertrag nicht aufgenommen worden ist, so ist der Kaufpreis, um welchen das Grundstück verkauft wird, unbestimmt, folglich der Kauf wegen eines essentiellen Mangels nicht perfekt. In diesem Sinne ist ein solcher Fall entschieden durch das Erk. des Obertr. v. 6. Sept. 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 28).

28) D. h. dergestalt, daß beide Theile darüber einverstanden sind und unter ihnen selbst kein Zweifel bei der Abschließung ist, daß und wie der Preis bestimmt sein solle.

(4. A.) Durch Beihülfe eines der Kontrahenten rücksichtlich des Eintritts des verabredeten von der Willkür der Parteien unabhängigen Ereignisses wird das Kaufgeschäft vereitelt. Erk. des Obertr. v. 23. Nov. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 14).

29) Dieser muß in dem Vertrage so bestimmt bezeichnet sein, daß über die Person Gewißheit ist; sonst ist der Kontrakt unvollendet. Ergänzung durch den Richter ist in diesem Falle so wenig denkbar wie alsdann, wenn irgend ein anderer wesentlicher Bestandtheil des Kaufs unbestimmt geblieben ist und hinterdrein die Parteien darüber nicht einig werden. Haben aber die Parteien verabredet, daß der Preis durch vereidete Sachverständige, welche das Gericht (worunter das forum rei sitae zu verstehen) ernennen würde, geschätzt werden solle, so ist das zur Bestimmung des Preises hinreichend. Auf diesem Wege werden alle s. g. nothwendigen Käufe zur Vollendung gebracht, wenn die Betheiligten sich nicht vereinigen. §. 8 d. T. Vergl. den in dem R. v. 26. Januar 1806 (Rabe Bd. VIII, S. 480) beurtheilten Fall.

30) Kann oder will der Dritte den Ausspruch nicht thun, so gilt auch hier der §. 51 bestimmte Grundsatz. Vergl. §§. 72, 73, Tit. 5. Ein solcher Kauf ist mithin ein bedingter; er fällt ganz weg, wenn die Bedingung, die eine wahre ist, nicht eintritt. Ist vorher die Uebergabe geschehen, so ist dadurch auch nur bedingt das Eigenthum übertragen, welches von selbst auf den Verkäufer zurückfällt, wenn es entschieden ist, daß die Bedingung vereitelt worden.

31) Es versteht sich, daß dieselben sich berathen dürfen und müssen. Kommt ein einhelliger Ausspruch zu Stande, so hat derselbe doch nicht die rechtliche Natur und Wirkung eines schiedsrichterlichen Spruchs (Laudums), vielmehr tritt er nur an die Stelle der Willenserklärung der Parteien.

32) Dies ist eine ausdehnende Interpretation der Willenserklärung der Parteien. Nach dem Wortverstande (strikten Auslegung) müßte die Bedingung für wegfallend angesehen werden, wenn die Personenmehrheit nicht einig werden kann; denn in diesem Falle bestimmt sie eben nicht den Preis, ebenso wie eine einzelne Person, welche mehrere Summen ausspricht und doch mit sich selbst nicht ei-

§. 51. Wenn auch nur einer dieser Schiedsrichter[33]) seinen Ausspruch nicht thun kann, oder denselben zu thun beharrlich[34]) verweigert (§§. 16, 17, 18), so ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten.

§. 52. Auch durch Beziehung auf eine anderwärts schon feststehende Summe[34a]) kann der Kaufpreis bestimmt werden[35]).

§. 53. Doch ist eine solche Bestimmung nur in so weit für hinreichend zu achten, als die Summe, auf welche die Kontrahenten sich bezogen haben, mit Zuverlässigkeit ausgemittelt werden kann.

§. 54. Ist der Kauf mit Beziehung auf den Marktpreis eines gewissen Orts, ohne weitern Beisatz, geschlossen worden, so ist der mittlere Marktpreis[35a]) zur Zeit der erfolgten Abschließung zu verstehen.

§. 55. Mehr, als der Verkäufer, bei Abschließung des Kontrakts, sich ausdrücklich vorbedungen hat, kann unter dem Namen eines Weinkaufs, Schlüssel-, Halfter- oder Trinkgeldes, nicht gefordert werden.

§. 56. Ist die Münzsorte des Kaufpreises nicht bestimmt, so wird sie für Silber-Courant angenommen. (Tit. 5, §§. 257, 258, 259.)

§. 57. Fällt weg[36]).

§. 58. Der Einwand, daß der Kaufpreis mit dem Werthe der Sache in keinem Verhältnisse stehe, ist für sich allein den Vertrag zu entkräften nicht hinreichend. Von der Verletzung über die Hälfte[37]).

---

nig werden kann, welche als der eigentlich angemessene Preis von ihr bezeichnet werden soll. Man könnte aus eben denselben Gründen, wodurch der Durchschnitt bei der Personenmehrheit gerechtfertigt werden soll, auch in diesem Falle eine Fraktionsrechnung anwenden. (4. A.) Das östr. G.B. läßt, wenn keine Stimmenmehrhtit erzielt wird, den Kauf für nicht eingegangen erachten.

33) Uneigentlich so genannt; sie sind nur „viri boni", keine Privatrichteranstalt. S. o. die Anm. 31.

34) Man sollte glauben, eine bestimmt ausgesprochene Weigerung müßte genügen. Das Gesetz verlangt jedoch durch diesen Ausdruck eine wiederholte Aufforderung.

34a) (4. A.) Z. B. wenn der Preis, welcher bei einer früheren Veräußerung ausbedungen worden ist, zum Grunde gelegt ist. Vergl. östr. G.B. §. 1058.

35) Das geschieht stillschweigend, wenn man öffentlich feilgebotene Sachen in der ausgesprochenen oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht, darüber als Eigenthümer zu verfügen, sich übergeben läßt: es ist dann der dort übliche Kaufpreis für bewilligt und angenommen anzusehen. Pr. des Obertr. v. 7. Jan. 1831. (Simon, Rechtsspr., Bd. III, S. 224.) (5. A.) Wieder anerkannt und angewendet in dem Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 324). (5. A.) Denselben Satz hat das Obertr. auch so formulirt: „Wenn Gegenstände, Waaren, welche einen gewissen Marktpreis haben, von Personen, die aus dem Verkaufe solcher Sachen ein Geschäft zu machen pflegen, an einen Anderen, der solche Sachen kaufen will, zu diesem Zwecke abgegeben werden, ohne daß über den Preis eine spezielle Beredung stattgefunden hat, so ist anzunehmen, daß beide Theile darüber einverstanden sind, daß der Marktpreis, welchen die Waare zur Zeit der Uebereinkunft und Ueberlieferung hatte, als Kaufpreis für selbige bezahlt werden solle. Erk. vom 15. Dezember 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 4). Wie soll es sein, wenn Beide nicht zusammen fallen und der Marktpreis zur Zeit der Ueberlieferung ein anderer ist als der zur Zeit der Uebereinkunft? Das H.G.B. Art. 353 sieht auf die Zeit und den Ort der Erfüllung. — Ist aber ein bestimmter Preis, wie z. B. bei den meisten Viktualien, nicht üblich, kommt es vielmehr in jedem einzelnen Falle auf Dingung an und wird für die Sachen dem Einen mehr, dem Anderen weniger abgenommen, je nachdem der Feilbietende von dem Abnehmer mehr oder weniger erlangen kann, so ist kein eigentlicher Kauf (Konsensualkontrakt) zu Stande gekommen (§. 53 d. T.), sondern das Geschäft ist ein Innominatkontrakt nach der Form do ut des. Es kommt dann auf die Ausmittelung des Kaufwerths der gegebenen Sachen durch Gutachten an.

35a) (4. A.) Diese Bestimmung ist in Betreff der Handelsgeschäfte modifizirt durch den Art. 353 des H.G.B. (unten, Th. II, Tit. 8).

36) Ges. v. 30. Sept 1821, §. 7 (G.S. S. 159); Münzgesetz vom 4. Mai 1857, §. 7 (G.S. S. 305); s. auch Zus. zu §. 77, Tit. 16. (3. A.) Nach dem §. 57 sollte ein Kaufpreis von 10 Thlrn. und weniger nur in Scheidemünze, über 10 Thlr., doch unter 30 Thlr., im Mangel ausdrücklicher Bestimmung, halb in Kourant und halb in Scheidemünze entrichtet werden dürfen.

37) Das Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung, welches die neueren Civilisten laes-

§. 59. Ist jedoch dieses Mißverhältniß so groß, daß der Kaufpreis den doppel-

---

sio enormis nennen, ist nach R. R. ein Klagegrund für den Verletzten, und dieses hängt organisch zusammen mit dem Verpflichtungsgrunde bei derjenigen Gattung zweiseitig verbindender Konsensualverträge, bei welchen die Leistung des Einen Vergeltung für die Leistung des Anderen sein soll, indem gerade diese Leistung, nicht die formlose Willenserklärung, als causa efficiens der Obligation des Anderen aufgefaßt wird, während bei den Verbal- und Literalverträgen der Verpflichtungsgrund lediglich in der gehörig angewendeten Form liegt. Gajus III, §. 137. Es folgt mithin aus der rechtlichen Natur dieser zusammengesetzten Doppelobligation, daß jeder Theil durch den Empfang der Leistung des Anderen zu einer billig entsprechenden Gegenleistung verpflichtet wird, wenn nicht der Andere mit einer geringeren Leistung sich freiwillig zufrieden erklärt hat. Dieser ungezwungene freiwillige Konsens wird nicht angenommen, wenn der Verkürzte in Folge seiner Unkenntniß sich im Irrthume über den Werth befunden hat, oder durch Noth zur Eingehung eines ihn verkürzenden Handels gedrängt worden ist. Andererseits waren die Römer viel zu sehr Praktiker, als daß sie den Verkehr durch jedes Mißverhältniß der Leistung zur Gegenleistung unsicher machen ließen, zumal es der Handel und Wandel mit sich bringt, daß Jeder seinen Vortheil sucht, ohne welches der Verkehr aufhören würde. Deshalb mußte eine gewisse Grenze zwischen erlaubtem Gewinne des Einen und unerlaubter Verkürzung des Anderen gegeben werden. Man hätte die Feststellung derselben in jedem einzelnen Falle dem Ermessen überlassen können, und wahrscheinlich ist es auch so gewesen. Selbst die als Hauptstelle hierher gehörige L. 2 C. de rescindenda venditione (IV, 44) sagt bloß: „minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit," vermuthlich weil in der Vorstellung behauptet worden war, daß weniger als die Hälfte des wahren Werths gegeben worden sei. Die Kaiser antworten darauf anfangs allgemein, es sei, wenn der Bittsteller die Sache von höherem Werthe für einen geringeren Preis verkauft hätte („rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit"), billig, daß ihm die Sache gegen Erstattung des Empfangenen zurückgegeben oder ihm das am justo pretio Fehlende nachgezahlt werde; es sei aber ein zu geringer Preis, wenn u. s. w. Daraus ist nicht zu entnehmen, daß der Fall einer laesio enormis nur dann vorhanden sei, wenn das Kaufgeld weniger als die Hälfte des wahren Werthes betrage: darüber trifft das Reskript keine Bestimmung. Man hat es aber so aufgefaßt, woraus dann die Lehre von der Verletzung unter oder über die Hälfte entstanden ist. Auch enthält das Reskript nur eine Rechtsanwendung auf den Fall des Verkäufers eines Grundstücks, woraus andere Meinungsverschiedenheiten in Beziehung auf den Bereich des Rechtsgrundsatzes hervorgegangen sind. Doch ist man so ziemlich darüber einig, daß die Regel aus den Eigenthümlichkeiten der in Rede stehenden Gattung von Verträgen fließe und allen dazu gehörigen Arten, wobei das, was die Kontrahenten einander wechselseitig geben, eine ehrliche Vergeltung für das Andere von ungefähr gleichem Werthe sein soll, gemeinsam sei, nicht aber als eine Singularität für den Fall des Verkaufs eines Grundstücks (das Reskript bezieht sich zufällig auf einen fundum venundatum) zu Gunsten des Verkäufers angesehen werden könne. Dies das R. R. im Ganzen, welches zum Verständnisse des A. L.R. hier nothwendig ist.

Die Verfasser des A. L.R. haben dieses Remedium des Verkürzten nicht aufgefaßt als ein mit den Eigenthümlichkeiten gewisser Verträge organisch Zusammenhängendes; sie haben es als ein positiv eingeführtes Institut angesehen, welches nicht zu rechtfertigen, ja nachtheilig sei. Sie haben es daher abzuschaffen für gut gefunden, und nur eine ausnahmsweise Anwendung davon auf den Fall des Käufers, Tauschers und Lieferungsempfängers gemacht. Die Vorarbeiten geben darüber folgenden Aufschluß:

In dem ersten ungedr. Entwurfe hieß es:

§. 32. Der Einwand, daß der Kaufpreis mit der verkauften Sache in keinem Verhältnisse stehe, entkräftet den Kauf selber noch nicht.

§. 33. In wiefern ein unverhältnißmäßiger Preis die Vermuthung eines Betrugs begründe, muß nach den Umständen beurtheilt werden.

Hierüber bemerkte Suarez zum Zwecke der Umarbeitung bei Revision der Monita:

Ad §§. 32 u. 33. Da man sich darüber, daß rescissio emt. vend. ob laesionem enormem nicht ferner stattfinden solle, schon fast determinirt zu haben scheint, so enthalte ich mich fernerer Erörterungen.

Nur das kann ich nicht umhin, zu wünschen, daß man die praesumtio doli, oder vielmehr eines den Kontrakt vernichtenden Irrthums ex laesione enormi gesetzlich etabliren möchte, nämlich in dem Falle, wenn der Käufer solchergestalt lädirt worden. Bei 99 Fällen unter 100 wird es doch gewiß zutreffen, daß, wenn Jemand eine Sache soweit über ihren wahren Werth bezahlt, dabei allerhand listige Vorspiegelungen, Ueberredungen, Uebereilungen und andere Kunstgriffe zur Ueberlistung des unerfahrenen, leichtsinnigen und unbesonnenen Käufers von Seiten des Verkäufers mit im Spiele sind. Es würde der Moralität gar zu schädlich sein, wenn dergleichen circumventiones durch die Gesetze begünstigt werden sollten. Man könnte zwar sagen, daß in einem solchen Falle der Käufer actionem doli anstellen könne; allein der Beweis des doli ist zu schwer und um deswillen hat eben jus romanum bei der laesio enormis einen sogenannten dolum ex re, d. h.

ten Betrag des Werths der Sache übersteigt, so begründet dieses Mißverhältniß, zum

der sich aus der Sache selbst ergiebt, angenommen. Nur darin ist vielleicht das Römische Recht zu weit gegangen, daß es die aus der Läsion entstehende Vermuthung als eine praesumtio juris et de jure etablirt, und die Existenz einer Verletzung über die Hälfte für sich allein, ohne alle Rücksicht auf die übrigen Umstände, zur Rescission des Kontrakts für hinreichend erklärt hat. Ich würde also annehmen, daß, wenn ein überwiegendes Mißverhältniß zwischen dem gemeinen und gewöhnlichen Werthe und dem stipulirten Kaufpreise sich ergiebt, die Vermuthung für den Käufer streite, daß er sich in den bei der Sache gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften geirrt habe. Diese Vermuthung aber kann durch eine nähere Untersuchung der Kaufsunterhandlung elidirt werden. Wenn z. B. bei dieser Untersuchung sich findet, daß der Käufer keineswegs übereilt, daß ihm alle Gelegenheit und Zeit, sich von der Beschaffenheit der Sache und ihrem Werthe zu informiren, gelassen worden, daß er wohl gar dieser Gelegenheit sich bedient, und hiernächst dennoch den Kontrakt für das verabredete pretium abgeschlossen habe, so ist jene Präsumtion elidirt, und der Käufer kann, wenn er auch wirklich in einem Irrthume versirt haben sollte, dennoch, da dieser Irrthum offenbar verschuldet gewesen, von seiner einmal abgegebenen Willenserklärung nicht wieder zurücktreten.

Der gedruckte Entwurf brachte denn in den §§. 52—54 (welche sich in den §§. 58—60 d. T. wieder finden) die Abschaffung des Remediums als Regel und die Ausnahme zum Vortheile des Käufers. Die Einwendungen gegen solche Neuerung wiederholten sich; Suarez aber antwortete darauf:

Die Einwendung einiger Monenten, daß laesio enormis ganz abgeschafft werden müsse, weil sie höchst selten erwiesen werden könne, eine Menge unnützer Prozesse erzeuge, und der Festhaltung der Verträge zuwider sei, verdient aus den bei der ersten Ausarbeitung vorgekommenen Gründen keine Rücksicht.

Eben diese Monenten wollen, wenn man laesionem enormem beibehalte, daß es alsdann bloß darauf und nicht auf die §. 54 (§. 60 d. T.) angegebenen Umstände ankommen solle; — allein m. v. ohne Grund. Da das einzige Fundament, warum man die Rescission eines Kaufs ob laesionem enormem annehmen kann, darin besteht, daß der Käufer sich in den Eigenschaften der Sache, welche den Werth derselben bestimmen, geirrt habe, so muß es allerdings auf diejenigen Umstände ankommen, woraus erhellet, daß entweder kein Irrthum vorgefallen sei, oder daß der Käufer in supina negligentia dabei versirt habe.

Aus gleichem Grunde kann auch, gegen den Antrag fast der Hälfte der Monenten, die exceptio laesionis dem venditori nicht nachgelassen werden, weil bei diesem ein solcher Irrthum absque supina negligentia sich gar nicht denken läßt.

(Gesetzrevis., Pens. XIV, Motive zum Tit. 11, S. 23.)

Und in seinen amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des Gesetzbuches sagt er noch:

Die ganze Theorie des Römischen Rechts von der Laesione ultra dimidium ist von mehreren denkenden Rechtsgelehrten bezweifelt und angefochten worden. Thomasius in seiner Dissertation de aequitate cerebrina hat ex professo gezeigt: wie wenig dieselbe mit dem übrigen Systeme des Natur- und bürgerlichen Rechts zusammenhänge: und daß der Dolus ex re, welcher dabei zum Grunde liegt, eine bloße Chimäre sei. So schwankend und relativ der Begriff des Werths überhaupt ist, indem dabei so viel auf Umstände, Verhältnisse, persönliche Rücksichten, Spekulationen, Liebhaberei u. s. w. ankommt, so schwer ist es, wie die tägliche Erfahrung lehrt, auch nur den wahren gemeinen Werth einer Sache mit irgend einigem Grade von Zuverlässigkeit auszumitteln. Da nun die Gesetze denjenigen, welcher durch Betrug oder unverschuldeten Irrthum bei einem Kaufgeschäfte verkürzt worden, schon hinlänglich zu Hülfe kommen; übrigens aber der ganze Zweck des Remedii de rescind. vendit. dadurch vereitelt wird, daß diesem Einwande im Kontrakte gültig entsagt werden kann, und derjenige, welcher darauf ausgeht, seinen Kontrahenten über das Ohr zu hauen, für eine solche Entsagung zu sorgen, gewiß nicht ermangeln wird: So wären vielleicht Gründe vorhanden gewesen, die ganze Theorie von der Laesione ultra dimidium aufzuheben. Inzwischen hat man dieses nicht thun wollen, da es nicht unbillig zu sein schiene, dem Käufer, welcher die Sache, die er kauft, noch nicht kennt, und also durch allerlei Vorspiegelungen und Kunstgriffe in der Beurtheilung ihres Werths leichter hintergangen werden kann, ohne just allemal einen eigentlichen Dolum des Verkäufers juristisch beweisen zu können; noch irgend ein Hülfsmittel dagegen, es sei so schwach es wolle, übrig zu lassen. Aber der Verkäufer, der die Sache bisher besessen und also hinlängliche Zeit und Gelegenheit gehabt hat, zu prüfen und zu beurtheilen, was sie ihm werth sei, kann, ohne sich selbst einer groben Nachlässigkeit anzuklagen, unmöglich behaupten, daß er sie unter dem halben Werthe verkauft habe. (Im Staatsrath vorgetragen und approbirt, den 30. Dezember 1793.) (Jahrb. Bd. XLI, S. 15)

Nach diesem Stande der Gesetzgebung ist zu behaupten, daß das in Rede stehende Remedium des Verkürzten, als eine Ausnahme, bei keinem andern Rechtsgeschäfte stattfinde, als wo es ausdrücklich zugestanden worden ist, die Ausnahme ist sogar bei einigen Formen des Kaufs und bei kaufähnlichen Geschäften ausgeschlossen. (§§. 343, 486, 876, 926 d. T.) Bei Vergleichen ist die Unzulässigkeit gleichfalls ausgesprochen (I, 16, §. 439), was nach der Auffassung des Instituts und dem angenom-

Besten des Käufers, die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums[38]). (Tit. 4, §. 75 sqq.)

§. 60. Wird diese Vermuthung durch die übrigen, bei den Unterhandlungen und bei Abschließung des Vertrages vorgefallenen Umstände nicht gehoben, so ist der Käufer die Aufhebung des Vertrages[39]) zu suchen berechtigt. (§. 250 sqq.)

§. 61. Die Ausmittelung des Werths, zur Begründung dieses Einwandes, kann nur durch die Abschätzung vereideter Sachverständigen[40]) erfolgen.

§. 62. Dabei muß auf den Werth, welchen die Sache zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags gehabt hat, Rücksicht genommen werden.

§. 63. Doch wird eine Veränderung des Werths in der Zwischenzeit, von der Abschließung des Kaufs bis zur Abschätzung, nicht vermuthet[41]).

§. 64. Sind die gesetzlich vorgeschriebenen oder sonst landüblichen Abschätzungsgrundsätze verändert worden, so muß auf diejenigen, welche zur Zeit des geschlossenen Kaufs stattgefunden haben, Rücksicht genommen werden.

§. 65. Der Käufer kann dieses Einwandes sich nicht bedienen, wenn er demselben ausdrücklich entsagt hat[41a]).

§. 66. Auch alsdann nicht, wenn aus dem Vertrage selbst, aus der Beschaffenheit seines Gegenstandes, oder aus den vor und bei der Abschließung desselben vorgefallenen Umständen erhellet, daß bei Bestimmung des Kaufpreises nicht auf den gemeinen, sondern auf den außerordentlichen Werth der Sache Rücksicht genommen worden.

§. 67. Ferner alsdann nicht, wenn der Käufer die Sache nicht mehr zurückgeben kann[41b]).

---

menen Grundsatze nöthig war, aber für nützlich gehalten werden muß, um Streitigkeiten zuvorzukommen, die in Beziehung auf andere Verträge, bei welchen eine dergleichen Bestimmung nicht gegeben ist, geführt werden. Betreffs des Pachtkontrakts hat das Pr. des Obertr. 2227, vom 11. Juni 1850, den Streit im Sinne der hier vertretenen Meinung dahin entschieden: „Dem Pächter steht der Einwand einer Verletzung über die Hälfte nicht zu." (Entsch. Bd. XIX, S. 489.) (4. A.) Und im Allgemeinen ist der hier entwickelte landrechtliche Grundsatz von dem Obertr. in einem Erk. v. 18. Oktober 1860 ausdrücklich angenommen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 318.)

(4. A.) Vergl. unten, H.G.B. Art. 286 u. die Anm. 42 dazu.

38) Wird das Mißverhältniß bewiesen, so wird ein Irrthum des Käufers vermuthet, und zwar ein solcher Irrthum, welcher den Vertrag entkräftet. Die Bezugnahme auf die §§. 75 ff., Tit. 4 deutet an, daß der Irrthum für einen wesentlichen gelten soll, keineswegs aber, daß der Irrthum ein wirklicher Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts oder im Hauptgegenstande der Willenserklärung sein müsse. Auch die dortige, diesen Irrthum betreffende Vorschrift §. 79 wird hier zur Anwendung kommen; denn nicht die Verletzung, sondern der Irrthum ist der Aufhebungsgrund.

39) Dem Verkäufer ist nicht gestattet, das Plus herauszuzahlen und dadurch den Kauf wider den Willen des Käufers aufrecht zu erhalten.

40) Nicht auch durch öffentliche Lizitation, welche Manche nach den Grundsätzen des G. R. angewendet wissen wollen. Der Ausspruch der Schätzer bleibt jedoch ein wenig passender Maßstab, weil sie auf die individuellen Meinungen der Parteien, auf welche es bei Käufen hauptsächlich ankommt, unmöglich achten können. — (5. A.) Der auf dem Grundstücke lastende, von dem Käufer ausdrücklich übernommene Altentheil darf, weil er nicht zu den beständigen Lasten und Renten gehört, nicht von dem Werthe des Grundstückes in Abzug gebracht, sondern muß dem Kaufpreise und den sonstigen Leistungen des Käufers hinzugerechnet werden. Erk. des Obertr. v. 11. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 182). Darüber wäre zu disputiren. Es läßt sich auch behaupten, daß das Grundstück um so viel, wie der Altentheil zu würdigen, weniger werth wäre, und daß daher dessen Werth weder ab- noch hinzuzurechnen sei.

41) Verbesserungen wie Verschlechterungen müssen bewiesen werden; dann aber sind sie zu berücksichtigen.

41a) (5. A.) Der Verzicht auf die Gewährleistung für alle Fehler (§. 137 u. Tit. 5, §. 348) ist der Entsagung des Einwandes oder des Klagegrundes wegen Verletzung über die Hälfte nicht gleichzustellen. Erk. des Obertr. v. 22. Nov. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 118).

41b) (4. A.) Ein solcher Fall war folgender: Jemand hatte Leinenwaaren gekauft und klagte auf Rescission wegen Verletzung über die Hälfte. Die Instanzrichter erkannten nach dem Antrage. Der Verkäufer legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, der Käufer jedoch ließ wegen seiner Kosten und

§. 68. Endlich[42]), wenn er innerhalb der Tit. 5, §. 343 bestimmten Frist die Aufhebung des Vertrages aus diesem Grunde nicht nachgesucht hat[43]).

§. 69. Der Verkäufer kann den Kauf aus dem Grunde, daß der Werth der Sache den Betrag des Kaufpreises selbst mehr als doppelt übersteige, nicht anfechten[44]).

Von simulirten Käufen.

§. 70. Geschäfte, bei welchen ein Kaufpreis nur zum Schein festgesetzt worden, können nach den Regeln des Kaufs nicht beurtheilt werden[44a]).

§. 71. Ob das wahre unter einem solchen Scheinkaufe verborgene Geschäft gültig sei, oder nicht, ist nach den eigenthümlichen Regeln dieses Geschäftes zu beurtheilen[45]).

---

Vorschüsse, auf Grund des §. 10 der V. v. 14. Dez. 1833, die Exekution vollstrecken und einen Theil der gekauften Waaren, als wenn sie Eigenthum des Verkäufers (Exequendus) gewesen wären, zu seiner Befriedigung veräußern. Demnächst wurde das Appellationserkenntniß vernichtet und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen. Nun machte der Bekl. den Einwand, daß der Kläger die Waaren nicht mehr vollständig zurückgeben könne, und diesen Einwand erklärte das Obertr. für begründet und erheblich. Denn, sagt es, der Kläger selbst entäußerte sich durch seinen Exekutionsantrag desjenigen Objekts, welches er dem Bekl. zurückgeben mußte, wenn seine Einrede der Verletzung über die Hälfte einen Erfolg haben sollte. Erk. v. 19. Juni 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 295).

42) Außerdem noch in dem Falle des §. 48 d. T.

43) Nicht allein die Klage auf Aufhebung des Vertrages ist dann verjährt, sondern auch der Einwand. Er „kann dieses Einwandes sich nicht bedienen, wenn" u. s. w., sagt der §. 65 d. Tit. (4. A.) Ist in judicando auch von dem Obertr. angenommen worden. Erk. v. 19. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 219). Es versteht sich und ist auch a. a. O. anerkannt, daß die Verjährung erst von dem Tage der wirklichen (körperlichen) Empfangnahme der Sache durch den Käufer beginnt, und daß darauf andere Arten der Uebergabe, wodurch das Eigenthum gleichfalls übertragen wird, keinen Einfluß haben.

44) Damit fällt denn auch die gemeinrechtliche Kontroverse: ob durch die von dem Verkäufer eines Grundstücks wegen Verletzung über die Hälfte gegen den Käufer angestellte Klage auf Rescission des Verkaufs, die verkaufte Sache zu einer res litigiosa, im Sinne des gemeinen Rechts, wird, und ob die, nach Anstellung der Klage, von dem Beklagten einem Dritten eingeräumte Hypothek auch nach erkannter Auflösung des Kontrakts und erfolgter Wiederabtretung der Sache an den Verkäufer ihre volle Wirkung behält, weg. Die Praxis des preußischen Obertribunals hat sich für die Negative der ersten und für die Affirmative der zweiten Frage entschieden. Pr. vom 25. März 1843. (Entsch. Bd. IX, S. 426.)

44a) (4. A.) Auch die Simulation, ein so einfacher Begriff, ist verkannt worden. Ein Kaufkontrakt, in welchem der Kaufpreis nach der Behauptung des Verkäufers, nur zum Scheine niedriger, als wirklich verabredet, angegeben worden, wurde von einem Minderjährigen mit dem Vorbehalte gerichtlich verlautbart, daß er denselben nach erreichter Großjährigkeit als von Anfang gültig anerkennen, oder ablehnen möge. Er erkannte ihn an. Verkäufer klagte auf Nachzahlung von 100 Thlrn. Kaufgeld oder Zurückgabe des Grundstücks gegen Zurücknahme des gezahlten Kaufgeldertheils, wegen der nur mündlichen Form des wahren Kontrakts. Diese Klage wies das Appellationsgericht ab. Denn, sagte es, wegen der Minderjährigkeit des Bekl. bei Abschluß des Vertrages sei sowohl der gerichtliche, angeblich simulirte Vertrag, als auch der angeblich mündliche wahre Vertrag für ihn unverbindlich. Daß er später auch den letzteren anerkannt habe, sei nicht erwiesen. Damit falle das Fundament der Simulation von selbst zusammen, und es komme auf die thatsächliche Feststellung derselben nicht weiter an. Das Obertr. hat mit Recht befunden, daß das Appell.-Gericht durch seine Folgerung, daß damit das Fundament der Simulation und der klägerische Anspruch falle, die rechtliche Natur und das Wesen der Simulation und des vorliegenden Rechtsgeschäftes verkenne und die §§. 70 ff. d. T. verletze. Denn die Simulation eines Vertrages bestehe lediglich darin, daß derselbe den wahren Willen der Kontrahenten nur scheinbar, nicht wahrheitsgemäß darstelle, wodurch und womit eben die rechtsverbindliche Kraft eines solchen Vertrages zerfalle. Ob das unter demselben verborgene Geschäft aber gültig sei oder nicht, das berühre den vernichtenden Einfluß der Simulation auf den simulirten Vertrag nicht weiter. Deshalb sei das Urtheil zu vernichten und der Beweis der Simulation zu erheben. Erk. vom 9. Januar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 296).

45) S. o. die Anm. 62 a. E. zu §. 52, Tit. 4.

Ist kein anderes wahres Geschäft unter dem Scheine des Kaufs versteckt, soll mithin, nach der Absicht der Kontrahenten, die Sache im Eigenthume des Verkäufers bleiben; so hat jeder dabei interessirte Dritte das Recht, die Sache als Eigenthum des Verkäufers zu behandeln, wo sie sich auch befinde. Dies ist praktisch wichtig für Gläubiger, welche ihre Befriedigung vergeblich suchen. Diese sind, ohne Beihülfe des Gesetzes v. 26. April 1835 und v. 9. Mai 1855, und außer den Fällen des-

selben — denn das Gesetz setzt ernstlich gemeinte Geschäfte voraus — befugt (zur Sache legitimirt), ein dergleichen simulirtes Geschäft anzugreifen. Ebenso hat das Obertr. durch das Pr. 1513, vom 14. Dez. 1844 ausgesprochen: „Auch außer den Fällen des G. v. 26. April 1835 (jetzt Gesetz vom 9. Mai 1855) ist jeder Gläubiger befugt, Veräußerungskontrakte seines Schuldners anzufechten, wenn er den Beweis zu führen vermag, daß dieselben von beiden Seiten ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, und lediglich zum Scheine abgeschlossen worden." (Entsch. Bd. X, S. 355.) Nur muß dies näher dahin bestimmt werden, daß nur solche Gläubiger, welche sonst keine Befriedigung bei ihrem Schuldner finden, dazu befugt sind. Außerdem, und wenn sie sonst ihre Befriedigung erhalten können, fehlt ihnen das rechtliche Interesse zur Einmischung in simulirte Geschäfte dritter Personen. — Der durch dieses Präjudiz anerkannte Rechtsgrundsatz ist in der preuß. Gesetzgebung nirgend anerkannt, aber für das praktische Bedürfniß unentbehrlich. Es handelt sich jedoch um die Begründung. Das Obertr. hat keine Rechtsgründe dafür beigebracht. Zwei Phrasen sind es, welche das Klagerecht eines solchen Gläubigers darlegen sollen. Es heißt: „Zu den häufigsten Prozessen — gehören gerade Interventionsprozesse gegen Exekutionsvollstreckungen, wo dritte Personen auf den Grund von Verträgen mit dem Exequendus das Eigenthum der in Beschlag genommenen Sachen klagend in Anspruch nehmen, und hier läßt die Praxis ohne Bedenken überall den Gläubiger, der die Simulation excipirt, als legitimirt zum Widerspruche zu. Für das Prinzip, nämlich für die Legitimationsfrage, muß es aber gleichgültig sein: ob der Gläubiger als Verklagter — Intervent — oder als Kläger die Simulation geltend macht." Das heißt: wenn Jemand auf Herausgabe einer an sich genommenen fremden Sache verklagt wird, so steht ihm frei zu antworten und zu sagen: der Kläger habe gar kein Recht auf die Sache; sie gehe ihn gar nicht an; und dies ist zulänglicher Beweis, daß der Belangte, wäre er nicht im Besitze der angesprochenen Sache, eben diese Sache, auch klagend von ihrem Inhaber oder Besitzer, abfordern könnte. Das liegt außerhalb der Rechtswissenschaft, ist deshalb nicht zu besprechen. Die zweite Rechtfertigungsfloskel lautet so: „In Fällen der vorliegenden Art hat seine Klage nicht sowohl die Natur einer Vindikations- oder einer Rescissionsklage, — es soll dem anderen Kontrahenten nichts für sich Erworbenes wieder entrissen werden; der Gläubiger will vielmehr nur ein Trugbild wegschaffen, und seine Behauptung geht eigentlich bloß dahin: der andere Kontrahent sei in Wirklichkeit auch nach seinem eigenen Willen — nicht Besitzer der Sache für sich selbst, nicht Eigenthumsbesitzer, sondern nur Detentor für die Person seines Schuldners, er habe die Sache nur für diesen in Gewahrsam. — Dieses zu beweisen und die Sache als gar nicht aus dem Eigenthume seines Schuldners herausgetreten, sondern als fortwährend im Eigenthumsbesitze seines Schuldners verblieben, zum Verkaufe zu bringen, muß (muß! Warum muß?) jedem Gläubiger freistehen, sollte der Schuldner auch nicht gerade in Konkurs verfallen sein." Gleichfalls ohne juristischen Gedanken. Auch der bloße Detentor kann von einem Dritten (dem Gläubiger des wahren Besitzers) nicht durch Gewaltmittel zur Herausgabe genöthigt, er soll und muß mit Recht überwunden werden, und da handelt es sich um das entsprechende Rechtsmittel. Ueber dieses giebt das Obertr. gar keinen Aufschluß. Es sind aber zweierlei Wege juristisch denkbar, auf welchen der Gläubiger gegen den Dritten agiren kann: entweder aus dem Rechte seines Schuldners, oder aus eigenem Rechte. Der erste Weg ist nach preußischen Prozeßformen umständlich, denn der Gläubiger kann ohne richterliche Autorisation (Ueberweisung) nicht klagen und dergleichen Ueberweisung wurde vor dem Gesetze v. 20. März 1854, §. 17 (Zus. zu §. 103, Tit. 24 der Proz.-Ordn.) nur auf Geldforderungen gegeben; er ist auch unsicher, denn der Gläubiger muß eben das leisten, was der Schuldner selbst, wenn er auf Herausgabe der Sache klagte, dem Detentor zu leisten haben würde, da hinter jeder Simulation etwas anderes Wahres steckt, namentlich in dem Falle, welcher hier vorausgesetzt worden, ein Verwahrungsvertrag — der Empfänger soll dem schelmischen Schuldner die bedrohte Sache verwahren, erhalten und nach verschwundener Gefahr zurückgeben; und dafür kann eine gute Belohnung versprochen worden sein. — Der zweite Weg ist sicherer und kürzer; wir fragen aber eben nach dem, dem Gläubiger eigenthümlichen Klagerechte (actio). Nach R. R. ist man darüber nicht in Verlegenheit. „Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia Praesidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse", sagt §. 6 Inst. de act. (IV, 6). Der Klagegrund der Gläubiger ist hier das ihnen aus der missio in possessionem — aus der allgemeinen Exekutionsverfügung — erworbene dingliche Recht (das allgemeine prätorische Pfandrecht). Ein anderer Klagegrund ist auch in dem, von dem Obertr. entschiedenen, in Rede stehenden, Rechtsfalle nicht denkbar. Man ist unbewußt zur Anwendung jenes römischen Rechtsprinzips gekommen, gegen welches, weil es im A. L.R. nicht gedruckt steht, die preußischen Gesetzkundigen sich sonst gesträubt haben. Im Interesse der Rechtsentwickelung und des Verkehrs ist zu wünschen, daß dieses durch das Präj. anerkannte Prinzip nicht bei nächster Gelegenheit durch einen Plenarbeschluß wieder umgeworfen, vielmehr besser zum Bewußtsein gebracht werde.

(4. A.) Die Simulation kann als Einwand und auch klagend geltend gemacht werden. Zur Begründung des Einwandes gehört nicht nothwendig die Behauptung, daß zwischen den Parteien ausdrücklich verabredet worden sei: es solle auf den Käufer kein Eigenthum übergehen. Erk. des Obertr. vom 27. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 207). — In Form der Klage kann die Simula-

§. 72. Ist bloß die Summe des Kaufpreises in dem Instrumente höher[46]) oder

tion nur als anticipirte Replik auftreten, denn eine actio wegen Simulation giebt es nicht. Was für ein Klagerecht dem Kläger zu Gebote stehe und welche Erfordernisse zur Begründung der Klage gehören, ist nach Beschaffenheit des Falles zu befinden. Wird z. B. auf Zurückzahlung einer in Gemäßheit eines Scheinkaufs geleisteten Zahlung geklagt, so muß der Kläger den Rechtsgrund, aus welchem er die Zahlung in dem vorliegenden Falle zurückzufordern berechtigt sei, also etwa — wenn kein anderes Geschäft beabsichtigt worden — die unrechtmäßige Bereicherung des Beklagten (actio in factum wegen Bereicherung), oder — wenn man ein bestimmtes Geschäft beabsichtigt hatte — einen Umstand, unter welchem dasselbe unkräftig sei (condictio causa data causa non secuta), darlegen und erforderlichen Falles beweisen, mithin mit der Angabe der nöthigen Beweismittel unterstützen. Vergl. das Erk. des Obertr. vom 15. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 14).

46) Pflegt zu geschehen, um dadurch betrüglich Kredit, insbesondere Darlehen zu suchen. Um dieses zu verhüten, ist von der Centralbehörde nachstehendes Publikandum vom 20. Februar 1802, wegen Verhütung der nachtheiligen Folgen simulirter Kauf-, Tausch- und Pachtkontrakte erlassen:

Seine Königliche Majestät von Preußen ꝛc. haben durch das Publikandum vom 29. Mai 1797 bereits für das Herzogthum Schlesien diejenigen Vorschriften ertheilen lassen, welche erforderlich gewesen, um diejenigen, welche Grundstücke kaufen oder Geld darauf leihen wollen, gegen die Besorgniß zu sichern, bei Beurtheilung des Werths der Grundstücke durch simulirte Kauf- und Tauschkontrakte getäuscht zu werden. Die Erfahrung hat indessen gelehrt, daß diese schädlichen Simulationen auch in anderen Provinzen hin und wieder üblich geworden und sich nicht bloß auf Kauf- und Tauschverträge, sondern auch auf Pacht-, Mieths- und andere die Nutzungen der Grundstücke betreffende Kontrakte erstreckt haben. Seine Königliche Majestät finden daher für nöthig, das oben gedachte Publikandum näher zu bestimmen und zur allgemeinen Befolgung in Höchst Dero gesammten Staaten Nachstehendes hierdurch zu verordnen und festzusetzen.

§. 1. Jeder, welcher ein Landgut oder anderes Grundstück kaufen, oder ein Darlehn darauf geben will, wird zuvörderst erinnert, daß der in dem Hypothekenbuche eingetragene Werth von der Behörde, welche das Hypothekenbuch führt, keineswegs vertreten wird, sondern es vielmehr lediglich seine Sache bleibt, sich von dessen Richtigkeit durch zulässige Nachfragen und Erkundigungen zu überzeugen.

§. 2. Um jedoch die Mittel, wodurch diese Ueberzeugung bewirkt werden kann, zu erleichtern, sollen künftig in den Hypothekenscheinen, nicht wie an einigen Orten geschehen, nur die neuesten Erwerbspreise, sondern auch die früheren, soweit sie aus dem Hypothekenbuche hervorgehen, aufgeführt werden. Außerdem muß die von dem Landgute oder anderem Grundstücke vorhandene, ritterschaftliche oder gerichtliche Taxe, und zwar in letzterem Falle mit Benennung des Gerichts, welches die Abschätzung bewirkt hat, in den Hypothekenscheinen vermerkt werden.

§. 3. Wer durch Errichtung simulirter Kauf-, Tausch-, Pacht-, Mieths-, Erbzins- oder anderer ähnlicher Verträge, einem Grundstücke den Schein eines höheren Werths beilegt, soll als ein Betrüger von Amtswegen zur Untersuchung gezogen, und nach dem Grade der dabei zum Grunde liegenden mehr oder minder gefährlichen Absicht, auch nach dem Verhältnisse des daher entstandenen größeren oder geringeren Gewinnes oder Schadens, mit den in dem A. L.R. Th. II, Tit. 20, §§. 1259 bis 1268 bestimmten Strafen belegt werden.

§. 4. Wenn der Besitzer eines Grundstücks durch dergleichen Scheinverträge Andere verleitet hat, ihm einen höheren Kredit zu bewilligen, und es entsteht demnächst über sein Vermögen Konkurs, wobei solche hintergangene Gläubiger Verlust leiden; so soll derselbe niemals zur Cessione bonorum verstattet, sondern nach Vorschrift des A. L.R. Th. II, Tit. 20, §§. 1458—1472, und nach Beschaffenheit der sonst eintretenden Umstände, als ein muthwilliger und fahrlässiger Banqueroteur betrachtet werden.

§. 5. Gleiche Strafen, wie die Kontrahenten selbst (§. 3), haben auch alle diejenigen bewirkt, welche an den mehrgedachten simulirten Verträgen als Mittelspersonen auf irgend eine Weise wissentlich Theil nehmen, und überdies sind dieselben denen, die hierdurch Schaden erleiden, mit den Hauptkontrahenten, einer für alle und alle für einen, zur Entschädigung verpflichtet.

§. 6. Weder die Gerichte, noch die Notarien, ingleichen die patentirten Mäkler und Agenten, sollen sich bei Aufnehmung der Kontrakte zu Werkzeugen unerlaubter Simulationen gebrauchen lassen, vielmehr müssen sie, wenn sie wegen einer solchen Simulation erheblichen Verdacht haben, und die Kontrahenten sich durch Vorhaltungen von ihrem strafbaren Vorhaben nicht abbringen lassen wollen, den ihnen gemachten Auftrag ganz ablehnen. Außerdem müssen diejenigen Gerichtspersonen, welche bei Ausübung ihres richterlichen Amts von solchen Simulationen glaubhafte Kenntniß erlangen, davon der Behörde Anzeige thun, damit nach Beschaffenheit des obwaltenden Verdachts und der sonst eintretenden Umstände die Untersuchung wegen der unternommenen Simulation veranlaßt, und bis zu deren Erledigung die Eintragung solcher verdächtigen Kontrakte in die Hypothekenbücher nicht gestattet werde.

§. 7. Gerichtspersonen, Notarien, Mäkler und Agenten, welche wissentlich simulirte Verträge von der oben erwähnten Art unterstützen und begünstigen, sollen außer der §. 5 bestimmten Strafe,

niedriger[47]), als die Parteien denselben verabredet haben, zum Scheine bestimmt worden, so entsteht daraus an und für sich noch keine Ungültigkeit des Vertrages[47a]).

§. 73. Vielmehr muß alsdann der Preis unter den Kontrahenten nach der wahren, auf eine an sich rechtsgültige Weise getroffenen, Verabredung bestimmt werden.

§. 74. Ist der wahre Preis nur mündlich verabredet worden[48]), so finden, je nachdem die Uebergabe bereits geschehen ist, oder nicht, die Vorschriften des Fünften Titels §. 155 sqq. Anwendung[49]).

---

ihres Amtes entsetzt, wenn sie aber die ihnen §. 6 auferlegten Pflichten aus Fahrlässigkeit verabsäumen, nach Verhältniß des Grades der verschuldeten Fahrlässigkeit, nach Anleitung des A. L.R. Th. II, Tit. 20, §§. 334—336 bestraft werden.

(N. C. C. Tom. XI, S. 767, Nr. 14 de 1802. N. A. Bd. II, S. 311. Stengel, Bd. XV, S. 287. Rabe, Bd. VII, S. 55.)

47) Geschieht meistens in der Absicht, um Besitzveränderungs-Abgaben, Stempelsteuer und Gerichtskosten zu ersparen. (4. A.) Der §. 72 ist aber nicht auf den Fall zu beschränken, daß behufs Täuschung dritter Personen der Kaufpreis höher oder niedriger als verabredet angegeben worden, vielmehr ist er in allen Fällen anwendbar, in welchen hinsichtlich des Betrages des Kaufgeldes das Geschäft anders niedergeschrieben als verabredet worden. Erk. des Obertr. vom 13. Okt. 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 4).

47a) (4. A.) Der §. 72 setzt voraus, daß der Kaufpreis mit Wissen und Willen anders als im Ernste verabredet niedergeschrieben worden ist. Fehlt dabei der Wille auch nur eines Theiles, so ist der Fall der Simulation nicht vorhanden und der Kontrakt ist so, wie er niedergeschrieben, wegen Mangels des Konsenses nicht zu Stande gekommen. Ob er in der Art, wie er mündlich verabredet und abgeschlossen worden, rechtsverbindlich sei, ist nach den Grundsätzen über mündliche Verträge zu befinden.

Vergl. oben, Anm. 9, lit. n zu §. 128, Tit. 5.

48) Die für diesen Fall hier gegebene Vorschrift findet nicht bloß bei Kaufsgeschäften über bewegliche Sachen, sondern auch bei Verträgen über Grundstücke statt, und es muß daher in einem solchen Falle der Käufer eines Grundstückes, welcher dasselbe bereits übergeben erhalten hat, den mündlich versprochenen Preis dafür zahlen, wenn er nicht, was ihm freisteht, den ganzen Kauf rückgängig machen will. Pr. des Obertr. 531, vom 7. Sept. 1838. Vergl. auch das Erk. vom 23. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 116).

49) Darnach ist ein solcher Kontrakt über Immobilien, so lange von des Verkäufers Seite (denn der Verkäufer ist gebunden) keine Uebergabe hinzugekommen, immer unklagbar auf des Verkäufers Seite; wenn aber von dessen Seite erfüllt ist, so muß auch von des Käufers Seite Erfüllung folgen, oder das Grundstück zurückgegeben werden, wie es auch das in der vorigen Anm. mitgetheilte Pr. 531 ausspricht. Dieser Grundsatz findet auch Anwendung auf den Fall, wenn neben dem baaren Kaufgelde noch etwas anderes im schriftlichen Kontrakte nicht Genanntes, z. B. daß der Käufer wegen aller Ansprüche an den dereinstigen Nachlaß des Verkäufers abgefunden sein solle, als Gegenleistung versprochen ist. Erk. des Obertr. vom 30. Sept. 1859. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 286.) Der Grundsatz leidet aber nicht Anwendung auf eine Schenkung, bei welcher nebenbei mündlich verabredet worden ist, daß der Beschenkte sich den Werth des geschenkten Grundstücks solle auf sein künftiges Erbtheil anrechnen lassen: dies ist eine mündliche Nebenabrede über Kollation im Sinne des §. 128, I. 5; denn von einer Gegenleistung kann bei Schenkungen nicht Rede sein. Erk. des Obertr. vom 11. März 1859 (Archiv a. a. O. S. 21). S. auch die Anm. 9 zu §. 128, Tit. 5. Der Stand der Sache ist so, wie wenn auf der Seite des Verkäufers ein schriftlich vollzogener, von dem Käufer aber nur mündlich geschlossener Kontrakt vorhanden wäre. Der Verkäufer kann daher in keinem Falle zurücktreten, wenn der Käufer den mündlich ausgemachten Preis zahlen will. Das Pr. des Obertr. 1371, vom 11. Nov. 1843 sagt: „Ist ein formell gültiger Kaufvertrag über ein Grundstück, wobei der wahre Preis nur mündlich verabredet worden, im Wesentlichen von beiden Theilen erfüllt, so darf der Verkäufer von dem Vertrage nicht mehr zurücktreten." Aber das darf der Verkäufer, wie gesagt, auch in keinem anderen Falle, denn auf seiner Seite stimmt die Form mit dem Inhalte überein. Nur kann er nicht angehalten werden zu tradiren, wenn nicht der Käufer die mündlich versprochene Kaufsumme bezahlen will. Der Käufer hingegen kann zurücktreten, wenn er auch die Sache schon angenommen hat, falls er sie in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befunden hat, zurückgeben kann. (S. hierüber das Pr. 2152 oben in der Anm. 45 zu §. 159, Tit. 5.) Dieser Rücktritt steht ihm selbst nach vollständiger Bezahlung der mündlich versprochenen Kaufsumme frei, denn das mündliche Versprechen bindet ihn nach Tit. 5, §§. 150 ff. nicht. (4. A.) Gegen diesen Rechtsgrundsatz ist eben das unglückliche Pr. 1371 gerichtet, welches nicht bloß bei seiner Voraussetzung, daß der Vertrag von beiden Seiten im Wesentlichen erfüllt, also von dem Käufer der wahre Preis bezahlt sei, irrig, sondern auch noch so verstanden worden ist, daß der Verkäufer, auch wenn der wahre

§. 75. Von der Form der Kaufverträge[50]) gilt alles das, was von der Form der Verträge überhaupt, und derjenigen, welche über das Eigenthum unbeweglicher Sachen geschlossen worden, insonderheit oben verordnet ist. (Tit. 5, §. 109 sqq.; Tit. 10, §§. 15, 16, 17.) Form der Kaufverträge.

§. 76. Ein gültig abgeschlossener Kauf zieht die Wirkung nach sich, daß der Verkäufer zur Uebergabe der Sache[50a]), der Käufer aber zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wird. Verbindlichkeiten des Verkäufers:

§. 77. Was von der Uebergabe und Besitzergreifung überhaupt verordnet ist, gilt auch von der Uebergabe der verkauften Sachen. (Tit. 7, §. 58 sqq.) a) zur Uebergabe,

§. 78. Die Sache muß vollständig, und mit allen zu ihr gehörenden Pertinenzstücken[50b]) übergeben werden[51]). b) in Ansehung der Pertinenzstücke.

---

Kaufpreis noch nicht bezahlt worden, von dem Vertrage nicht zurücktreten, sondern nur alternativ Zahlung des wahren Kaufpreises oder Rückgabe der Sache fordern könne. Hiergegen hat das Obertr. sich in dem Erk. v. 10. Febr. 1858 ausgesprochen. (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 99.) S. auch oben, Anm. 39, Abs. 2 zu §. 156, Tit. 5. (5. A.) Uebrigens ist das wiederholt angezweifelte Pr. 1371 aufrecht gehalten, weil man ausgefunden hat, daß der §. 74 eine beabsichtigte Ausnahme von der Regel feststelle. Erk. dess. v. 2. Febr. 1866 (Entsch. Bd. LVI, S. 87). Eine solche Absicht ist durch gar nichts zum Ausdruck gekommen, sie hat auch keinen juristischen Sinn, die Sache reduzirt sich auf eine unkorrekte oder nachlässige Redaktion, wovon das L.R. viele Fälle aufzuweisen hat. — (2. A.) Nicht richtig ist das ältere Pr. des Obertr. v. 1805 in Mathis, Bd. III, S. 3, wonach ein Kaufkontrakt, in welchem der Kaufpreis höher, als er mündlich verabredet worden, angegeben ist, ohne Unterscheidung der Fälle nichtig und für keinen Kontrahenten verbindlich sein soll, in sofern nicht der wirkliche Kaufpreis anderweit in gültiger Form festgesetzt worden. Die neuere Praxis ist davon auch abgegangen, wie die mitgetheilten Präjudize zeigen.

50) Von der Form der Kaufverträge zwischen Eheleuten gelten die Vorschriften Th. II, Tit. 1, §§. 198—201. S. auch die Anm. dazu.

50a) (4. A.) Die Annahme der gekauften Sache durch den Käufer muß unbedingt und ohne Vorbehalt geschehen, wenn aus ihr ein Anerkenntniß der gehörigen Erfüllung durch den Verkäufer entnommen werden soll. Erk. des Obertr. v. 22. November 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 55).

50b) (4. A.) Vergl. oben Anm. 150 a. E. zu §. 151, Tit. 4 u. Anm. 80, Abs. 2 zu §. 107, Tit. 2. Sind bei der gleichzeitigen nothwendigen Subhastation zweier Grundstücke deren Pertinenzien in den Taxverhandlungen ohne Widerspruch der Subhastationsinteressenten verwechselt worden, so hat es dabei sein Bewenden, sagt das Obertr. in einem Erk. v. 28. Oktober 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 330). Das ist zu bezweifeln wegen des Irrthums im Gegenstande auf Seiten der Subhastationsinteressenten, in sofern ein solcher vorgefallen ist. Die verwechselten Pertinenzien können werthvoller als die Hauptsachen und von sehr ungleichem Werthe sein, so daß die Realgläubiger des einen Grundstücks schlecht fortkommen würden, wenn sie den Irrthum gegen sich gelten lassen müßten. Mangel an Widerspruch hat nur dann rechtliche Wirkung, wenn der, welcher widersprechen konnte, den Widerspruch mit Bewußtsein seiner Rechte unterließ.

51) Was davon der Verkäufer nicht mehr besitzt, kann er nicht mit übergeben, folglich kann es der Käufer nicht mit erwerben, auch als solcher dem Dritten, an den es durch einen formlosen oder sonst ungültigen Kontrakt gekommen, nicht abfordern. Darüber ist Meinungsverschiedenheit, indem Manche dem Käufer, auf Grund des Kaufkontrakts und der darin vermeintlich von selbst enthaltenen Abtretung aller Rechte des Verkäufers bezüglich auf die Sache, das Vindikationsrecht zuschreiben, wofür sie sich auf den §. 313 d. T., welcher das Wiederkaufsrecht betrifft, stützen. Allein zwischen dem Verkaufe auf Wiederkauf und dem bloß mündlichen Kaufkontrakte ist nach den Zwecken dieser Geschäfte eine große Unähnlichkeit, folglich die analoge Anwendung eines von dem einen Rechtsgeschäfte geltenden Grundsatzes auf das andere durchaus unzulässig. Die Praxis hat sich auch für die hier vertretene Meinung entschieden. Das Pr. des Obertr. 852, v. 3. April 1840, sagt nämlich: „b) Der Käufer eines Grundstücks ist als solcher nicht berechtigt, die vor Abschluß des Kaufgeschäfts seitens des Verkäufers durch mündlichen Vertrag davon veräußerten unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiziren." (Entsch. Bd. VI, S. 279.) Etwas Anderes ist es mit dem Kaufe aus einer nothwendigen Subhastation. Der Adjudikatar wird durch den Zuschlag auch Eigenthümer der zur Zeit der Subhastation bei dem Grundstücke noch vorhandenen Pertinenzien und kann daher solche vindiziren. Wenn er dies gegen einen dritten Besitzer thut, so kann auch von dem Letzteren dieser Anspruch durch den Einwand, daß die Pertinenzien in der Taxe nicht mit abgeschätzt seien, nicht abgewendet werden. Ebendass. Pr. 852, lit. a. (4. A.) Ein Erk. des Obertr. v. 14. Mai 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 17) sagt, daß die vor Abschluß des Kaufgeschäfts seitens des Verkäufers (Subhastaten) durch mündlichen Vertrag von dem sub hasta stehenden Grundstücke veräußerten Substanztheile oder unbe-

§. 79. Ist wegen letzterer im Vertrage nichts Besonderes verabredet, so treten die gesetzlichen Bestimmungen ein. (Tit. 2, §. 42 sqq.)

§. 80. Derjenige unter den Kontrahenten, welcher mehr oder weniger, als die gesetzlichen Bestimmungen mit sich bringen, zum Zubehör gerechnet wissen will, muß sich dieses ausdrücklich vorbedingen[51a]).

§. 81. Fehlen Pertinenzstücke, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs[51b]) vorhanden waren, oder solche, die nach gesetzlicher Bestimmung (Tit. 2, §. 4) als Theile der Substanz anzusehen sind, so muß der Verkäufer die Gewähr dafür leisten[52]).

§. 82. Ist ein Grundstück nach einem gewissen Inventario verkauft worden, so darf an Zubehör weder mehr noch weniger, als in diesem Inventario enthalten ist, überliefert werden.

Bei Verkäufen in Pausch und Bogen.

§. 83. Ist ein Landgut, wie es steht und liegt[53]), verkauft, so wird unter dem

---

weglichen Pertinenzstücke von dem Adjudikatar nicht vindizirt werden könnten. Dies ist im Allgemeinen anzuerkennen. Vergl. oben §§. 106 und 107, Tit. 2 und die Anm. dazu. Wie aber bei Lizitationen, wenn der Subhastat, während die Kauflustigen auf Grund der zur Information vorliegenden Taxe bieten, um 5 Uhr, also kurz vor dem Schlusse des Akts, das halbe Gut verkauft und übergiebt, und demnächst am folgenden Tage das ganze Gut dem Meistbietenden adjudizirt wird? Da soll er nicht das ganze Gut als sein Eigenthum (die Adjudikation überträgt bekanntlich Eigenthum ohne körperliche Uebergabe) von jedem Besitzer fordern können? Was von einem Substanztheile gilt, das gilt auch vom Ganzen, es könnte ja also auch das Ganze auf solche Weise entzogen werden. Das wird doch wohl nicht angehen und es geht auch nicht an, weil das sub hasta stehende Gut eine res litigiosa oder doch eine durch den Subhastationsvermerk in Beschlag genommene Sache ist, und der unredliche Käufer gegen sich die Adjudikatoria vollstrecken lassen muß.

51a) (5. A.) Was die §§. 78—80 bestimmen, setzt voraus, daß die ganze Hauptsache Gegenstand des Kaufs gewesen ist. Wenn aber zwei unbewegliche Sachen sich zu einander verhalten wie Hauptsache und Zubehör, es wird jedoch ein bestimmter quantitativer Theil der Hauptsache verkauft, alsdann geht ipso jure ein verhältnißmäßiger Theil des Zubehörs in das Eigenthum des Käufers nicht über. Dies ist auch alsdann nicht der Fall, wenn aus dem Eigenthumsrecht auf die Zubehörung bestimmte Nutzungsrechte abfließen, alsdann gehet ein verhältnißmäßiger Theil dieser Nutzungsrechte auf den Käufer auch nicht über. Erk. des Obertr. vom 27. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 102). Auch der §. 107, I. 2 des A. L.R. giebt über diese Fragen keine Auskunft. Doch ist dabei der Fall außer Betracht zu lassen, wenn eine Quote des berechtigten Grundstückes (ein ideeller Theil desselben) veräußert wird. (S. 104 a. a. O.)

51b) (5. A.) Unter „Zeit des abgeschlossenen Kaufs", deren die §§. 78—87, 192—194 d. T. gedenken, kann nicht die Zeit verstanden werden, wo der Abschluß des Vertrages in verbindlicher Weise zu Stande gekommen ist; es kommt vielmehr darauf an, worüber die Kontrahenten mündlich einig geworden sind und worüber sie zur Erfüllung der Form eine schriftliche Urkunde zu errichten sich entschlossen haben. Erk. d. Obertr. v. 22. Novbr. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 134).

52) D. h. der Käufer kann die angenommene Sache wie eine fehlerhafte behandeln (§. 45), er muß aber die für die Rüge der natürlichen Fehler (Mängel an äußeren Eigenschaften) vorgeschriebene Frist (§. 344, Tit. 5) inne halten.

53) Ein Kauf in Pausch und Bogen oder „wie es steht und liegt", und ein Kauf nach einem Inventarium schließen einander aus. In einem Kaufkontrakte über ein Landgut hieß es: Der Verkäufer verkauft das Gut, wie es steht und liegt. Am Schlusse nahmen die Kontrahenten auf ein beigefügtes unterschriebenes Verzeichniß Bezug, worin aufgeführt standen, zuerst unter der Ueberschrift: an Inventarium erhält der Käufer eine gewisse Stückzahl Vieh und Ackergeräthe; und dann unter der Ueberschrift: dem Verkäufer bleibt vorbehalten: eine Stückzahl Vieh und gewisse Wirthschaftsvorräthe. Außerdem war aber noch Vieles vorhanden, was weder unter der einen, noch unter der anderen Ueberschrift verzeichnet stand, jedoch bei dem Wirthschaftsbetriebe im Gebrauche war. Wer von den Kontrahenten hatte darauf Anspruch? Nach dem Kaufkontrakte war der Kauf ein Kauf in Pausch und Bogen, soweit das Verzeichniß keine Modifikation enthielt. Das erste Rubrum: der Käufer erhält u. s. w., mußte so verstanden werden, daß der Verkäufer sich verbindlich gemacht hatte, die darunter verzeichneten Stücke jedenfalls zu gewähren und dafür aufzukommen, wenn sie auch zur Zeit der Uebergabe nicht vorhanden sein sollten; daß aber Alles, was an Pertinenzstücken überdies noch vorhanden sein würde und dem Verkäufer nicht ausdrücklich vorbehalten war, gleichfalls dem Käufer zustehen sollte. Die Beilage enthielt mithin eine zusätzliche Bestimmung zum Vortheile des Käufers.

Wie ein Verkauf „mit allen Zubehörungen, Freiheiten und Lasten, wie solche im Hypothekenbuche verzeichnet und von dem Verkäufer und seinen Vorfahren benutzt worden sind", sowie, was un-

Zubehör alles das begriffen, was zur Zeit des geschlossenen Kaufs[53a]) in oder bei demselben vorhanden, und zum Nutzen, oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft erforderlich, oder dazu schon bisher im Gebrauche gewesen ist.

§. 84. Dahin gehören besonders alle auf dem Gute vorhandene[54]) Früchte und Vorräthe, sie mögen gesammelt, zugewachsen, oder verkauft[55]) sein.

§. 85. Insonderheit alles geschlagene und noch unverkaufte[56]) Holz.

§. 86. Desgleichen alles auf dem Gute befindliche Zug-, Nutz- und junge Vieh, wenn es auch sonst, nach gesetzlichen Bestimmungen, zu den Inventarien-Stücken nicht zu rechnen wäre.

§. 87. Dagegen dürfen auch, wenn das nach gesetzlichen Bestimmungen erforderliche Zubehör nicht vorhanden ist, die fehlenden Stücke nicht ersetzt werden[57]).

---

ter dem Ausdrucke „Hufe" zu verstehen, darüber s. m. den Mathis Bd. IV, S. 11 mitgetheilten Rechtsfall aus dem Jahre 1805.

(4. A.) Der Verkauf eines Grundstücks „nebst dem vorhandenen todten und lebenden Inventarium" ist kein Verkauf in Pausch und Bogen; daß ein solcher Verkauf beabsichtigt gewesen sei, muß ausdrücklich, sei es direkt oder indirekt, ausgesprochen oder verabredet sein. Erk. des Obertr. v. 13. Januar 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 152).

53a) (5. A.) M. s. oben die Anm. 51a.

54) Vorausgesetzt, daß sie noch nicht vorher verkauft und (körperlich oder symbolisch) an den Abkäufer übergeben worden sind. Denn auf solche, einstweilen sich noch bei dem Gute vorfindlichen Früchte ꝛc. hat der Käufer des Guts dem dritten Eigenthümer gegenüber keinen Anspruch, wenn er auch die Veräußerung nicht gekannt hat. S. o. die Anm. 79 zu §. 106, Tit. 2 und die dort mitgetheilten Präjudize. Sind aber dergleichen besonders verkaufte Früchte ꝛc. dem Käufer derselben noch nicht übergeben und es erfolgt die Uebergabe des Gutes an den Gutskäufer ohne Vorbehalt; so erwirbt dieser das Eigenthum derselben mit. In wiefern der Fruchtkäufer seinen Titel gegen ihn zur Geltung bringen kann, ist nach den Grundsätzen des Tit. 10 zu entscheiden.

55) Soll heißen: „erkauft". R. v. 17. Juni 1831 (Jahrb. Bd. XXXVII, S. 323), v. 5. Mai 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 445), v. 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Vergl. auch die Erinnerung von Suarez darüber, Jahrb. Bd. XLI, S. 16.

56) Nämlich noch nicht an den Abkäufer übergebene. S. o. die Anm. 54. Dagegen kann auch ungeschlagenes Holz nicht mehr Zubehör sein; und dies ist in der That der Fall, wenn Holz auf dem Stamme verkauft und symbolisch, namentlich vermittelst Anschlages mit dem Forsthammer, dem Käufer, vor der Uebergabe des Gutes, übergeben worden ist. Der Gutskäufer hat dann darauf dem Dritten gegenüber keinen Anspruch. S. den Rechtsfall in den Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 201. Vergl. das Erk. dess. v. 12. Mai 1854 (Archiv für Rechtsf. Bd. XIII, S. 96).

57) Suarez macht zur Erläuterung dieser Bestimmung bei der revis mon. folgende Bemerkung:

„In dem §. 127 (Entwurf §. 87 h. t.) ist angenommen, daß bei einem Kaufe in Pausch und Bogen die fehlenden gesetzlichen Pertinenzstücke nicht vertreten werden dürfen. Daraus könnte man folgern, daß, wenn der Kauf nicht in Pausch und Bogen geschlossen ist, die gesetzlichen Pertinenzstücke gewährt werden müssen. Diese Folgerung würde aber falsch sein. Denn zu dem gesetzlichen Begriffe eines Pertinenzstücks gehört es, daß solches bei dem Hauptgute wirklich vorhanden sei. Was nicht vorhanden ist, kann auch nicht als Pertinenzstück gefordert werden. Der gewöhnliche Kauf unterscheidet sich also von dem Kaufe in Pausch und Bogen ratione der Pertinenzstücke in Folgendem:

a) Bei dem ordinären Kaufe kann der Verkäufer bei der Tradition der Sache Alles zurücknehmen, was nicht im gesetzlichen Sinne zu den Pertinenzstücken gehört; bei dem Kaufe in Pausch und Bogen muß er alles dabei lassen, was zum Gebrauche bei der Hauptsache bestimmt war, wenn es auch im gesetzlichen Sinne als ein Pertinenzstück nicht anzusehen ist.

b) Bei dem ordinären Kaufe muß der Verkäufer für denjenigen Zubehör der Sache Eviktion leisten, der in sensu legis als ein Theil der Substanz anzusehen ist, i. e. ohne welchen die Sache zu ihrer bisherigen Hauptbestimmung nicht gebraucht werden kann, ohne Unterschied, ob dergleichen Stücke tempore contractus bei der Sache vorhanden waren, oder nicht. Bei dem Kaufe in Pausch und Bogen kann der Käufer nichts als Zubehör fordern, es sei übrigens so wesentlich, als es wolle, als was tempore contractus wirklich vorhanden war." (Bornemann, System, Bd. 3, S. 22.)

Dabei ist zu erinnern, daß Suarez Theile der Substanz- und Pertinenzstücke verwechselt oder identifizirt (Buchst. b). Vergl. auch §. 81. Zu a ist zu bemerken, daß auch bei dem s. g. ordinären Kaufe der Käufer, außer der Hauptsache und deren Substanztheilen, nichts weiter zu übergeben hat, als was der Wortlaut des Kontrakts besagt, oder das zum Grunde liegende Inventarium enthält; und daß, wenn über Pertinenzien nichts verabredet worden ist, fehlende Stücke, welche gesetzlich als Pertinenzien angesehen werden müßten, wenn sie vorhanden wären, er eben so wenig wie

§. 88. Ist ein Haus, wie es steht und liegt, verkauft worden, so gebühren dem Käufer, noch außer dem gesetzlichen Zubehör, so weit dasselbe vorhanden ist, alle Möbeln, welche zur Zeit des geschlossenen Kaufs in dem Hause befindlich, und zur bequemen Wohnung erforderlich oder dienlich sind.

§. 89. Zu einer Fabrike, oder andern Werkstätte, wenn sie in Pausch und Bogen, oder wie alles steht und liegt, verkauft worden, werden die vorhandenen Vorräthe, ingleichen die in der Arbeit befindlichen Materialien, nicht aber die schon verfertigten Waaren, als Zubehör gerechnet[58]).

§. 90. Bei einem auch in Pausch und Bogen verkauften Kramladen, sind dennoch die Waarenvorräthe, im zweifelhaften Falle, nicht für mitverkauft anzusehen.

§. 91. Dagegen werden zu einer solchergestalt verkauften Bibliothek oder Naturaliensammlung, auch Bildsäulen und andere Sachen, die bisher zur Auszierung der Bücherschränke und Naturalienbehältnisse gebraucht worden, mitgerechnet.

Zeit und Ort der Uebergabe.

§. 92. Ist keine Zeit der Uebergabe bestimmt, so kann der Käufer dieselbe, gegen Erfüllung der seiner Seits übernommenen Verbindlichkeiten, sofort verlangen[58a]).

§. 93. Uebergabe der Sache und Zahlung des Kaufpreises muß, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, an demselben Orte geschehen[59]).

§. 94. Uebrigens finden, wegen des Orts und der Zeit, die allgemeinen im Titel von Verträgen enthaltenen Bestimmungen auch hier Anwendung. (Tit. 5, §§. 230—251.)

in Ansehung der Gefahr, der Lasten u. Nutzungen bis zur Uebergabe 60).

§. 95. So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen,

---

der Verkäufer in Pausch und Bogen zu ersetzen hat. Denn „was nicht vorhanden ist, kann auch nicht als Pertinenzstück gefordert werden."

58) Vergl. Tit. 2, §. 93 und die Anm. 72 dazu.

58a) (4. A.) Eben so kann der Verkäufer sofort die Uebernahme verlangen. §. 215.

59) Denn nach der Regel muß die Zahlung des Kaufpreises gegen Empfang der Sache geschehen. §. 221 d. T. Der Zahlungsort bleibt auch für das rückständig verbleibende Kaufgeld bestehen, und der Verkäufer muß sich das Geld von demselben auf seine Gefahr und Kosten abholen, wenn nicht durch Mora die Regel modifizirt wird. Denn wenn der Käufer mit seiner Leistung im Rückstande bleibt, so kann der Verkäufer, der sich einmal an Ort und Stelle zur Uebergabe wie zur Empfangnahme des Geldes eingefunden hat, darunter nicht leiden. Der Käufer muß dann Gefahr und Kosten der Zahlung am Aufenthaltsorte des Verkäufers tragen. In soweit das Kaufgeld kreditirt und keine Verabredung über den Zahlungsort getroffen worden ist, behält es bei der Regel des §. 93 sein Bewenden. Die Vorschrift des §. 774 findet hier keine Anwendung.

60) Die in dieser Hinsicht hier gegebenen Bestimmungen enthalten das Gegentheil von den Grundsätzen des R. R. Man hat sie mit Vorbedacht getroffen, weil man den organischen Zusammenhang des R. R. nicht einzusehen vermochte und besonders durch den falsch ausgedrückten Grundsatz über das Perikulum: casum sentit dominus (welcher lauten muß: periculum creditoris est), irre geleitet worden ist. Dieses ergiebt sich aus Suarez' Rechtfertigung dieser Bestimmungen bei der Schlußrevision des Gesetzbuches, wo er in seinen amtlichen Vorträgen sagt: „Diese Sätze weichen darin von dem R. R. ab, daß nach diesen das Perikulum sogleich, als der Kontrakt perfizirt war, auf den Käufer überging. Allein diese Vorschrift verdiente gewiß weniger als irgend eine andere beibehalten zu werden. Sie ist: 1) gegen alle Prinzipien des Römischen Rechts selbst, casum sentit dominus ist eine der ersten Regeln desselben. Bei dem Kaufe geht, wie bei allen übrigen titulis dominii translativis, das Eigenthum erst durch die Tradition auf den Emtorem über; und gleichwohl soll er noch vor der Tradition alle Gefahr tragen. 2) Der Römische Satz beruhet ferner auf einer bloßen Spitzfindigkeit. Der Verkäufer, sagen die Doctores, verliert freilich durch den Untergang der Sache sein Dominium; aber der Käufer verliert dadurch ebenfalls seine Aktion, auf die Uebergabe zu klagen, weil die res tradenda nicht mehr da ist. Hingegen bleibt dem Venditori seine Aktion auf das Pretium, weil durch dessen Zahlung der Kontrakt von dem Käufer immer noch erfüllt werden kann. Cf. Cocceji in Jure controv. Lib. XVIII, Tit. VI, qu. 2. Es ist aber unbegreiflich, wie man dem Verkäufer in dato casu eine Aktion auf Zahlung des Pretii nachgeben kann, da er doch nicht mehr im Stande ist, die verkaufte Sache zu gewähren; und gleichwohl eine jede actio ex contractu nothwendig voraussetzt, daß der Kläger von seiner Seite den Kontrakt erfüllen könne und wolle. 3) Die Römische Theorie ist auch wider die natürliche Billigkeit. Der Käufer, der die Sache noch nicht in

oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade[61]) dem Verkäufer zur Last[61a]). (§. 342.)

§. 96. Dies findet statt, selbst wenn die Uebergabe durch einem bloßen Zufall verzögert wird.

§. 97. Wird die Uebergabe durch Schuld des Verkäufers aufgehalten, so haftet derselbe nicht nur für den an der Sache entstandenen Schaden[62]), sondern auch, wenn Vorsatz oder grobes Versehen von seiner Seite bei dem Verzuge zum Grunde liegt, für den dem Käufer entgangenen Vortheil.

§. 98. Hat aber der Käufer den Verzug der Uebergabe verschuldet, so haftet der Verkäufer nur für einen solchen Schaden, der an der Sache durch seinen Vorsatz oder grobes Versehen entstanden ist[63]).

§. 99. In allen Fällen, wo die Uebergabe ohne Schuld des Verkäufers aufgehal-

---

seinem Verwahrsam hat, der darüber noch gar nicht disponiren, der nicht die geringsten Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit treffen kann, der noch nicht den geringsten Nutzen von ihr gezogen hat, soll dennoch schuldig sein, das Kaufgeld zu bezahlen, ob ihm gleich sein Verkäufer die Sache nicht mehr gewähren kann. 4) Diese Theorie führt auf große Weitläuftigkeiten und Verwickelungen. Der Verkäufer muß in dem Zwischenraume bis zur Tradition die Fnnktion eines Depositars und Administrators bei der Sache übernehmen, er muß die Konservationskosten der Sache tragen; er muß über die Früchte und Nutzungen Rechnung legen ꝛc. Es bedarf wohl keiner Ausführung: wie schwankend und bedenklich ein solches Verhältniß sei, und zu wie vielen Streitigkeiten und Prozessen selbiges Anlaß geben könne. Die im Gesetzbuche angenommene Theorie ist also der Natur der Sache und des Geschäfts, den Principiis des Römischen Rechts (?) und der natürlichen Billigkeit gemäß. Sie simplifizirt diese sonst so sehr verwickelte Materie ausnehmend, und verdient also wohl vor dem jure Romano den Vorzug." (Jahrb. Bd. XLI, S. 16.)

Uebrigens stimmen diese Vorschriften mit den von den Redaktoren, in Folge jener irrigen Auffassung des röm. Grundsatzes über das Perikulum, angenommenen allgemeinen Grundsätzen über die Gefahr überein, so daß, ohne Inkonsequenz, hier nichts anderes angeordnet werden konnte.

61) Darunter wird das Perikulum des R. R. verstanden, und das periculum rei tragen heißt, sich in dem Verhältnisse befinden: den den Gegenstand des Vertrages zufällig treffenden Schaden leiden zu müssen. Etwas anderes ist auch nach dem A. L.R. darunter nicht zu verstehen. Das hat die Bedeutung: der Verkäufer verliert die untergegangene Sache, oder behält die verschlechterte Sache, und kann von dem Käufer den Preis nicht fordern; der Käufer aber hat an den Verkäufer keinen Anspruch, denn der Zufall hat den Kontrakt aufgehoben. §. 100 d. T. Vergl. Tit. 5, §§. 364, 365 und Tit. 21, §§. 299—308. Die §§. 178, 179 sprechen diesen Grundsatz ausdrücklich aus. Seltsamerweise ist behauptet worden, das A. L.R. verstehe unter Auflegung oder Uebernahme der Gefahr eine Assekuranz oder die Verbindlichkeit, dem Anderen das Interesse zu vergüten, wie wenn er durch seine Schuld den Schaden verursacht hätte. Deshalb hat das Obertr. als Pr. unter Nr. 1488, v. 27. Septbr. 1844, einzeichnen lassen: „Wenn das Gesetz dem Verkäufer die Gefahr der verkauften Sache auferlegt, so hat nicht etwa der Käufer Anspruch auf Ersatz des Schadens oder Minderung des Preises, sondern nur ein Recht auf Rücktritt vom Vertrage." (Entsch. Bd. XI, S. 239.) Ist die Sache zufällig bloß verschlechtert und der Käufer übernimmt sie in diesem Zustande, so muß er das ganze Kaufgeld, ohne Minderung, zahlen.

61a) (5. A.) Der Gegensatz ist hiernach, daß mit der Uebergabe Gefahr und Schade auf den Käufer übergehen. Das ist nach der landrechtlichen Regel: casum sentit dominus, richtig, setzt jedoch einen unbedingten Kauf (§. 259) wie auch einen perfekten Kontrakt voraus (§. 131). Ist daher zu einem Verkaufe noch die Genehmigung einer dritten Person, z. B. der Kirchenbehörde, Obervormundschaft ꝛc. erforderlich und geht die verkaufte Sache vor Ertheilung derselben zufällig zu Grunde, so trägt der Verkäufer den Schaden, wenngleich die Sache bereits übergeben war. Erk. des Obertr. v. 11. Mai 1863 (Entsch. Bd. L, S. 126).

62) D. h. er muß den Kontrakt auf Verlangen des Käufers erfüllen und entweder die Sache in dem bedungenen oder vorausgesetzten Zustande übergeben, oder, wenn sie nicht herzustellen ist, den Abgang ersetzen, wenn die Kosten auch das Kaufgeld übersteigen. Den entgangenen Vortheil (das vollständige Interesse) soll er erst im Falle des Vorsatzes oder groben Versehens vergüten.

63) Der Käufer muß also die zufällig verschlechterte Sache übernehmen und das ganze Kaufgeld nach der Verabredung bezahlen, wenn er auch nur durch ein geringes Versehen die Uebernahme verzögert hat. Dies bezieht sich nur auf das periculum deteriorationis. Von dem periculum interitus ist erst in §§. 100 ff. Rede. — Vergl. wegen der Folgen der mora accipiendi unten, Anm. 45, Abs. 2 zu §. 413.

ten wird, kann derselbe von aller Verantwortung gegen den Käufer dadurch, daß er die Sache zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung übergiebt, sich befreien[64]).

§. 100. Wird die verkaufte Sache, noch vor der Uebergabe, durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Kontrakt für aufgehoben geachtet. (Tit. 5, §. 364 sqq.)

§. 101. Ist die Uebergabe durch Schuld des Verkäufers aufgehalten worden, so haftet dieser dem Käufer zur Schadloshaltung nach Verhältniß des Grades seiner Verschuldung. (Tit. 6, §. 10 sqq.)

§. 102. Hat der Käufer durch seine Schuld die Uebernahme verzögert, so kann der Verkäufer Schadloshaltung[65]) fordern.

§. 103. Zu dieser Schadloshaltung gehört auch[66]) die Bezahlung des bedungenen Kaufpreises, sobald der Käufer auch nur durch ein mäßiges Versehen, Schuld daran ist, daß die Sache nicht zur gehörigen Zeit von ihm übernommen worden[67]).

§. 104. Wenn nicht bloß der Verzug der Uebergabe, sondern der Verlust der Sache selbst, welcher die Uebergabe unmöglich macht, durch das Verschulden eines oder des andern Theils entstanden ist, so hat es bei den allgemeinen Vorschriften des Titels von Verträgen sein Bewenden. (Tit. 5, §§. 360, 363 sqq.)

§. 105. So lange der Verkäufer die Gefahr und Lasten der Sache zu tragen schuldig ist, können demselben in der Regel auch die Nutzungen nicht benommen werden.

§. 106. Pacht- und Miethzinsen werden zwischen dem Käufer und Verkäufer, nach Verhältniß ihrer Besitzzeit, getheilt[68]).

---

64) Damit allein ist ihm nicht geholfen, er hat auch Bezahlung des Kaufgeldes zu fordern und zwar sofort bei der Uebergabe (§§. 93, 221 d. T.), die Deposition ist aber Uebergabe. Vergl. Tit. 16, §. 234. Doch kann er nur unter einer von zwei Voraussetzungen: Verderblichkeit der Sache, oder Kostbarkeit der Aufbewahrung und Verwaltung, gerichtlichen Verkauf und Befriedigung aus dem Erlöse, ohne Weiteres, fordern. §§. 218—220 d. T.

65) Nur Schadloshaltung, nicht Erfüllung des Kontrakts (Bezahlung des Kaufgelds), kann der Verkäufer fordern. Der Kontrakt ist mithin auch in dem hier vorausgesetzten Falle, wo die Sache nach dem Uebergabetermine ganz zu Grunde gegangen und der Käufer aus einem nur geringen Versehen in mora accipiendi ist, aufgehoben. Worin aber soll die Schadloshaltung bestehen, wenn nicht in der Zahlung des Kaufpreises für die vernichtete Sache? Der Schade besteht ja eben in dem Verluste des Kaufgeldes. Vermuthlich sind damit die Aufwendungen gemeint, welche der Verkäufer auf den Handel gemacht hat, so, daß er zwar die Sache verlieren, aber was er außerdem noch aus seinem Vermögen zur Vorbereitung und Eingehung des Geschäfts verwendet hat, erstattet erhalten soll, z. B. Mäklergebühren, Gerichtskosten, Reisekosten, Aufbewahrungskosten u. dergl. Vergl. den folg. §. 103. Es ist unfindbar, welcher juristische Gedanke bei dieser Vorschrift geleitet hat. Denn ist der Käufer nur für ein mäßiges Versehen verantwortlich, so ist alles, was sich außer dem Falle eines solchen Versehens zuträgt, Zufall; soll er schlechthin die Folgen seines Verzuges tragen, so muß er auf seiner Seite den Kontrakt erfüllen. Der Grund der Unsicherheit oder Inkonsequenz liegt in den nach A. L.R. zweifelhaften Erfordernissen der Mora.

66) Die Bestimmung ist auffallend. Mehr als Erfüllung des Kontrakts durch Bezahlung des Kaufgeldes nebst Verzugszinsen, sowie Schäden und Kosten kann der Verkäufer von dem Käufer in keinem Falle fordern. Worin also die Schadloshaltung, wozu auch die Bezahlung des Kaufgeldes gehört, bestehen soll, ist undenkbar, wenn man nicht die etwa durch die längere Aufbewahrung oder durch den Untergang verursachten Kosten und Schäden im Sinne gehabt hat, was wahrscheinlich ist: denn diese muß der Käufer freilich gleichfalls ersetzen. Der Verkäufer kann durch den Untergang der Sache kein größeres Recht erhalten, als er haben würde, wenn er die Sache übergeben könnte. S. die folg. Anm.

67) Im Falle einer mora accipiendi aus mäßigem Versehen muß mithin der Käufer das periculum interitus rei tragen, d. h. er muß das Kaufgeld kontraktmäßig bezahlen, und der Verkäufer ist von seiner Verbindlichkeit frei, wie wenn er vollständig erfüllt hätte.

Dieser Rechtssatz gilt auch und kommt zur Anwendung dann, wenn zwar nach der Zögerung die Sache nicht zu Grunde gegangen, aber doch die Uebergabe durch die Zögerung dem Verkäufer unmöglich gemacht worden ist. S. o. die Anmerk. 88 zu §. 361, Tit. 5.

68) Ohne Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Der Käufer der verpachteten oder vermietheten Sache tritt in die Rechte und Pflichten des Verkäufers. Erk. des Obertr. v. 3. Juni 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 428); und v. 20. Juni 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 446).

§. 107. Geldzinsen, Kornpächte der Unterthanen, Zehnten, Dienstgelder, Abschoß und andere Hebungen dieser Art, gebühren dem Käufer, so weit sie nach der Uebergabe fällig sind.

§. 108. Was der Substanz der Sache, nach geschlossenem Vertrage, durch natürliche An- und Zuwüchse noch beitritt; und davon, zur Zeit der Uebergabe, vermöge des gewöhnlichen Nutzungsrechts noch nicht abgesondert ist, gehört dem Käufer, und muß ihm, mit der Sache zugleich, übergeben werden[69]).

§. 109. Keiner der Kontrahenten kann, wider des andern Willen, Sache und Kaufgeld zugleich nutzen[70]).

---

Die Unterscheidung der Pacht- und Miethzinsen von den Geld- und Naturalabgaben, worüber der folgende §. 107 eine andere Bestimmung trifft, hat keinen sachlichen Grund; sie ist gegen die eingegangenen Erinnerungen und gegen Suarez' Vorschlag getroffen worden, aus einem nicht bekannten Grunde. (Ges.-Rev. Pens. XIV, S. 37.)

69) Dazu gehören auch die Ablösungskapitalien (vergl. die Anm. † zu §. 49 des Rentenbank-G. im Tit. 8, Th. II) und die für abgelöste Berechtigungen angewiesenen Landabfindungen. Gleichfalls muß das Vorkaufsrecht, welches in der Zwischenzeit bei der Auflösung einer Eisenbahngesellschaft auf die zur Eisenbahnanlage expropriirten, nun dem gemeinen Verkehre zurückfallenden Grundstücke dem Besitzer eines Gutes erwächst, dem Käufer des Gutes zustehen, und wenn es der Verkäufer vor der Uebergabe ausübt, ist er gehalten, das zurückgekaufte Grundstück dem Käufer des Gutes, gegen Vergütung der auf die Rückerwerbung gemachten Verwendungen, mit zu übergeben, ohne daß es für den Letzteren eines besonderen Titels (Kontrakts) bedarf.

70) Vergl. §§. 227, 291 d. T., und L. 13, §§. 20, 21 D. de act. emti (XIX, 1); L. 5 C. eodem (IV, 49). Die Regel lautet nicht: Keiner der Kontrahenten kann Sache und Kaufgeld zugleich nutzen; sondern einschränkend: daß dies nicht wider den Willen des Andern geschehen kann. Die Frage ist: wann anzunehmen sei, daß es wider den Willen des Andern geschehe. Einerseits ist die Meinung hervorgetreten, daß es in allen Fällen anzunehmen, in welchen Kaufgelder erst nach der Uebergabe gezahlt werden sollten und im Vertrage nichts über die Verzinsung bestimmt worden sei. (Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 179.) Gegen diese Meinung sind zwei Präjudize des Obertr. gerichtet:

Nr. 62, vom J. 1833. Der Käufer eines Grundstücks, welchem im Kaufkontrakte die Befreiung desselben von den darauf haftenden Schulden und Realverbindlichkeiten bis zur Verlautbarung des Kontrakts zugesagt, und für den Fall der Nichterfüllung dieser Zusage das Recht vorbehalten ist, das Restkaufgeld, welches er bis zu einem bestimmten Zeitpunkte verzinsen sollte, bis zur vollständigen Erfüllung des Gegentheils retiniren zu können, — ist nicht verpflichtet, das Restkaufgeld über diesen Zeitpunkt hinaus bis zur viel später geleisteten Liberation des Fundi zu verzinsen, obwohl das Grundstück schon beim Kontraktsabschlusse naturaliter übergeben worden. Die Vorschrift des §. 109 findet hier keine Anwendung, weil sie im Falle der Anwendung gegen den Käufer voraussetzt, einmal, daß ihm eine vertragsmäßige Uebergabe geleistet, und zweitens, daß von ihm wider den Willen des anderen Theils res et pretium genutzt sei.

Nr. 1742, v. 9. April 1846. Wenn in einem Kaufkontrakte für die Zahlung des Kaufgeldes Termine festgesetzt sind, welche erst nach der Uebergabe der Sache eintreten, ohne Zinsen vom Kaufgelde vorzubedingen, so können diese erst seit dem Eintritte der Fälligkeitstermine gefordert werden. (Entsch. Bd. XIII, S. 178.)

Diesen Rechtssätzen ist beizustimmen. Dagegen will eine andere Meinung geltend machen: daß nur die Kaufgelder zu verzinsen seien, deren baare Zahlung bei der Uebergabe versprochen, aber nicht geleistet wurde, daß hingegen die Kaufgelder für kreditirt zu erachten, nach §. 861 d. T., rücksichtlich deren solche Festsetzung nicht getroffen worden (Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 181). Dies ist nicht anzuerkennen. Der §. 861 hat das Geben von Sachen auf Kredit zum Gegenstande und sagt: Wann anzunehmen sei, daß Sachen auf Kredit gegeben worden, ist §§. 224 — 227 bestimmt. Diese aber beziehen sich hauptsächlich auf die Befugniß zum Rücktritte von dem Kontrakte bei ausbleibender Zahlung, falls der Verkäufer das Kaufgeld nicht geborgt hat (§. 226), und bestimmen nur nebenher (§. 227), daß der Verkäufer, wenn er nicht zurücktritt und der Käufer die baar bedungene Zahlung bei der Uebergabe nicht leistet, auch Zögerungszinsen vom Tage der Uebergabe fordern könne. Das versteht sich von selbst, wegen der mora solvendi. Dadurch wird unsere Frage nicht entschieden. Für den Fall, wo im Kontrakte ein Zahlungstermin ausdrücklich festgesetzt worden ist, brauchen wir keine gesetzlichen Bestimmungen. Diese (§§. 221, 93) sind eben nur auf den Fall nöthig, wenn die Parteien nichts ausdrücklich oder besonders ausgemacht haben. Und nun kommen wir auf die obige Frage wieder zurück: wann anzunehmen sei, daß der Käufer Sache und Kaufgeld zugleich wider den Willen des Verkäufers nutze, wenn über die Zahlung des Kaufpreises der Kontrakt schweigt. In solche Lücke tritt der §. 221 d. T.: „Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen

§. 110. Hat alſo der Verkäufer das Kaufgeld ganz oder zum Theil empfangen, ſo muß er, wenn nicht ein Anderes verabredet iſt, das Erhaltene[70a]) bis zur Uebergabe landüblich verzinſen.

§. 111. Hat der Käufer die Uebernahme verzögert, ſo kann der Verkäufer, ſtatt der Verzinſung, zur Berechnung und Auslieferung der gezogenen Nutzungen ſich erbieten.

§. 112. Dabei[71]) darf der Verkäufer bloß für ein grobes Verſehen haften.

§. 113. Iſt der Verkäufer Schuld an der verzögerten Uebergabe, ſo kann der Käufer von ihm den höchſten bei Perſonen ſeiner Klaſſe zuläſſigen Zinsſatz fordern.

§. 114. Liegt Vorſatz oder grobes Verſehen bei der Zögerung des Verkäufers zum Grunde, ſo kann[72]) der Käufer, ſtatt der Verzinſung, Rechnungslegung über die gezogene Nutzung fordern.

§. 115. Dabei[73]) haftet der Verkäufer auch für ein geringes Verſehen.

§. 116. Iſt die Zahlung des Kaufgeldes ausdrücklich vor der Uebergabe bedungen, oder freiwillig ohne Vorbehalt geleiſtet worden, ſo darf der Verkäufer, ſo lange

---

ſchuldig." Enthielte ein Kontrakt dieſe Worte, ſo würde wahrſcheinlich kein Zweifel darüber aufkommen, daß der Käufer, wenn er nicht zahlte und der Verkäufer ſich damit nicht einverſtanden erklärte, wider den aus dem Kontrakte deutlich erkennbaren Willen der Verkäufers, Sache und Kaufgeld zugleich nutzte. Es iſt aber eben ſo gut als enthielte der Vertrag dieſe Beſtimmung, „wenn nicht ein Anderes darin verabredet iſt" (§. 221); denn ſie ſoll eben die Verabredung ſubſidiariſch ergänzen, oder vielmehr, es wird angenommen, daß die Kontrahenten gerade das, was ſubſidiariſch vorgeſchrieben iſt, und nichts Anderes gewollt haben. In ſofern läßt der Vertrag allemal den Willen derſelben erkennen. Der ſchon oft auf die Zinſenobligation irrig bezogene §. 224 beſtimmt nur die Frage: wann und wie lange der Verkäufer die übergebene Sache wegen Nichtbezahlung des Kaufgeldes ſoll zurückfordern können. (4. A.) Da jedoch dieſes Prinzip bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs nicht beibehalten worden iſt (§. 230); ſo iſt der §. 224 bedeutungslos geworden; er hätte ſammt dem §. 225 geſtrichen werden ſollen; man hat dies überſehen.

(4. A.) Der Grundſatz des §. 109 findet auch bei Expropriationen Anwendung. Erk des Obertrib. v. 31. Januar 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 190).

Eine analoge Anwendung wird davon auch auf den Fall, wenn einem Miterben in dem Teſtamente des Erblaſſers das Nachlaßgrundſtück gegen die Verpflichtung, ſeine Miterben abzufinden, überlaſſen wird, dahin gemacht, daß er die Abfindung der Letzteren ſeit dem Todestage des Erblaſſers zu verzinſen gehalten ſei. Erk. des Obertr. v. 18. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 209).

Der Käufer ſoll nicht Sache und Kaufgeld zugleich nutzen. Daraus iſt gefolgert, daß eine Verpflichtung des zum Beſitze des Grundſtücks gelangten Käufers zur Verzinſung des nicht gezahlten Kaufgeldes nach §. 109 nicht ſtattfinde, wenn das Grundſtück Revenuenüberſchüſſe nicht gewährt hat. Erk. des Obertr. vom 23. April 1856 (Arch f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 123). Das iſt ein bedenklicher Satz. Der Nutzen läßt ſich nicht immer in benannten Geldſummen darſtellen, er beſteht in allem Gebrauche, welcher von der Sache möglicher und rechtlicher Weiſe gemacht werden kann. Vergl. §. 109, Tit. 2. Der §. 292 d. T. betrifft einen Spezialfall.

(4. A.) Wenn Aktien mit den laufenden Zinſen nicht auf Borg verkauft worden, jedoch bis auf Zahlung des Kaufpreiſes in den Händen des Verkäufers geblieben ſind, ſo muß der Käufer den Kaufpreis vom Tage des Abſchluſſes des Vertrages verzinſen, weil er die laufenden Zinſen der Aktien erhält. Erk. des Obertr. v. 12. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 13).

70a) (4. A.) Gleichviel, ob es bezahlt oder durch Kompenſation mit einer unverzinslichen Gegenforderung des Käufers berichtigt worden iſt. Erk. des Obertr. v. 8. November 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 37).

71) S. die folg. Anm. 73 zu §. 115.

72) Er kann, aber er braucht nicht; er kann es auch bei der Verzinſung bewenden laſſen. Die Beſtimmung des §. 114 will dem Käufer noch ein größeres Recht geben. Dadurch geht ihm das geringere, wenn er dabei ſtehen bleiben will, nicht verloren. S. auch das Erk. des Obertr. v. 10. September 1847, Rechtsf. Bd. I, S. 202.

73) Bei der Rechnungslegung? Oder bei der gezogenen Nutzung? Ohne Zweifel bei der Nutzung. Uebrigens iſt weder zu dieſer Ausnahme von der Regel (welche nur für ein mäßiges Verſehen verantwortlich macht, §. 278, Tit. 5), noch zu den entgegengeſetzten Ausnahmen der vorhergehenden §§. 112 u. 114 ein ſachlicher Grund findbar.

die Uebergabe nicht durch seine Schuld verzögert wird, weder Zinsen zahlen, noch Nutzungen berechnen[73a]).

Besonders bei Verkäufen in Pausch und Bogen;

§. 117. Ist eine Sache in Pausch und Bogen, oder wie sie steht und liegt, verkauft, so übernimmt der Käufer, gleich nach unterzeichnetem Kontrakte, nebst allen Nutzungen und Rechten, zugleich diejenigen Gefahren und Lasten, die ihn sonst erst nach der Uebergabe würden getroffen haben[74]).

§. 118. Bleibt in einem solchen Falle der Verkäufer, nach unterzeichnetem Kontrakte, bis zur Uebergabe im Besitze der Sache, so hat er, in Ansehung der Nutzungen sowohl, als der Lasten und Gefahren, nur die Rechte und Pflichten eines Verwalters fremder Sachen[75]). (Tit. 14, Abschn. 2.)

§. 119. Davon kann er sich jedoch, bei einem durch Zufall oder durch Schuld des Käufers entstehenden Verzuge der Uebergabe, durch Ausantwortung der Sache zur gerichtlichen Aufsicht und Verwaltung befreien.

§. 120. Wird aber die Sache vor der Uebergabe, durch Zufall[76]) oder Schuld des Verkäufers, dergestalt vernichtet, daß gar keine Uebergabe mehr erfolgen kann, so trifft dieser Verlust den Verkäufer.

bei einem Inbegriffe von Sachen[77]).

§. 121. Ist ein Inbegriff von Sachen gekauft worden, so wird ein solches Geschäft, in Ansehung der Nutzungen und Gefahren, dem Kaufe in Pausch und Bogen gleich geachtet.

§. 122. Ist die Zahl der Stücke bloß zur nähern Bezeichnung des Inbegriffs angegeben worden[78]), so wird dadurch die Natur des Kaufs, als eines in Pausch und Bogen geschlossenen, nicht geändert.

§. 123. Hat sich aber der Käufer eine gewisse Zahl von Stücken aus einem Inbegriffe vorbedungen, so finden die unten §. 207 sqq. gegebenen Vorschriften Anwendung.

Wie die Uebergabe geleistet werden müsse.

§. 124. Der Verkäufer muß die Uebergabe so leisten, daß der Käufer dadurch in den Stand gesetzt werde, über die gekaufte Sache nach dem Inhalte des Kontrakts zu verfügen[79]).

---

73a) In beiden Fällen geschieht es eben mit dem Willen des Käufers, daß der Verkäufer Sache und Kaufgeld zugleich nutzt. Vergl. o. die Anm. 70.

(5. A.) Verzögert der Verkäufer durch seine Schuld die Uebergabe, so muß er auf Grund des §. 109 die vorausgezahlten Kaufgelder dem Käufer landüblich verzinsen; die Zinsen sind nicht eigentliche Zögerungszinsen (der §. 116 bezeichnet sie auch nicht als solche), sondern gesetzliche. Erk. des Obertr. v. 10. Juli 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 64).

74) Doch aber trägt er nicht den zufälligen Untergang der Sache (vergl. Anm. 61 zu §. 95), vielmehr verbleibt es in diesem Falle bei der Regel. §. 120. (4. A.) Denn zum Uebergange des Eigenthums auch der in Pausch und Bogen freiwillig verkauften Sache ist die Uebergabe erforderlich. Erk. des Obertr. vom 8. Sept. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 117).

75) Man hat auf Grund dieses und des vorhergehenden §. 117 behauptet, das Eigenthum gehe bei freiwilligen Verkäufen in Pausch und Bogen schon durch Abschließung des Kontrakts über. (Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 412.) Diese Ausnahme von dem Grundsatze des §. 1, Tit. 10, daß bei der mittelbaren Erwerbung zur Uebertragung des Eigenthums die Uebergabe das einzige Mittel (modus acquirendi) ist (vergl. auch §. 1038 d. T.), gilt hier keineswegs, denn durch nichts ist sie auch nur angedeutet, vielweniger ausdrücklich vorgeschrieben, was doch für Ausnahmen nothwendig ist. Das Obertrib. steht gleichfalls auf dieser Seite, nach dem Pr. 533, v. 28. Sept. 1838: „Das Eigenthum der freiwillig, aber in Pausch und Bogen verkauften Sache geht dennoch erst mit der Tradition auf den Käufer über." Die Vorschriften der §§. 117—120 finden jedoch auf die nothwendige Subhastation, für welche der §. 344 besondere Bestimmungen trifft, nicht Anwendung. Pr. 537, v. 28. Sept. 1838.

76) S. oben die Anm. 74 zu §. 117.

77) In der ersten Ausgabe steht dieses Marginale richtig neben dem §. 121; in spätereu Ausgaben findet es sich aus Versehen neben dem §. 120.

78) Das ist eine Thatsache, welche aus dem Vertrage oder den Umständen entnommen werden muß.

79) Sonst kann der Käufer auch nach der Uebergabe die Kaufgelderzahlung verweigern, auf Grund des §. 271, Tit. 5. Denn bei Kaufkontrakten über Grundstücke gehört es zu den wesentlichsten Thei-

§. 125. Bei Grundstücken ist zwar die gerichtliche Zuschreibung im Hypothekenbuche für sich allein zur Uebergabe noch nicht hinreichend[80]).

§. 126. Es gehört aber mit zu den Pflichten des Verkäufers, daß er alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um diese gerichtliche Zuschreibung an den Käufer zu bewirken[81]).

---

len der Erfüllung, daß der Verkäufer alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um den Käufer in den Stand zu setzen, die gerichtliche Zuschreibung auf seinen Namen zu bewirken. S. das Pr. 2002 in der Anm. 29, No. III, 1, lit. bb, zu §. 271, Tit. 5. (4. A.) Wenn aber dem Verkäufer die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung, die Berichtigung des Besitztitels für den Käufer zu erwirken, durch Zufall, etwa durch bleibenden Untergang des Gegenstandes nach der Uebergabe, unmöglich geworden ist; so wird dadurch der Käufer von der Entrichtung des Kaufgeldes nicht befreit, zufolge der Regel, daß der Eigenthümer den Zufall zu tragen hat. Eine Anwendung von diesem Grundsatze macht das Obertr. in dem Erk. v. 14. Juli 1851 auf den Kauf einer Jagdgerechtigkeit und die demnächst durch das Ges. vom 31. Okt. 1848 erfolgte Vernichtung derselben. (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 262.) Früher war eine davon abweichende Ansicht bei dem Obertribunale zur Geltung gekommen. S. Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 264 ff.

Ebenso gehört, beim Verkaufe eines Lehnguts, wo die Rechte vorhandener Lehnsinteressenten der Berichtigung des Besitztitels für den Käufer entgegenstehen, die Hinwegräumung derselben nicht zur Exiktionsleistung des Verkäufers, sondern zur Vollständigkeit der ihm obliegenden Uebergabe, daher derselbe auch nach geleisteter Naturaltradition, vor Beseitigung jener Rechte, weder Zahlung noch Deposition des rückständigen Kaufgeldes fordern kann. Pr. des Obertr. 659, vom 3. Mai 1839.

80) D. h. zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers. Die Vorstellung bei dieser Bestimmung, sowie überhaupt bei der Einschreibung des Besitztitels, scheint nicht recht klar gewesen zu sein. Die Zuschreibung im Hypothekenbuche kann nicht vor der Uebergabe geschehen, wenn Ordnung beobachtet wird (Tit. 10, §§. 6 ff. u. die Anm. dazu), sie setzt die Uebergabe als geschehen voraus. Das sagt schon der Ausdruck „Besitztitel". Der Besitzer läßt den Titel seines Besitzes einschreiben, folglich muß er im Besitze sein. Daher ist nicht zu finden, wie die Zuschreibung im Hypothekenbuche zur Uebergabe sollte für hinreichend erachtet werden können, so daß es dieser abweisenden Bestimmung besonders bedurft hätte.

81) Vergl. Tit. 2, §§. 62, 63. Dort ist die Frage, über welche die gemeinrechtlichen Praktiker sich verschieden äußern, entschieden: in wiefern der Verkäufer verbunden, instrumenta authentica, quae ad rem venditam pertinent, emtori tradere. Vergl. auch L. 48 und 52 pr. D. de act. emti (XIX, 1); Wernher, Obs., Tom. 1, obs. 210; Müller, Promptuar. v. instrum., n 55, 56. — (4. A.) Die Regel des §. 126 greift nur Platz, so lange nicht der Inhalt des Vertrages zu einer ihr entgegengesetzten Annahme führt. Erk. v. 2. Nov. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 149). (5. A.) Allein die Verbindlichkeit des Verkäufers kann nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn die Bedenken der Hypothekenbehörde offenbar unbegründet sind und von Seiten des Verkäufers Nichts mehr erforderlich ist, um den Rechten nach die Eintragung des Besitztitels für den Käufer zu bewerkstelligen. Erk. des Obertr. vom 25. Januar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 219).

(5. A.) Ueber die Bedeutung der im §. 126 ausgesprochenen Verbindlichkeit ist das Obertr. mit sich nicht einig. Der II. Senat führt in dem Erk vom 21. Juni 1866 aus: „Nach dem §. 126 ist der Käufer eines Grundstücks zwar verpflichtet, alles zu thun, was von seiner Seite erforderlich, um die gerichtliche Zuschreibung im Hypothekenbuche an den Käufer zu bewirken, hieraus folgt aber nicht, daß, so lange der Verkäufer dieser Verbindlichkeit nicht genügt hat, beziehungsweise so lange die Zuschreibung nicht bewirkt ist, der Verkäufer, auch wenn die Uebergabe an den Käufer geschehen, doch den Vertrag in der Hauptsache noch nicht erfüllt habe, und der Verkäufer nach den §§. 270, 271 d. T. vom Käufer die Erfüllung des Vertrages überhaupt nicht fordern könne. — Die Verbindlichkeit des Verkäufers eines Grundstückes hinsichtlich der Zuschreibung an den Käufer ist zwar eine an sich sehr erhebliche, welche, wenn der Verkäufer ihr nicht genügt, nach Umständen selbst die Auflösung des Kaufgeschäfts herbeiführen kann; die Erfüllung derselben gehört aber nicht zur Erfüllung des Vertrages in der Hauptsache im Sinne des Gesetzes und der erwähnten früheren Entscheidungen; sie betrifft vielmehr nur eine, sich aus dem Vertrage ergebende, besondere Verbindlichkeit (also eine Art von pactum adjectum! D. H.), wegen deren der Käufer, welcher die Uebergabe des Grundstückes angenommen, gegen den Verkäufer, welcher derselben nicht genügt, seine diesfalligen Rechte zwar verfolgen, die Erfüllung von seiner Seite aber nur nach Maßgabe desjenigen Interesses, welches er dabei hat, daß der Verkäufer auch dieser Verbindlichkeit nachkomme, zu verweigern berechtigt ist." (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 2 ff.). — Dagegen sagt der III. Senat in dem Erk. vom 7. Oktober 1867: „Es gehört nach §. 126 zu den wesentlichen Pflichten des Verkäufers, daß er Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung an den Käufer, d. h. die Besitztitelberichtigung auf seinen Namen, zu bewirken, weil ohne den Besitztitel der Käufer über das Grundstück als über sein Eigenthum nach §. 135 a. a. O. nicht verfügen kann.

§. 127. Ueberhaupt muß die Uebergabe nach den Vorschriften des Siebenten Titels §. 58 sqq. erfolgen.

besonders unter Abwesenden.

§. 128. Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden[82]).

§. 129. Doch muß die Uebermachung entweder nach der Anweisung des Käufers geschehen, oder von diesem die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers, ausdrücklich oder stillschweigend, überlassen worden sein[83]).

§. 130. Auch wird, wenn durch eine solche Uebergabe Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, vorausgesetzt, daß der Kauf selbst unter den abwesenden Parteien völlig[84]) abgeschlossen worden.

§. 131. Erfolgt der Abschluß des Kaufs erst während der Zeit, daß die Sache oder Waare unterwegs ist, so geht erst von dem Augenblicke an, wo der Vertrag zu Stande gekommen ist, Eigenthum und Gefahr auf den Käufer über[85]).

---

— Die Beschaffung des Besitztitels in diesem Sinne gehört nicht zur bloßen Nebenverpflichtung aus dem Vertrage; die Beschaffung des Besitztitels ist in den §§. 125 und 126 gerade der Pflicht des Verkäufers zur Uebergabe gleichgestellt." (Arch. a. a. O. S. 235.) So ist es.

82) Diese Bestimmung setzt den Grundsatz voraus, daß die Uebergabe an dem Orte, wo die Sache sich befindet, geschehen muß. Soll sie da geschehen, wo der Käufer sich aufhält, so wird sie erst mit der Ankunft bei ihm vollzogen.

Die in den §§. 128 ff. für Abwesende angeordneten Erleichterungen ändern übrigens nichts an dem Grundsatze des §. 1, Tit. 10, daß die Veräußerung und Uebertragung der Sache auf der Tradition beruht; sie haben auch keinen andern Zweck, als eben diese Handlung zu vermitteln, und der Käufer wird in keiner andern Hinsicht bei dem Empfange der Sache durch jene Personen vertreten. Daher kann ihm, wenn er wegen eines in die Augen fallenden Fehlers, womit die Sache behaftet ist, Gewährsleistung fordert, nicht entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Waare an den abholenden Fuhrmann gerügt worden sei. S. Pr. 1815, in der Anm. 72 zu §. 330, Tit 5. Vergl. auch unten die Anm. 84 a. E. und meinen Aufsatz in Siebenhaar ꝛc., Arch. Bd. IX, S. 174.

Die Verabredung, daß die Uebersendung der Waare kostenfrei geschehen solle, hat nicht die Folge, daß nicht dennoch die Ablieferung an den Fuhrmann als Uebergabe zu betrachten wäre. Pr. des Obertr. 1629, vom 11. Oktober 1845 (Entsch. Bd. XII. S. 200). Doch ist hierbei vorauszusetzen, daß die Verabredung nicht eine Folge der allgemeineren Verabredung, daß die Uebergabe an dem Bestimmungsorte geleistet werden solle, sei. Denn in diesem Falle würde der Fuhrmann der Geschäftsträger des Absenders sein.

83) Alsdann bedarf es nicht noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung. Der §. 133 steht dem nicht entgegen. S. u. die Anm. 86.

84) Und rechtsgültig. Bei einem bloß mündlich abgeschlossenen Vertrage, welcher aber nach seinem Gegenstande die schriftliche Form erforderte, wird daher dadurch, daß die verkaufte Sache dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden, die Uebergabe nicht bewirkt, und es geht eben deshalb Eigenthum und Gefahr dadurch nicht auf den Käufer über. Es ist daher in einem solchen Falle nicht zu behaupten, daß der Käufer die Erfüllung des mündlich abgeschlossenen Vertrages angenommen habe. Vergl. o. die Anm. 82, Absatz 2. (4. A.) Deshalb bewirkt die einseitige Erklärung des Absenders, daß die Sendung auf Gefahr des Adressaten erfolge, ohne völligen, d. h. rechtsverbindlichen Abschluß des Kaufs, nicht den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr auf den Käufer. Erk. des Obertr. vom 20. Dez. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 354), und Erk. v. 15. Mai 1855 (Arch. Bd. XVIII, S. 7).

(4. A.) Sind die Voraussetzungen der §§. 128 — 130 vorhanden, so kann die Wirkung der Uebergabe der Waare zu Eigenthum dadurch nicht verhindert werden, daß der Absender das dritte, für ihn selbst bestimmte Exemplar des Konnossements dem Destinaten nicht nachgesandt hat. Erk. des Obertr. vom 20. Mai und 7. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 85).

Es ist angenommen, daß die Uebergabe der bei einer überseeischen Fabrik bestellten Waaren an den Besteller durch deren, behufs der Verschiffung erfolgte, Hingabe zum Landtransporte für bewirkt zu erachten sei und daher mit diesem Zeitpunkte Eigenthum und Gefahr auf den Besteller übergehe. Der Fabrikbesitzer ist ohne Auftrag die abzusendenden Waaren zu versichern nicht verpflichtet. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 281).

85) Wenn über den Ort der Uebergabe nichts besonderes verabredet worden ist.

§. 132. Hat der Käufer zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages noch nicht gewußt, daß die Sache schon unterweges sei, so überkommt er Eigenthum und Gefahr erst von dem Zeitpunkte an, wo er die Art der Versendung erfährt, und solche ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt.

§. 133. In allen Fällen (§§. 129 — 132) gilt es für eine stillschweigende Genehmigung der von dem Verkäufer gewählten Art der Uebermachung, wenn der Käufer auf die erste davon erhaltene Nachricht, seine Mißbilligung derselben nicht mit der ersten abgehenden Post erklärt hat[86]).

§. 134. Ist der Käufer in der Zwischenzeit von der nach §. 128 vollzogenen Uebergabe, bis zu dem Zeitpunkte, wo die Sache in seinem Wohnorte wirklich ankommt, in Konkurs versunken, so kann der Verkäufer die Sache, nach näherer Bestimmung der Konkursordnung, in Natur zurücknehmen[87]).

c) Von der Gewährsleistung überhaupt;

§. 135. Der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen[88]) als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne[88a]).

---

86) Diese Bestimmung ist in Verbindung mit dem §. 129 überflüssig. Wenn nämlich in dem Vertrage und bei der Bestellung nichts über die Art der Uebermachung bestimmt, aber doch die Uebersendung der bestellten Waaren verlangt wird, indem der Besteller die Abholung nicht übernommen hat; so ist die Art der Uebermittelung dem Verkäufer stillschweigend überlassen. Giebt der Verkäufer und Versender darauf dem Besteller Nachricht von der gewählten Art der Uebermachung, so kann der Käufer dieselbe nicht mehr mißbilligen, vielmehr muß er gut heißen, was der Andere nach seinem Willen gethan hat; es kommt nichts mehr auf seine Genehmigung an. Erklärte er also auch auf die erste Nachricht seine Mißbilligung mit der Art des Transports, so müßte dies doch wirkungslos bleiben. Die Bestimmung kann daher nur den Fall betreffen, wenn die gewählte Art der Uebermachung dem zu erkennen gegebenen Willen des Bestellers nicht entspricht. Außerdem kann das Stillschweigen auf die erste Nachricht nur als eine Bekräftigung der stillschweigenden Ueberlassung der Versendungsart angesehen werden.

87) Vergl. Tit. 50, §§. 305 — 309 der Prozeßordnung und Konkursordnung vom 8. Mai 1855, §. 26.

88) Was also als eine dem Anspruche eines Dritten ausgesetzte Sache verkauft wird, ist, wenn dieser Fall eintritt, nicht zu gewährleisten. Z. B. ist der Verkäufer eines, mit einem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Vorkaufsrechte belasteten Guts, bei mangelnden kontraktlichen Bestimmungen, dem Käufer die Gewähr zu leisten nicht schuldig, wenn in Folge der Ausübung solchen Vorkaufsrechts das Gut dem Käufer entzogen wird. Pr. des Obertr. vom 28. Juni 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 147). Vergl. §. 159 d. T. — (5. A.) Hatte der Käufer davon Kenntniß, daß die Ausübung dieses Rechts dem Vorkaufsberechtigten auf Grund des älteren Kaufvertrages seines Verkäufers, der dem Vorkaufsberechtigten solchen verschwiegen, mit geringerem Kaufpreise zustehe, so hat der Verkäufer deswegen keine Gewähr zu leisten, d. h. das an ihn gezahlte Plus des jüngeren Kaufpreises nicht zu erstatten, wenn der Vorkaufsberechtigte dem Käufer das Grundstück gegen Zahlung des geringeren Preises abfordert; der spätere Käufer soll also das Plus zum Vortheil seines Verkäufers, der doch das Grundstück an den Berechtigten für den geringeren Preis hätte herausgeben müssen, wenn diesem zur gehörigen Zeit Nachricht von dem älteren Kauf gegeben worden wäre, verlieren. So hat das Obertr. erkannt. Erk. vom 10. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 185). Darnach würde denn auch der spätere Verkäufer, wenn ihm selbst, noch vor der Uebergabe, das Grundstück Seitens des Vorkaufsberechtigten abgefordert worden wäre und er also dasselbe seinem Abkäufer nicht hätte übergeben können, gleichwohl berechtigt gewesen sein, von diesem das noch nicht bezahlte höhere Kaufgeld ohne Gegenleistung einzufordern. Nach welchem Prinzip könnte das rechtlich möglich sein? Dieser spätere Verkauf ist ja vereitelt durch den auf Grund des vorhergegangenen bisher unangezeigten Kaufs ausgeübten Vorkauf. Daraus folgt: 1. die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufgeldes ist erloschen, wenn das Vorkaufsrecht vor der Uebergabe und Zahlung ausgeübt worden ist, weil dadurch das jüngere Kaufsgeschäft gegenstandslos geworden; 2. das gezahlte Kaufgeld kann mit der condictio sine causa zurückgefordert werden, wenn das Vorkaufsrecht nach der Uebergabe ausgeübt wird, weil dadurch die causa wieder entfallen ist. Von einer Gewährleistung kann hier überhaupt gar nicht Rede sein, die Auffassung des Falles ist irrig und die ganze Ausführung geht fehl. Die Kenntniß des Käufers, daß dem Vorkaufsberechtigten, wenn er werde wollen (wenn er dahingestellt sein läßt, weil es ganz ungewiß ist), die Ausübung des Rechts auf Grund des vorigen Kaufs zustehe, ist ganz unerheblich, sie ist für den verheimlicht habenden Verkäufer kein Grund, etwas ohne Recht zu behalten.

(4. A.) Der Verkäufer muß für einzelne, in dem Hypothekenbuche weder besonders vermerkte, noch

§. 136. Er muß also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten auf die verkaufte Sache vertreten[89]). insonderheit gegen die Ansprüche eines Dritten.

§. 137. Der Käufer kann jedoch seinem Rechte, Gewährsleistung zu fordern, gültig entsagen[90]).

§. 138. Dergleichen Entsagung darf aber nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn der Verkäufer den Anspruch des Dritten gewußt, und ihn dem Käufer nicht angezeigt, oder wenn er diesen Anspruch durch seine eigenen Handlungen begründet hat[91]).

§. 139. Haben beide Theile ausdrücklich[92]) über eine fremde Sache kontrahirt,

---

abgeschriebene Parzellen des verkauften Guts Gewähr leisten, welche er vor dem Verkaufe desselben an Dritte veräußert und übergeben hat, wenn der Käufer des Guts hiervon keine Kenntniß erlangt hatte. Erk. des Obertr. vom 14. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 51).

88a) (5. A.) Hat ein Käufer bereits durch die ihm geleistete Uebergabe das Eigenthum der gekauften Sache erlangt und tritt demnächst seine Rechte aus dem Kaufvertrage gegen ein bestimmtes Entgelt an einen Andern ab, so ist das Geschäft nicht als Cession eines Forderungsrechts, sondern als ein Sachkauf aufzufassen, d. h. es ist so zu verstehen, daß die Absicht dahin gegangen sei, das Eigenthum der Sache auf den Anderen zu übertragen und ihm dafür Gewähr zu leisten. Vergl. Erk. des Obertr. vom 28. April 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 133).

89) Er muß namentlich dafür einstehen, daß dem Käufer die Sache nicht mit Recht entzogen werde. S. jedoch die vorhergehende Anm. 88.

Die Haftbarkeit für Hypotheken und Lasten (§. 184) stellt sich als eigentlicher Eviktionsfall im Sinne der §§. 135 ff. erst dann dar, wenn vermöge der Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen worden, oder wenn er solche Entziehung durch Abkaufung des Anspruchs des Dritten abgewendet hat.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers besteht, nach §. 136, darin, den Käufer gegen die Ansprüche eines Dritten zu vertreten. Daraus folgt zweierlei: 1) Der Verkäufer kann wegen Vertretung eher nicht angegangen werden, als bis ein Dritter mit Ansprüchen auf die Sache wirklich auftritt. Der Käufer kann daher unter der Behauptung, daß er sich von dem Eigenthume eines Dritten an der Sache überzeugt habe, von dem Verkäufer nicht verlangen, daß er entweder die Zustimmung des wahren Eigenthümers verschaffe, oder die Sache gegen Herausgabe des Kaufgeldes zurücknehme. Für zwei Fälle indeß hat der Käufer ein unzweifelhaftes Rechtsmittel. Erstens, wenn der Verkäufer dolose gehandelt hat. Dann kann der Käufer mit der actio doli auf das Interesse (Zurücknahme der Sache und Herausgabe des Kaufgeldes) klagen. Zweitens, wenn er an der Ausübung seines vertragsmäßigen Rechts gehindert wird. Dann hat der Verkäufer nicht gehörig erfüllt und der Käufer kann actione emti vollständige Erfüllung fordern. (Tit. 5, §. 318.) Aber wenn keiner dieser Fälle eintritt, und der Käufer überzeugt wird, daß in der That ein Dritter Eigenthümer ist, dieser aber mit seinen Ansprüchen nicht hervortritt: dann hat die Sache keinen Ausgang. Denn wenn auch dem Käufer auf Grund des §. 223 eine Klage auf Sicherstellung zugestanden werden möchte, was doch noch bestritten werden könnte, so kommt dadurch die Sache doch nicht zum Austrage, weil der Käufer, durch die mala fides superveniens, verhindert wird, mittelst der Verjährung den Eigenthümer auszuschließen. Oben, Tit. 9, §. 611 u. Anm. 47 dazu. Hier ist also der organische Zusammenhang des Rechts zerrissen. Nur zwei Wege giebt es, die Sache zum Austrage zu bringen. Entweder man sieht den Gegenstand des Kaufs für fehlerhaft an und giebt dem Käufer die actio redhibitoria, oder man nimmt an, was schon Arndts vorgeschlagen hat (Juristische Wochenschr. v. 1839, S. 401 ff.), daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit, dem Käufer Eigenthum zu verschaffen (§. 1 d. T.), nicht erfüllt habe und auch nicht erfüllen könne, und gestattet deshalb dem Käufer den Rücktritt vom Vertrage. Dieses Mittel ist dasjenige, welches den Grundsätzen des A. L.R. entspricht. — Aus unserem §. 136 folgt: 2) daß der Verkäufer nicht seinerseits die Ungültigkeit des Geschäfts behaupten und wegen Verletzung eines fremden Rechts sich von seiner Verbindlichkeit nicht frei machen kann; denn er kann seine eigene Handlung, die eben der Grund seiner Verbindlichkeit ist, nicht selbst annulliren. Daher ist z. B. ein Miteigenthümer, welcher ohne Beistimmung der Theilnehmer die gemeinschaftliche Sache verkauft hat, selbst nicht befugt, den Kauf aus diesem Grunde anzufechten. Pr. des Obertr. v. 27. Jan. 1838 (Entsch. Bd. III, S. 242).

90) Tit. 5, §. 348. Entscheidung eines großen Streits unter den neueren Civilisten für die richtige Meinung; denn jedes Naturale eines Rechtsgeschäfts kann abgeändert werden, nur darf der Autor nicht dolose handeln (§. 138). Vergl. L. 14, §. 9 D. de aedil. ed. (XXI, 1); L. 69, §. 5 D. de evict. (XXI, 2).

91) S. die vor. Anm. 90 zu §. 137.

92) Die bloße Wissenschaft der Kontrahenten, daß die den Gegenstand des Kaufs ausmachende Sache einem Dritten zugehöre, ist zur Anwendung dieses §. nicht genügend, sondern es bedarf dazu

so ist das Geschäft als ein Vertrag, wodurch die Handlung eines Dritten versprochen worden, zu beurtheilen.. (Tit. 5, §. 40 sqq.)

§. 140. Dadurch, daß Jemand der Erbe desjenigen geworden ist, der seine Sache, ohne seine Genehmigung, an einen Andern verkauft hat, wird er zwar sein Eigenthum auf die Sache geltend zu machen nicht verhindert.

§. 141. Er muß aber als Erbe dem Käufer, soweit sein Erbtheil dazu hinreicht, eben das leisten, wozu der Erblasser verpflichtet gewesen.

§. 142. Ist er des Verkäufers Erbe ohne Vorbehalt geworden, so kann er den von diesem geschlossenen Verkauf nicht anfechten[93]).

§. 143. Ein Käufer, welcher von einem Dritten über die erkaufte Sache in Anspruch genommen wird, muß, wenn er die Gewährsleistung von dem Verkäufer fordern will, diesen zu seiner Vertretung gerichtlich[94]) vorladen lassen.

§. 144. Diese Aufforderung muß sogleich, als dem Käufer die Klage des Dritten behändigt worden, spätestens aber bis zum Instruktionstermine[95]) geschehen.

§. 145. Wird die Aufforderung verabsäumt, so geht zwar das Recht des Käufers, Gewährsleistung von dem Verkäufer zu fordern, noch nicht verloren.

§. 146. Der Käufer muß aber alle Gründe und Beweismittel, welche der Verkäufer gegen den Dritten hätte an die Hand geben können, und wovon er selbst in dem Prozesse mit diesem keinen Gebrauch gemacht hat, nach näherer Bestimmung der Prozeßordnung, wider sich gelten lassen[96]).

---

der ausdrücklichen Erwähnung im Kaufkontrakte, daß die verkaufte Sache eine fremde sei. Pr. des Obertr. 526, von 1838.

Wer es weiß, daß er eine fremde Sache kaufe, hat nicht Anspruch auf Gewährleistung. §. 159 d. T. Vergl. o. die Anm. 88 zu §. 135. Privatlasten und Schulden müssen aber auch dann vertreten werden, wenn sie dem Käufer bekannt sind, nach §. 184 d. T. S. die Anm. dazu.

93) Er wird durch die exceptio doli ausgeschlossen, nach der Regel: quem de evictione tenet actio, eundem agentem multo magis repellit exceptio. L. 73 D. de evict. (XXI, 1); L. 4, §. 32 u. L. 8 pr. D. de doli mali except. (XLIV, 4). Vergl. Tit. 15, §§. 8—10. Ist der Eigenthümer nicht Alleinerbe des Verkäufers, so steht ihm die Exception nur nach Verhältniß seiner Erbquote entgegen. L. 14 C. de rei vind. (III, 32.) Wäre er z. B. Erbe ohne Vorbehalt auf Ein Viertel, so würde er Drei Viertel seiner Sache vindiziren können, wodurch ein Miteigenthum zwischen ihm und dem Käufer entstände. Wegen der dem Käufer evinzirten Drei Viertel hätte dieser die Gewährleistungsklage gegen die drei Benefizialerben, soweit deren Erbtheil reichte; an die Erbquote des vierten Erben ohne Vorbehalt dürfte er sich nicht halten. Gegen den Vormann ihres Erblassers haben sämmtliche Erben die Gewährleistungsklage, denn ihre Erbschaft ist um den Werth der Sache vermindert worden. L. 41, §. 2 D. de evict. (XXI, 2). — Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung in dem umgekehrten Falle, wenn der Verkäufer Erbe des Eigenthümers wird, doch mit dem Unterschiede, daß der Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums hier die exceptio doli nicht ausschließt, vielmehr auch der Benefizialerbe, für seine Person, mit der Vindikation abgewiesen wird, wenn er persönlich für die Gewährleistung einstehen muß. Die Erbschaftsgläubiger aber werden, im Falle des Liquidationsprozesses, durch die persönliche Verbindlichkeit des Benefizialerben nicht ausgeschlossen wegen ihres Separationsrechts. Vergl. unten, §. 10, Tit. 15 und die Anm. 13 dazu.

94) Proz.-O. Tit. 17, §. 9. Die Privataufforderung genügt nicht. Dies war nach G.R. streitig.

95) Darunter ist nach dem heutigen Prozeßverfahren der Verhandlungstermin zu verstehen. Aber auch dieser Termin ist nicht die äußerste Grenze, die Aufforderung kann mit Erfolg noch geschehen, so lange der Prozeß in solcher Lage ist, daß der Autor von seinen Vertheidigungsmitteln noch Gebrauch machen kann, also so lange neue Thatsachen zugelassen werden. Unter dieser Voraussetzung findet die Litisdenunziation auch noch in der Appellationsinstanz statt (Pr.-O. §. 15 a. a. O.); sie muß dann aber schon mit der Einführungs- und Rechtfertigungsschrift, beziehlich mit deren Beantwortung, angebracht werden. (Proz.-O. Tit. 14, §. 21.)

96) Proz.-O. Tit. 17, §§. 8 u. 10. Nach G.R. sollte der Käufer beweisen, daß die Unterlassung der Litisdenunziation unschädlich gewesen sei, wenigstens hat diese Meinung viele Vertreter; sie stützt sich auf die freilich etwas zweifelhafte Fassung der L. 8 C. de evict.; indeß hat es nicht in der Absicht gelegen, die deutliche L. 53, §. 1 D. eodem abzuändern. Das A. L.R. ist einer anderen Meinung gefolgt, wonach der Käufer die Gründe und Beweismittel, welche zur Abwendung des Evictionsanspruchs des Dritten hätten dienen können, wider sich selbst gelten lassen muß. Dabei liegt die Ansicht zum Grunde, daß der auf Gewährleistung klagende Käufer in die Rechte des Dritten getreten sei

§. 147. Was vorstehend von dem Falle verordnet ist, wenn der Käufer den Prozeß mit dem Dritten ohne Zuziehung des Verkäufers ausführt, gilt auch alsdann, wenn er sich, ohne dessen Zuziehung, mit dem Dritten verglichen hat[97]).

§. 148. Der Nothwendigkeit einer gerichtlichen Aufforderung kann durch Verträge gültig entsagt werden[98]).

§. 149. Der Käufer kann sich der Vertretung halber nur an seinen unmittelbaren Verkäufer halten, und muß es diesem überlassen, auf seinen Vormann zurückzugehen.

§. 150. Ist jedoch der unmittelbare Verkäufer in Konkurs versunken[99]); oder hat er die königlichen Lande verlassen[100]); oder ist sein Aufenthalt unbekannt, so steht dem Käufer frei, sich an dessen Vormann zu halten, und diesen zu seiner Vertretung aufzufordern.

§. 151. Er muß sich aber von demselben alle Einwendungen gefallen lassen, welche dieser seinem unmittelbaren Hintermanne entgegen zu setzen berechtigt wäre[1]).

§. 152. Was vorstehend §§. 143—151 von der Nothwendigkeit, den, welcher die Gewähr leisten soll, zur Vertretung gegen den Dritten aufzufordern, bei dem Kaufsgeschäfte vorgeschrieben ist, gilt[2]) auch bei allen andern[3]) Verträgen, aus welchen ein Kontrahent von dem andern Gewährsleistung fordert. (Tit. 5, §. 317 sqq.)

---

und gleichsam als dessen Cessionar klage, wodurch die Sache so zu stehen kommt, daß die Lage des Autors durch die unterbliebene Litisdenunziation nicht verschlimmert ist. Mehr kann er nicht fordern.

97) Sei es gerichtlich, oder außergerichtlich. Das Gleiche gilt, wenn er dem Anspruche des Dritten ohne Weiteres nachgiebt. Vgl. L. 17 C. de evict. (VIII, 45), u. Tit. 14, §. 349 u. die Anm. 63 dazu.

(4. A.) Zur Begründung des Regreßanspruchs ist es Regel, daß der Anspruch des Dritten, für welchen Vertretung gefordert wird, durch richterliche Entscheidung festgestellt sein muß; dies gilt auch, wenn es sich um Gewähr für eine auf dem Grundstücke ruhende Last handelt. §. 191. Erk. des Obertr. vom 5. März 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 170).

98) Proz.-O. Tit. 17, §. 11; L. 63 D. de evict. ((XXI, 2). Dergleichen Entsagung enthält einen Auftrag an den Erwerber, den Prozeß allein zu führen, sie hindert deshalb weder den Erwerber an der Litisdenunziation, noch den Autor an der accessorischen Intervention (Pr.-O. Tit. 18, §§. 1, 7—11), und berechtigt den Erwerber nicht, die Sache ohne richterliche Entscheidung herauszugeben. Thut er dies, so kommt, jener Entsagung ungeachtet, die Vorschrift des §. 147 zur Anwendung.

99) Die Verarmung wird in dieser Beziehung dem formellen Konkurse gleich stehen; denn die hier genannten Fälle sind nur Beispiele. Voraussetzung ist die Erfolglosigkeit oder Unmöglichkeit der Gewährleistungsklage gegen den unmittelbaren Autor, aus einer in dessen Person liegenden Ursache. Dann wird die Cession der Klage, welche der unmittelbare Vormann gegen seinen Autor hat, und welche der Evictus sich auf einem Umwege durch den Richter würde haben können überweisen lassen, fingirt. Vergl. L. 41 pr. §. 1 i. f., L. 38 D. de evict. (XXI, 2); §. 3 i. f. J. de emt. (III, 24). Der Verkäufer ist aus dem Kaufkontrakte verbunden, alle ihm wegen des verkauften Gegenstandes zustehenden Ansprüche auf den Käufer mit zu übertragen, wenn ihm dadurch kein Vortheil entgeht. L. 38 cit. i. f.

100) Verlassen. Wohnt der Verkäufer zur Zeit der Abschließung des Kaufs im Auslande, so ist der Fall dieser Bestimmung nicht vorhanden; es kommt dann auf das Recht des Orts an, wo das Rechtsverhältniß seinen Sitz hat. Anm. 44, Nr. 1 zu §. 33 der Einleitung.

1) Und aus dem Rechtsverhältnisse selbst entstehen; denn der Käufer klagt nur aus dem, seinem Vormanne selbst zustehenden Rechte. Nicht entgegengesetzt werden können solche Einwendungen, welche dem entfernten Autor gegen die Person seines unmittelbaren Hintermanns aus einem zu dem Kaufsgeschäfte keine Beziehung habenden Rechtsgrunde zustehen würden, namentlich der Einwand der Kompensation ex causa dispari, weil der Käufer nur utiliter mit der, vermöge eines eigenen Rechts, an sich gebrachten Klage des Autors klagt.

2) In analoger Anwendung; denn nicht auf alle anderen Verträge paßt die direkte Anwendung aller Vorschriften.

3) Diese anderen Verträge sind alle lästigen Rechtsgeschäfte, welche die Uebertragung irgend eines Vermögensrechts zum Gegenstande haben. S. Anm. 60 zu §. 318, Tit. 5. Auch der Vergleich gehört dazu, hinsichtlich dessen, was der Eine dem Anderen dafür, daß er den Vergleich eingeht, giebt, nicht aber in Betreff des überlassenen streitigen Gegenstandes. Denn der Vergleich, über welchen die aus-

Was bei erfolgter Eviktion der Verkäufer dem Käufer zu leisten habe,

§. 153. So weit die Parteien über das, was der Verkäufer dem Käufer, als Schadloshaltung für den Anspruch des Dritten, vergüten solle, sich besonders vereinigt haben, hat es dabei lediglich sein Bewenden [3a]).

wenn die Sache dem Käufer gänzlich,

§. 154. Ist nichts verabredet worden, und erhält der Käufer, als redlicher Besitzer, für die ihm gänzlich entzogene Sache von dem Dritten Ersatz des dafür gezahlten Kaufgeldes, und der auf die Sache verwendeten Kosten, so kann er dieserhalb an den Verkäufer keinen Anspruch machen. (Tit. 15, §. 25 sqq.)

§. 155. Vielmehr haftet der Verkäufer nur, nach Verhältniß seiner obwaltenden Verschuldung [4]), dem Käufer für den etwa noch außerdem bei dem Kaufsgeschäfte erlittenen wirklichen Schaden.

§. 156. Zu diesem Schaden gehören auch die auf den Kauf verwendeten, ingleichen die bei dem Prozesse mit dem Dritten aufgelaufenen Kosten [5]).

---

drückliche Bestimmung fehlt, ist gleichfalls ein lästiger Vertrag. Tit. 16, §. 406. (4. A.) Der §. 152 entscheidet übrigens einen Streit der neueren Rechtslehrer über den Gebrauch der Litisdenunziation außer den Fällen des Kaufs. Die römischen Juristen kennen die Anwendung des Instituts nur in den Fällen, wo Eviktion zu leisten ist; Neuere wollen die Denunziation auch außer dem Bereiche der Eviktionsleistung in allen Fällen zulassen, wo eine Prozeßpartei, falls sie unterliegt, dieserhalb eine Regreßklage gegen einen Dritten hat. Darüber besonders: Dunze: im Archiv für civil. Praxis, Bd. X, S. 355 ff. Diese Ausdehnung in der Doktrin erkennt die preußische Gesetzgebung an. Vergl. A. G.O. I, 17, §§. 2—4 und die dort angef. Stellen des A. L.R.

3a) (4. A.) Vergl. oben §. 292, Tit. 5 u. die Anm. dazu.

4) Nach Verhältniß der Verschuldung für den positiven Schaden haften; diese Bestimmung ist etwas ganz Neues und bisher aus den landrechtlichen Bestimmungen nicht Bekanntes; denn einestheils wird nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz der positive Schade bei jedem, nach dem Rechtsverhältnisse an sich verpflichtenden, Versehen ersetzt (§. 12, Tit. 3 u. §. 288, Tit. 5), anderentheils kommt es bei der Gewährleistung auf besondere Verschuldung nicht an, weil die Gewährleistung zur Erfüllung gehört, schon in dem Vertrage an sich gegründet und nicht durch ein Versehen bedingt ist. Gewähr leisten ist nichts weiter, als Ersatz leisten für das Entzogene. Der Begriff der Gewährleistung schließt alles sonstige Interesse aus. L. 24 u. 25 D. de evict. (XXI, 2). Etwas Anderes versteht das A. L.R. darunter hier auch nicht. Die Bestimmungen über den Inhalt der Gewährsforderung sind unklar. Soll es bei dem „erlittenen wirklichen Schaden" verbleiben, so kann nach dem Grade der Verschuldung nicht gefragt werden; soll das Verhältniß der Verschuldung maßgebend sein, so kann es im Falle eines mäßigen oder groben Versehens nicht bei dem Ersatze des „wirklichen Schadens" verbleiben, weil dieser das Wenigste ist, was in jedem Falle geleistet werden muß. Deshalb ist von den beiden Ausdrücken dieses §. 155: „nach Verhältniß seiner obwaltenden Verschuldung" und „erlittenen wirklichen Schaden" der eine bedeutungslos. Die Vergleichung einzelner Anwendungen läßt den zweiten als ungenau erscheinen. Bei dem Tausche soll, im Falle des Dolus, vollständige Genugthuung geleistet werden (§. 369); das Gleiche ist bei der Cession (§. 424) und bei dem Erbschaftskaufe (§. 469) vorgeschrieben. Daß man bei dem Sachkaufe eine positive Ausnahme beabsichtigt habe, ist unwahrscheinlich. Dies angenommen hat die Gewährleistungsforderung den Inhalt einer gewöhnlichen Entschädigungsforderung und stellt sich wie folgt: 1) Der Verkäufer hat wissentlich dem unwissenden Anderen eine fremde Sache verkauft oder übergeben. Hier kommen die Grundsätze vom Betruge zur Anwendung. §§. 323, 320, 285, Tit. 5; §§. 369, 424, 489 d. T. Vergl. §. 163 d. T. 2) Er hat aus grobem Versehen eine fremde Sache übertragen oder die Eviktion veranlaßt. Dann hat er, nach allgemeinem Grundsatze, vollständige Genugthuung zu leisten. 3) Er hat nur ein mäßiges Versehen begangen. In diesem Falle hat er dem Käufer das Kaufgeld nebst Zinsen von da, von wo dem Dritten auch die Nutzungen herauszugeben sind, sowie die übrigen Verwendungen und Kosten auf die Sache und deren Erwerbung zu ersetzen, soweit nicht schon der Evinzent Ersatz zu leisten hat. §§. 155—157 d. T.; §. 188, Tit. 5. Vergl. die Entsch. des Rechtsf. im Schles. Arch. Bd. I, S. 399 ff., wonach auch bezahlte Laudemiengelder zu den Kosten gehören. 4) Hat der Verkäufer nur ein geringes oder gar kein Versehen begangen, so hat er dem Käufer nur die wirklichen Ausgaben an Kaufgeld (soweit dies nicht der Dritte erstatten muß), Kaufs- und Prozeßkosten zu erstatten. §§. 161, 162, 155, 156 d. Tit. S. die folg. Anm. 5.

5) Weil der Verkäufer in jedem Falle, auch wenn ihm kein Versehen zur Last fällt, schuldig ist, den Käufer im Prozesse zu vertreten, d. h. den Prozeß auf seine Kosten zu übernehmen. Nur die von dem Käufer eigenmächtig verursachten nutzlosen Kosten braucht der Verkäufer nicht zu ersetzen. (5. A.) Die auf den Kauf verwendeten Kosten muß der Verkäufer dem Käufer auch in dem Falle, wenn er die verkaufte Sache ihm gar nicht übergeben kann, weil sie inzwischen Schulden halber subhastirt worden, erstatten. Erk. des Obertr. vom 1. April 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 47).

§. 157. Zinsen des Kaufgeldes kann ein solcher Käufer von dem Verkäufer nur seit dem Zeitpunkte fordern, wo [6]) er, mit der Sache zugleich, die Nutzungen derselben dem Dritten hat herausgeben müssen.

§. 158. Uebrigens bleiben dem Dritten, wegen des Kaufgeldes, das er dem Käufer, als redlichem Besitzer, vergüten, und wegen der Nutzungen, die er demselben hat überlassen müssen, seine Rechte zur Entschädigung, gegen den Verkäufer, in sofern dieser ein unredlicher Besitzer gewesen ist, vorbehalten.

§. 159. Hat der Käufer gewußt [7]), daß er eine fremde Sache kaufe, und muß er dieselbe hiernächst, als unredlicher Besitzer, dem wahren Eigenthümer unentgeltlich zurückgeben, so kann er dennoch keine Gewährsleistung von dem Verkäufer fordern.

§. 160. Hat auch der Verkäufer gewußt, daß er eine fremde Sache, als seine eigene, verkauft, so fällt alles, was er aus dem Vertrage an Kaufgelde oder sonst erhalten hat, dem Fiskus anheim.

§. 161. Wird der Käufer bloß deswegen, weil er bei Erkaufung der Sache nicht die gehörige Vorsicht angewendet, in Rücksicht des wahren Eigenthümers, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet (Tit. 7, §. 12 sqq.), so muß ihm der Verkäufer das erhaltene Kaufgeld zurückgeben [7a]).

§. 162. Auch ist der Verkäufer noch außerdem einem solchen Käufer, nach näherer Bestimmung §§. 155, 156, zur Schadloshaltung verhaftet [8]).

§. 163. War der Verkäufer ein unredlicher Besitzer, so muß er von dem Zeitpunkte an, wo der Käufer die Nutzungen der Sache hat herausgeben müssen, den erhaltenen Kaufpreis verzinsen, oder die von dem Käufer erhaltenen Zinsen desselben zurückzahlen [9]).

§. 164. Ist durch den Anspruch [9a]) des Dritten nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil oder Pertinenzstück, oder eine damit verkaufte [9b]) Gerechtigkeit dem Käufer entzogen worden [10]), so finden wegen der Fälle, wo der Käufer von dem

wenn ihm nur Theile oder Pertinenzstücke entzogen worden. a) Wenn der Käufer von

6) Soll heißen: von wo; bei dem redlichen Besitze also von Insinuation der Klage an, wenn kein früherer Zeitpunkt anzunehmen ist. §. 222, Tit. 7.

7) Tunc enim non ab alio, sed a se ipso decipitur. L. 26 D. de rei vind. (VI, 1). Vergl. o. §. 135 und die Anm. 88 dazu. Macht ihn der Verkäufer mit dem juristischen Mangel bekannt, und kauft er die solchergestalt als fehlerhaft bezeichnete Sache dennoch, so hat er keine Gewährleistung zu fordern, wenn der Verkäufer sie nicht versprochen hat. Irrt der Verkäufer oder versieht er sich bloß, so ist das seiner Forderung nicht schädlich. S. den folg. §. 161.

7a) (4. A.) Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die eigentliche Eviktionsklage, nicht auf die ädilitischen Klagen (I, 5, §§. 343, 344), welche durch den verschuldeten Irrthum ausgeschlossen werden. Der Grund ist der, daß die Klagen lediglich durch den Irrthum begründet werden, wogegen die Eviktionsklage ihren Grund in dem nicht erfüllten Kaufe hat, wobei der Irrthum des Käufers einflußlos ist. L. 11, §. 2 D. de act. emti (XIX, 1); L. 8 D. de evict. (XXI, 2).

8) Der Umfang der Leistung bestimmt sich mithin auch in diesem Falle nach dem Grade der Verschuldung des Verkäufers. S. o. die Anm. 4. Doch stimmt dazu nicht der folg. §. 163.

9) War der Verkäufer ein unredlicher Besitzer, so kann er nicht ohne grobes Versehen die ihm nicht gehörige Sache verkauft haben. Dann paßt die Bestimmung nicht zu dem Grundsatze des §. 155 (s. die Anm. 4), wonach der Käufer vollständige Genugthuung zu fordern hat. Die Zinsen des Kaufgeldes genügen dazu nicht, wenn der Käufer die Sache verbessert oder wenn sie durch Zufälligkeiten an Werth gewonnen hat. Man muß annehmen, daß hier der eigene Irrthum des Käufers (welcher eben wegen des Irrthums ein unrechtfertiger Besitzer ist), Einfluß auf den Betrag seiner Forderung haben soll, denn auf den §. 161 bezieht sich dieser §. 163. Auf den Fall des Betruges ist aber auch bei dem unrechtfertigen Besitzer der §. 163 nicht zu beziehen. Anm. 4, Nr. 1.

9a) Werden nicht aus einem Mangel in dem Rechte des Autors, sondern von der Staatsgewalt aus politischen oder Verwaltungsgründen nach der Uebergabe einzelne Theile oder mitverkaufte Gerechtigkeiten entzogen, so ist keine wahre Entwährung geschehen, folglich kann dafür keine Gewährleistung gefordert werden. Ges. v. 28. Oktober 1810, §. 2 (G.S. S. 95). Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 22 ff.

9b) Nämlich ausdrücklich. L. 26 pr. D. de contrab. emt. (XVIII, 1); L. 6, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1).

10) Oder ein belastendes Recht (Servituten, Zinsen, Zehnten, Dienste ꝛc.) auf die Sache geltend

dem Vertrage zurücktreten kann und will.

ganzen Vertrage zurücktreten kann, die Vorschriften des Fünften Titels §. 325 sqq. Anwendung.

§. 165. Kann und will der Käufer von dieser Befugniß Gebrauch machen, so muß der Verkäufer, gegen Zurückgabe des Ueberrestes der Sache, das ganze erhaltene Kaufgeld wieder erstatten.

§. 166. Doch muß davon, zu seinem Vortheile, dasjenige, was etwa der Dritte dem Käufer, als redlichem Besitzer, zu vergüten hat, abgerechnet werden.

§. 167. Die Zinsen des Kaufgeldes werden allemal [11]) gegen die von dem Käufer gezogenen Nutzungen compensirt [12]).

§. 168. Wegen der anderweitigen Schäden und Kosten finden, je nachdem der Käufer auch in Ansehung dieses einzelnen Theils u. s. w. ein redlicher oder unredlicher Besitzer gewesen ist, die Vorschriften §§. 154, 155, 156, 159, 161, 162, Anwendung.

b) Wenn er nicht zurücktreten kann oder will.

§. 169. Kann oder will der Käufer in dem Falle des §. 164 nicht zurücktreten, so gelten in Ansehung dieses Theils oder Zubehörs, eben die Grundsätze, wie in Ansehung des Ganzen [13]). (§§. 154—163.)

§. 170. Der Werth des entzogenen Theils, Zubehörs, oder Rechts muß, wenn das Ganze nach einem Anschlage verkauft worden, nach diesem, sonst aber nach der Abschätzung [14]) vereideter Sachverständigen bestimmt werden.

---

gemacht. Dem Käufer ist hier ein alternativer Anspruch gegeben, auf der Ansicht beruhend, daß eine solche Entziehung lediglich für sich ohne Rücksicht auf die Folgen für den Zustand des Ganzen, betrachtet werden könne; daß aber auch darin eine Veränderung, eine Mangelhaftigkeit des ganzen Gegenstandes wahrgenommen werden möge. Daher ist dem Käufer gestattet, entweder, gleich als wenn die Sache überhaupt eine fehlerhafte wäre, ihr gewisse Eigenschaften mangelten, von dem ganzen Vertrage nach den Regeln des §. 325, Tit. 5 (des ädilitischen Edikts), zurückzutreten, §§. 164—168, — ein Gedanke, der sich schon bei den röm. Klassikern findet („— si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat — es ist von der datio in solutum Rede —: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret," L. 46 D. de solut. XLVI, 3, was sich auch von der Kaufsobligation sagen läßt, zu deren Tilgung ja eben die Sache als Zahlung gegeben wird). Oder, wenn er dies nicht kann (weil er die Sache nicht mehr zurückzugeben vermag) oder will, nur auf die Entwährung des einzelnen Stückes zu sehen, und dafür nach den Regeln, die für die Entwährung des Ganzen (§§. 154—163) gelten, Schadloshaltung zu fordern (§. 169 ff.). S. Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 7. Jeder dieser verschiedenen Ansprüche unterliegt einer anderen Verjährung. Pr. 1885, in der Anm. 84, Nr. 3 zu §. 344, Tit. 5.

Gleiche Grundsätze gelten bei einem Inbegriffe von Sachen. §. 173.

11) Dadurch ist die Ausgleichung vereinfacht. Nach R. R. fand auf beiden Seiten eine komplizirte Berechnung statt. Die sollte nach der Absicht Suarez' durch die beliebte Satzung abgeschnitten werden. (Ges.-Revis. Pens. XIV, S. 45.) S. jedoch die folg. Anmerk. 12.

12) Der Grundsatz reicht nicht aus, wenn der Preis ganz oder theilweise noch rückständig ist. In diesem Falle sind zwei Ausgleichungsarten denkbar: entweder müssen die Nutzungen nach allgemeinen Regeln berechnet und herausgegeben, oder die Zinsen von dem rückständigen Kaufgelde entrichtet werden. Zufolge des Zwecks der landrechtlichen Bestimmung müßte in analoger Anwendung der Grundsätze über den Kauf unter einer Resolutivbedingung, dem Empfänger die Wahl freistehen, das Restkaufgeld zu verzinsen, oder über die Nutzungen Rechnung zu legen. §§. 291, 292 d. T. Doch wird man wegen des „allemal" annehmen müssen, daß hier der Käufer unbedingt Zinsen von dem rückständigen Kaufgelde bezahlen soll, wodurch er freilich in eine nachtheilige, rechtsverletzende Lage kommen kann. — Die Kosten hat der Geber überdies zu ersetzen. §§. 165, 168, 155, 156 d. T.

13) S. die vor. Anm. — Es ist vorgekommen, daß man diese Grundsätze auf den Fall angewendet hat, wenn ein Theil der verkauften Sache, namentlich die Gebäude von einem Landgute, zufällig (durch Brand) vor der Uebergabe zu Grunde gegangen sind. (Entsch. des Obertr. Bd. XI, S. 245.) Es leuchtet von selbst ein, daß der Zufall und die Eviktion unmöglich unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten stehen können und eine analoge Anwendung der Grundsätze über diese auf jenen ganz undenkbar ist.

14) Nicht also die Größe, sondern, ganz wie nach R. R., die Güte ist maßgebend, und zwar nach Verhältniß zum Ganzen. §. 171. — (5. A.) Bei der Abschätzung ist von der Beschaffenheit der bei dem Gute wirklich vorhandenen Bodenfläche auszugehen und ihr Durchschnittswerth als der Werth des fehlenden Areals anzunehmen. Erk. des Obertr. v. 18. März 1864 (Arch. für Rechtsf. Bd. LII,

§. 171. Doch kann der Käufer, auch wenn ihm Vergütung zukommt, dieselbe nur nach Verhältniß [15]) des Anschlags oder der Taxe des Ganzen, gegen den verabredeten mindern [15a]) Kaufpreis fordern.

§. 172. Nach eben den Grundsätzen, wie der Werth eines entzogenen Theils oder Zubehörs zwischen dem Käufer und Verkäufer bestimmt wird, muß derselbe auch zwi-

---

S. 342). Eine Ausnahme von diesem Grundsatze macht der §. 189, wozu der Grund nicht bekannt ist.

15) Um nach diesem Verhältnisse den Theil des Kaufpreises zu bestimmen, der dem Käufer zu erstatten ist, muß man, außer dem verabredeten Preise, den Taxwerth zur Zeit des abgeschlossenen Kontrakts, nicht den zur Zeit der Klage oder der Eviktion, wissen. Daß es auf jene Zeit ankommen soll, ist dadurch ausgesprochen, daß der Anschlag, wenn nach einem solchen gekauft worden, maßgebend sein soll. Ist aus jener Zeit keine Taxe vorhanden, so kann diese freilich nur nach dem Befunde aufgenommen werden; es kommt aber der Satz zu Hülfe, daß eine Veränderung nicht vermuthet wird, daher Verbesserungen oder Verschlechterungen besonders behauptet und bewiesen werden müssen. §§. 62, 63 d. T. Nicht allein vom Ganzen, sondern auch von dem evinzirten Stücke, besonders muß man jenen Taxwerth wissen. Kennt man diese Größen, so werden sie mit dem Kaufgelde verglichen. Gesetzt, die Taxe des Ganzen beliefe sich auf 12000 Thlr., das Kaufgeld auf 18000 Thlr., das evinzirte Stück aber wäre auf 4000 Thlr. geschätzt worden. Darnach verhielte sich der Werth dieses Stückes zum Ganzen wie $^1/_3$ zu $^2/_3$, folglich müßten von dem Kaufgelde 6000 Thlr. erstattet werden. Vergl. den Casus des Vivianus Tuscus in der Glosse zu L. 64 D. evict. (XXI, 2). (5. A. Die Ansicht des Obertr. stimmt hiermit nicht überein. Vergl. die folg. Anm. 15a.) — Dasjenige, was außer dem Kaufgelde, nach dem Grade der Verschuldung seitens des Verkäufers, noch zu ersetzen ist, ist nach demselben Verhältnisse zu theilen, welches einfach dadurch geschieht, daß vor der Vergleichung der Taxe mit dem Kaufgelde dem letzteren die Gesammtsumme hinzugesetzt wird. Beliefen sich z. B. die Gesammtkosten ꝛc. auf 600 Thlr., so würden auf das Ganze 18600 Thlr. zu vergüten gewesen sein, folglich fallen auf das evinzirte Stück überhaupt 6200 Thlr. — (5. A.) Bei der Werthsermittelung durch Sachverständige für die zu wenig gewährte Fläche eines verkauften Grundstücks (§. 211) ist ein verhältnißmäßiger Theil der, auf dem ganzen Grundstücke haftenden Lasten und Abgaben auf die fehlende Fläche nicht zu vertheilen und von dem Werthe derselben nicht in Abzug zu bringen. Erk. des Obertr. (ohne Datum — das Appell.-Urtheil ist vom 11. September 1863). (Entsch. Bd. XLIX, S. 127.)

(4. A.) In der Regel ist der Werth des dem Käufer nicht gewährten Theiles der ohne einen Anschlag ihm verkauften Sache durch Sachverständige zu bestimmen. Es ist daher Sache des Verkäufers, die Ausnahme des §. 171 zu beweisen. Erk. des Obertr. vom 23. Juni 1862 (Archiv für Rechtsf. Bd. XLIX, S. 7).

15a) (5. A.) Das Obertr., welches in dem Erk. vom 18. März 1864 das höhere Kaufgeld als Maßstab für die Gewährleistung abspricht, sagt zur Begründung dieses Spruches: Daraus, daß die Vergütigung für die fehlende Fläche nur nach Verhältniß der Taxe des Ganzen gegen den verabredeten minderen Kaufpreis gefordert werden kann, folgt nicht, daß sie auch im Verhältnisse der Taxe des Ganzen gegen den verabredeten höheren Kaufpreis gefordert werden dürfe. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 345.) Ganz gewiß, das folgt nicht, aber es folgt auch nicht das Gegentheil, es folgt namentlich nicht, daß das Obertr. Recht hat. Daß es aber Unrecht hat, folgt aus dem Prinzip von der Gewährleistung. Hiernach hat der Gewährleister für das Nichtgeleistete das dafür Empfangene zurückzugeben. Das Obertr. sagt aber, daß er das nicht zu thun brauche. Da stellt sich denn die Sache thatsächlich so: Der Verkäufer garantirt 300 M. Flächeninhalt und empfängt dafür 30,000 Thlr. Kaufgeld. Hinterdrein findet sich, daß nur 200 M. vorhanden sind. Nun erfolgt eine Taxe unter der Voraussetzung, es wären 300 Morgen (das Ganze) vorhanden und sie ergiebt einen Taxwerth von 15,000 Thlr. Das Obertr. erkennt also, daß der Käufer, da das bezahlte höhere Kaufgeld nicht berücksichtigt wird, als Entschädigung für die fehlenden 100 M. nur 5000 Thlr. zu fordern habe. Der Verkäufer hat aber für 100 gar nicht vorhandene Morgen 10,000 Thlr. erhalten, folglich ist es nach dem Rechtsspruch des Obertr. Recht, daß er sich um 5000 Thlr. mit dem Schaden des Käufers bereichert, während er doch das Empfangene nach dem Gewährleistungsprinzip hätte zurückgeben müssen. Das ist selbstverständliche und unabweisbare Konsequenz des Prinzips und darum steht davon nichts im §. 171. Wohl aber schien es nöthig, für den entgegengesetzten Fall, nachdem man von einer Taxe ausgegangen war, die Bestimmung des §. 171 zu treffen, daß der Käufer, der viel weniger als die Taxe bezahlte, nicht durch die Taxe zum Schaden des Verkäufers sich bereichere. Das ist der Rechtsstand. — Daß übrigens, falls der Verkäufer bei Eingehung des Geschäfts in Betracht des Flächeninhalts dolose handelte, der Käufer mit der auf Arglist oder Fahrlässigkeit gegründeten Schädenklage das volle Interesse fordern könne, ist gleichfalls selbstverständlich nach Tit. 5, §§. 285—287, 349—351 u. Tit. 6, §§. 5. 6.

schen dem Käufer, wenn er redlicher Besitzer war, und dem wahren Eigenthümer, welcher ihm Vergütung zu leisten hat, festgesetzt werden.

§. 173. Ist ein Inbegriff[16]) beweglicher Sachen verkauft worden, und der Käufer kann oder will nicht den ganzen Kauf aufheben (Tit. 5, §. 339 sqq.), so findet wegen des entzogenen einzelnen Stücks aus einem solchen Inbegriff alles statt, was wegen entzogener einzelner Sachen überhaupt Rechtens ist.

§. 174. Ist bei dem Kaufe um den Inbegriff ein besonderer Preis für jedes Stück verabredet worden, so dient dieser bei der dem Käufer gebührenden Vergütung zum Maßstabe[17]).

Gewährsleistung für die auf der Sache haftenden Lasten[18]);

§. 175. Für die auf einem Grundstücke haftenden gemeinen[19]) Lasten darf der

---

16) Ist zwar nicht ein Inbegriff, sondern eine Mehrzahl der Gegenstand des Kaufs, aber doch für alle Sachen zusammen nur Ein Preis verabredet — der Fall der L. 71 D. de evict. (XXI, 2) — so ist die Mehrzahl entweder ausdrücklich als ein Ganzes betrachtet und gekauft worden, wie z. B. ein Paar zusammengepaßte und eingeschulte Wagenpferde, so daß durch den Wegfall des Einen das Ganze mangelhaft wird; oder nicht. In jenem Falle finden dieselben Grundsätze Anwendung, welche hinsichtlich der Entziehung einzelner Stücke aus einem Inbegriffe oder eines Theiles eines Ganzen (§§. 164 ff.) vorgeschrieben sind, d. h. der Käufer hat die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der Kontraktsklage auf Eviktionsleistung, und es wird bei dem Gebrauche der letzteren das zu Erstattende nach Verhältniß des Werths des entzogenen Stückes zu dem Ganzen bestimmt. S. die vor. Anm. 15. Diese Berechnungsart wird nach R. R. auch bei der actio quanti minoris wirklich angewendet. L. 64 pr. D. de aedil. edicto (XXI, 1), — Ist nicht ausdrücklich als über ein Ganzes (Inbegriff) kontrahirt, so findet nur die letztgedachte Klage auf Erstattung des verhältnißmäßigen Werths des entzogenen Stückes statt. Vergl. §. 342, Tit. 5 und die Anm. 77 dazu.

17) Einen anderen Einfluß hat solche Verabredung nicht, insbesondere wird dadurch dem Käufer die freigestellte Wahl zwischen den in Rede stehenden beiden Klagen (Anm. 16) nicht genommen.

Die Bestimmungen der beiden §§. 173, 174 fehlen noch in dem gedruckten Entwurfe. Statt derselben findet sich Thl. II, Abth. 2, S. 255 die Anmerkung: „War der Käufer in bona fide, so können die beweglichen Sachen von dem Dritten nicht vindizirt werden. Es bedarf also auch keiner Gesetze über die Eviktionsleistung." Diese Anmerkung darf nicht berücksichtigt werden (wie doch durch die Ergänzungen ad h. §. geschieht), denn sie hängt mit der ursprünglichen, später aufgegebenen Absicht zusammen, die Vindikation beweglicher Sachen auszuschließen.

18) Darunter werden hier die Reallasten oder die beständigen Lasten und Abgaben gemeint. Hyp.-Ordn. Tit. I, §§. 47—49.

Das dingliche Element bei einer Reallast ist kein accessorisches Recht, kein Hypothekenrecht, kommt vielmehr der Berechtigung an und für sich selbst zu. — Eine Reallast wird in das Hypothekenbuch eingetragen, nicht weil die Berechtigung dadurch dinglich werden soll, sondern weil und insofern sie dinglich ist. Pr. des Obertrib. vom 29. November 1849, Nr. I und II. (Entsch. Bd. XVIII, S. 316.)

Das A. L.R. macht unter diesem Marginale folgende Unterscheidungen:

a) Gemeine Lasten, für welche der Verkäufer nur alsdann Gewähr zu leisten, wenn er dieselben in Abrede gestellt, oder die Vertretung ausdrücklich übernommen hat (§. 175); diese Lasten sind diejenigen, welche gemeinrechtlich als im öffentlichen Rechte, d. h. im Orts-, Gemeinde-, Kirchen- und Staatsverbande begründet bezeichnet werden, wie z. B. Grundsteuern, Landfolge, Brücken- und Wegebau, welche auch im Landrechte (§§. 178, 182 d. T.) öffentliche Lasten genannt werden, und auf welche sich der §. 48, Tit. I der Hypotheken-Ordnung bezieht, wonach sie, insbesondere auch die Verpflichtung zur Unterhaltung der öffentlichen Wege und Brücken, absolut dinglich sind und keiner Eintragung bedürfen (vergl. Erk. des Obertr. v. 19. Mai 1865, Entsch. Bd. LIV, S. 425, und §. 49 der Konk.-Ordn.);

b) Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, von welchen der §. 183 handelt und auf welche sich der §. 49, Tit. I der Hyp.-O. bezieht;

c) auf dem Gute haftende Privatschulden und Verbindlichkeiten, welche der Verkäufer vertreten muß, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat. §. 184. (Entsch. des Obertr. Bd. VI, S. 183 und Bd. XIV, S. 234.)

Der Uebergang aller dieser, ihrem Wesen nach doch immer in einer Obligation bestehenden Realschuldigkeiten auf jeden dritten Besitznachfolger wird durch die (fingirte oder wirkliche) Wissenschaft desselben vermittelt, wenn es auch an einer ausdrücklichen Uebernahme fehlt. — „Die Eintragung in das Hypothekenbuch ist eins von den Mitteln, um die Dinglichkeit einer Reallast gegen jeden Besitzer der Sache zu erhalten. Sie vermittelt nämlich ebenso, wie die ausdrückliche Uebernahme hinsichtlich der gemeinen oder der dem Erwerber der Sache erweislich bekannten nicht gemeinen Lasten,

Verkäufer nur alsdann Vertretung leisten, wenn er dieselben in Abrede gestellt, oder die Vertretung ausdrücklich übernommen hat[20]).

§. 176. Ist der Verkauf nach einem Anschlage geschehen, so muß der Verkäufer die darin nicht abgezogenen[21]) gemeinen[21a]) Lasten vertreten.

§. 177. Hat jedoch der Käufer nicht den ganzen angeschlagenen Werth bezahlt, so kann er die Vergütung nur nach Verhältniß des Kaufpreises gegen den Anschlag fordern[22]).

§. 178. Werden zwischen[23]) der Zeit des geschlossenen Kaufs und der erfolgenden Uebergabe einem Grundstücke neue öffentliche fortwährende Lasten oder Abgaben aufgelegt, so kann der Käufer von dem Vertrage zurücktreten.

§. 179. Will er dieses nicht, so muß er die neue Last übernehmen, und kann dafür keinen Nachlaß am Kaufpreise fordern.

§. 180. Kriegssteuern, Brandschatzungen und außerordentliche Lasten, welche erst nach geschlossenem Kaufe, oder erst nach erfolgter Uebergabe, auf die einzelnen Grundstücke vertheilt werden, muß der Verkäufer[24]) tragen, in sofern die Verbindlich-

---

den Uebergang einer Reallast auf den neuen Besitzer der Sache." Pr. des Obertr. v. 29. November 1849, Nr. III, IV. (Entsch. Bd. XVIII, S. 316.)

Das obligatorische Verhältniß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer wegen der Gewährleistung für solche Lasten, beruht aber noch auf anderen Gründen und ist auch nicht Bedingung des Ueberganges auf den Käufer.

19) Die gemeinen Lasten sind allemal Reallasten und gehen unbedingt auf den Käufer über, ohne daß sie aus dem Hypothekenbuche ersichtlich sind. Die Wissenschaft eines Jeden von denselben wird fingirt, daher ist es unerheblich: ob er sich thatsächlich in Unkenntniß befinde. Denn man darf sich nur darnach erkundigen, und ist solches zu thun verpflichtet. (5. A.) Auch *außerordentliche* Deichkassenbeiträge, wenn dieselben in Gefolge eines Beschlusses der zuständigen Behörde den im Deichverbande befindlichen Grundstücken für eine Reihe von Jahren auferlegt worden sind, gehören zu den öffentlichen gemeinen Lasten, von deren Vertretung der §. 175 den Verkäufer befreit. Der in dem Erk. des Obertr., vom 19. März 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 66) aufgestellte entgegengesetzte Grundsatz ist bei nochmaliger Erwägung wieder aufgegeben. Erk. dess. vom 26. November 1866 (Entsch. Bd. LVII, S. 25).

20) Der Grund davon, daß außer diesen beiden Fällen keine Vertretung gefordert werden kann, ist der, daß die gemeinen Lasten von dem Werthe des Grundstückes abgezogen sind und deren Kapital nicht mit bezahlt, vielmehr in der Sache selbst dem Käufer umsonst überliefert wird. Hyp.-Ordn. Tit. I, §. 48. Es ist nun des Käufers Sache, sich in Kenntniß zu setzen und sich bei dem Handel vorzusehen. Bestreitet der Verkäufer das Dasein einer gewissen Last, oder übernimmt er die Vertretung, so erklärt er dadurch, daß der Kapitalswerth in dem Kaufpreise enthalten und an ihn entrichtet sei, folglich muß er, da er dafür nichts geleistet hat, wenn die Last doch auf dem Grundstücke haftet, dasselbe zurückgeben. Vergl. den folg. §. 176.

21) Hier erhellet der Grund der Verpflichtung des Verkäufers zur Vertretung solcher Lasten. S. die vorige Anm. 20.

21a) (5. A.) Ein vertragsmäßiger Nießbrauch und ein solches Ausgedinge sind keine *gemeine* Last, und die Ausübung des Wahlrechtes aus den §§. 648 und 571 ff., Th. II, Tit. 1 kann ebensowenig als ein Verkauf nach einem Anschlage angesehen werden. Erk. des Obertr. v. 23. Oktbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 168).

22) Ist regelrecht. S. o. §. 171 und Anm. 15.

23) Eine solche Auflage ist eine zufällige Verschlechterung der Sache: der Verkäufer hat daher den Schaden zu tragen, d. h. er muß die verschlechterte Sache für sich behalten und kann dem Käufer die Abnahme und die Zahlung des Kaufgeldes nicht zumuthen. Andererseits hat der Käufer kein Recht, die Uebergabe und entsprechende Ermäßigung des Preises zu fordern; er kann aber auf die Uebergabe dringen, nämlich an dem Kontrakte festhalten, wenn er nach dessen Inhalte leisten will und wegen der Verschlechterung der Sache keinen Erlaß verlangt. Die Bestimmungen dieser beiden §§. 178 u. 179 sind durchaus regelrecht. S. die Anm. 61 zu §. 95 d. T.

Werden erst nach der Uebergabe neue Lasten aufgelegt und hat der Autor dafür aufzukommen versprochen, so ist, wenn der Fall eintritt, dies kein Fall der Gewährleistung und kann nicht nach den davon geltenden Grundsätzen beurtheilt werden. Vergl. Pl.-Beschl. des Obertr. vom 27. Mai 1839. (Entsch. Bd. IV, S. 295.)

24) Dazu ist jedoch erforderlich, daß vor dem genannten Zeitpunkte eine Verhaftung des Grund-

keit zu der Entrichtung einer solchen besondern Last oder Abgabe schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen ist.

§. 181. Wenn also, zum Beispiele, der Feuerschade, welcher durch Beiträge von den in die Feuer-Versicherungsgesellschaft eingeschriebenen Grundstücken vergütet werden muß[24a]), schon vor dem Verkaufe, oder vor der Uebergabe eines zu dieser Gesellschaft gehörenden Grundstücks sich ereignet hat, so muß der Verkäufer den auf dieses Grundstück fallenden Beitrag leisten, wenn auch derselbe erst nachher ausgeschrieben wird.

§. 182. Auch für alle Rückstände öffentlicher Abgaben und Lasten, welche in die Zeiten vor[25]) der Uebergabe treffen, muß der Verkäufer dem Käufer haften.

§. 183. Privatdienstbarkeiten[25a]), Lasten[25b]) und Abgaben[25c]), welche nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz[26]) gemein zu sein pflegen, ist der

---

besitzes als solchen für die Beiträge zu den fraglichen Lasten feststand. Pl.-Beschl. (Pr. 2353) des Obertr. v. 15. März 1852. (Entsch. Bd. XXII, S. 161.) Die durch Kredit bestrittenen Kriegslasten aus den Zeiten von 1807 bis 1815 sind zum Theil erst nach vielen Jahren ausgeschrieben worden und haben deshalb mehrere widersprechend entschiedene Prozesse veranlaßt. Es ist aber als Grundsatz anzuerkennen, daß Kriegsschulden für die einzelnen Staatsbürger nicht die Natur von Schulden und Hypotheken, sondern die von Staatsabgaben haben, welche nach der Repartition von den jezeitigen Staatsbürgern für ihre Person zu leisten sind. Der Pl.-Beschl. trifft daher glücklich das punctum saliens.

24a) (4. A.) Vorausgesetzt ist, daß die Feuersozietät eine solche sei, welcher der Eigenthümer des Grundstücks beizutreten gesetzlich verpflichtet ist: in diesem Falle gehören die Feuersozietätsbeiträge zu den auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen gemeinen Lasten (§. 182). Erk. des Obertr. vom 20. November 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 101).

25) Ob eine Abgabe rückständig, oder nicht, sollte sich, in Beziehung auf außerordentliche Abgaben, nach dem Prinzipe §. 107, nicht darnach: ob bei dem Verkaufe die Verbindlichkeit, solche zu zahlen, schon vorhanden war, sondern lediglich darnach entscheiden: ob sie zu dieser Zeit schon auf die einzelnen Grundstücke vertheilt und ausgeschrieben war. Denn erst mit der Ausschreibung wird die Abgabe fällig. Vergl. §. 107 d. T. und Stryk, Usus. mod. L. XXI, Tit. 2, §. 35. Der §. 180 hat ein anderes Prinzip.

25a) (3. A.) Darunter sind auch Wohnungsrechte zu subsumiren. So wird in der Begründung des Pl.-Beschl. vom 15. Mai 1854 (J.M.Bl. S. 288 und Entsch. Bd. XXVIII, S. 29) ausgeführt. Das ist auch anzuerkennen, doch mit Beschränkung auf ein selbstständiges Wohnungsrecht im Sinne des röm. Jus habitationis. Nicht damit gleichgestellt werden darf die oft vorkommende Verbindlichkeit, einem Anderen Wohnung oder Aufenthalt, gewöhnlich in der eigenen Stube, aber doch nicht ausschließlich daselbst oder überhaupt in einem bestimmten Raume, zu gestatten, beziehungsweise zu verschaffen. Ein solches, nicht auf dem ausschließlichen Besitze einer bestimmten Gebäulichkeit beruhendes Recht ist nichts weiter als eine Obligation, deren Eintragung nur das accessorische Recht einer Hypothek erzeugt. Wird z. B. ein unbebautes Ackerstück verkauft und der Verkäufer bedingt sich, ohne nähere Beziehung auf ein bestimmtes Gebäude, freie Wohnung aus; so ist dadurch nur eine Obligation auf Verschaffung einer Wohnung begründet, welche freilich durch Konstituirung eines Wohnungsrechts auf ein bestimmtes Gebäude getilgt werden kann. Mit einem Altentheile wird es anders gehalten. Ein solcher gehört zu den „Lasten und Abgaben", nicht zu den Privatschulden und Verbindlichkeiten des §. 184, und geht als Reallast sowohl bei freiwilligen wie bei nothwendigen Verkäufen mit dem Grundstücke auf den Käufer über, wenn er im Hypothekenbuche eingetragen ist oder dem Käufer bekannt war. S. u. Anm. 42, Satz 7 zu §. 342 d. T. Vergl. auch das Erk. des Obertr. vom 5. September 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 217). Auf diese privatrechtlichen Reallasten bezieht sich der §. 49, Tit. I der Hyp.-Ord.

25b) (5. A.) Die bezüglich eines bepfandbrieften Gutes von der Landschaft festgesetzte Einschränkung des Holzschlages ist Betreffs der Gewährleistung nicht wie eine Gutslast zu behandeln; sie ist im Prinzipe nichts anderes als die Ausübung der Befugniß, Maßregeln zur Sicherung und zum Schutze des Hypothekenrechts gegen Benachtheiligungen von Seiten des Pfandschuldners zu nehmen, welche die §§. 441, 442, Tit. 20 jedem Hypothekengläubiger beilegen. Erk. des Obertr. vom 8. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 71).

25c) (5. A.) Zu diesen, aus einem speziellen Rechtstitel entspringenden, Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben gehört auch der noch nicht abgelöste Erbzins- und Erbpachts-Kanon (Hyp.-Ordn. I, §. 49), von welchem daher so wenig wie von jenen der Kaufstempel bei Besitzveränderungen zu entrichten ist. Erk. des Obertr. vom 28. November 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 314).

26) Was hier unter diesem Ausdrucke zu verstehen, kann zweifelhaft sein. In Beziehung auf

Verkäufer dem Käufer bei der Kaufshandlung anzuzeigen [27]) oder zu vertreten schuldig [27a]).

---

Abwesenheit bei der Verjährung und hinsichtlich öffentlicher Bekanntmachungen wird damit der Bezirk eines Appellationsgerichtes verstanden. Tit. 9, §. 622. Das hängt natürlich zusammen mit der Gerichtsverfassung und den Prozeßhandlungen. Hier aber kommt es auf die Landesverfassung an, und da findet sich kaum Eine Provinz im ganzen Lande, welche in Beziehung auf Lasten und Abgaben durchgängig eine ganz gleiche Verfassung hätte, deshalb weil die heutigen Provinzen in ihrer geographischen Begrenzung willkürlich begrenzte Landestheile sind, welche verschiedene, früher selbstständig gewesene und daher mit einer eigenthümlichen Steuer- und Abgabenverfassung versehene Landschaften zusammen fassen, bisweilen sogar zerreißen. In der Lausitz z. B. kann die Frage: ob eine Last oder Abgabe allen Grundstücken derselben Art gemein zu sein pflegt, unmöglich davon abhängen: ob dies der Fall sei durch den ganzen Frankfurter Gerichtsbezirk, oder durch den ganzen Bezirk des Kammergerichts, oder durch den ganzen Glogauer Bezirk, je nachdem das Grundstück diesem oder jenem der genannten drei Bezirke zugetheilt worden ist. Daraus leuchtet von selbst ein, daß hier, in Beziehung auf eigenthümliche partikulare Rechtszustände, unter einer Provinz die Bezirke und Landschaften zu verstehen sind, welche eine eigene partikulare Rechtsverfassung hergebracht haben. Man denke z. B. an die Zehnten. (3. A.) Zu vergl. Hyp.-Ordn. Tit. I, §. 49, welcher eben dieselben Lasten, von welchen hier im §. 183 Rede ist, zum Gegenstande hat.

27) (5. A.) Diese Vorschrift betrifft bloß das Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten im Kaufkontrakt und die Gewährleistung, welche der Verkäufer dem Käufer schuldig sein soll, nicht aber kann darin ein Recht des zu jenen Lasten Berechtigten auf die, vom Verkäufer dem Käufer zu machende, Anzeige gefunden werden. Erk. des Obertr. vom 2. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 178). Die bloße Anzeige genügt zur Ausschließung der Gewährleistungspflicht. Erk. des Obertr. v. 15. März 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 230). (4. A.) Bei nothwendigen Subhastationen ist es für eine solche Anzeige zu achten, wenn die in Rede stehende — nicht gemeine — Last in der Subhastationstaxe aufgeführt und ihr Betrag von dem ermittelten Werthe des subhastirten Grundstückes in Abzug gebracht worden ist. Erk. des Obertr. v. 2. März 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 95).

Auch bei einem Kaufe in nothwendiger Subhastation kann der Käufer für die auf dem erstandenen Grundstücke haftenden Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, welche nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegen, keine Vertretung fordern, sobald ihm deren Dasein bekannt gewesen ist. Dies gilt selbst in dem Falle, wenn ihm deshalb bei der Kaufhandlung eine besondere Anzeige nicht gemacht worden. Denn die hier dem Verkäufer zur Pflicht gemachte Anzeige hat nur den Zweck, den Käufer von dem Dasein einer Privatdienstbarkeit oder Last in Kenntniß zu setzen, und sie ist daher in dem Falle nicht wesentlich nöthig, wo der Käufer die Existenz der auf dem verkauften Grundstücke haftenden Last oder Dienstbarkeit auf andere Weise, vor abgeschlossenem Kaufe, mit Zuverlässigkeit in Erfahrung gebracht hat. Pr. des Obertr. 807, v. 25. Januar 1840. (Entsch. Bd. IV, S. 183.) Vergl. Erk. v. 8. Juni 1857 (Archiv Bd. XXV, S. 157 und Entsch. Bd. XXXVI, S. 59). Die Kenntniß der bloßen Ansprüche, ohne zuverlässige Nachricht, daß sie gegründet, genügt jedoch nicht zur Ausschließung der Forderung auf Gewährleistung.

Die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die auf der verkauften Sache haftenden Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben anzuzeigen, ist, um denselben gegen Gewährsansprüche zu schützen, in dem Falle nicht wesentlich nöthig, wenn dieselben im Hypothekenbuche eingetragen stehen. Pr. des Obertr. 1846, vom 16. Februar 1847. (Entsch. Bd. XIV, S. 232.) In diesem Falle wird die Wissenschaft eines Jeden fingirt. Vergl. auch o. die Anm. 18, Abs. 3 zu §. 175. (3. A.) Diesen Grundsatz hat das Obertr. wieder aufgegeben durch den Pl.-Beschl. (Pr. 2688) v. 18. Mai 1857, welcher lautet: „Der Verkäufer eines Grundstücks wird von der ihm im §. 183 auferlegten Pflicht dadurch allein nicht befreit, daß die in Frage stehenden Privatdienstbarkeiten, Lasten oder Abgaben im Hypothekenbuche eingetragen stehen." (J.M.Bl. S. 239 und Entsch. Bd. XXXVI. S. 1.) Durch die Fassung und den Zusatz „allein" soll der Beurtheilung des konkreten Falles nach Maßgabe der obwaltenden besonderen Umstände Raum gegeben werden, indem das Pr. 807 (Alin. 2) aufrecht erhalten worden ist. (4. A.) Zur Begründung dieses Beschlusses wird auf den Wortlaut des §. 183 Bezug genommen, und der Grundsatz, daß Niemand sich mit der Unwissenheit einer im Hypothekenbuche stehenden Verfügung entschuldigen könne (Tit. 4, §. 19), durch die Bemerkung beseitigt, daß derselbe den Realberechtigten gegen den dritten Besitzer schützen, keineswegs sich auf die gegenseitigen Pflichten vertragschließender Personen beziehen solle. Diese Gründe beweisen die Richtigkeit des neuen Grundsatzes nicht; der umgestoßene ältere Rechtsgrundsatz dagegen ist in seinem Zusammenhange mit dem Rechtsinstitute, zu welchem die Frage gehört, durchaus begründet und unbedingt richtig. Was den Wortlaut des §. 183 betrifft, so soll wegen der dem Verkäufer darin auferlegten Pflicht, den Käufer in Kenntniß zu setzen, ein Versehen des Letzteren, daß er sich nicht selbst Kenntniß durch Einsicht des Hypothekenbuchs oder Auszugs verschafft hat, gar nicht gefunden werden können, weil es an dem Gesetze, welches den Käufer zu dieser Einsicht des Hypothekenbuchs oder Hypothekenscheins dem Verkäufer gegenüber verpflichtete und hieran seinen Anspruch auf Gewährleistung knüpfte, fehle. Das ist ein Rechtsirrthum; diese Verpflichtung ist

## §. 184. Die auf dem Gute haftenden Privatschulden und Verbindlichkeiten [28])

schon unter den allgemeinen, dem Institute der Gewährleistung für ädilitische Fehler angehörigen, Grundsätzen ausgesprochen und braucht nicht bei jeder einzelnen Anwendung des Grundsatzes (der §. 183 ist eine bloße Anwendung auf Lasten) wiederholt zu werden. Wer ein blindes oder ein zungenloses Pferd kauft, ohne ihm ins Gesicht oder ins Maul zu sehen, der kann doch wohl schwerlich einen Anspruch gegen den Verkäufer damit begründen, daß es kein Gesetz gebe, welches ihn dem Verkäufer gegenüber verpflichte, das ihm vorgeführte Pferd zu besehen. Die weitere Begründung, nämlich die Abweisung des im §. 19, Tit. 4 festgestellten Grundsatzes ist unzulässig. Zwar ist das ganz richtig, daß derselbe den Schutz des Realberechtigten gegen den dritten Erwerber der Sache bezweckt; aber er ist nicht hierauf allein beschränkt: das Mittel, wodurch dieser Schutz erreicht wird, wirkt auch im Obligationenrechte. Eine Anwendung davon macht der §. 39, Tit. 16 bei Zahlungen. Dort heißt es: „Doch steht dieser Grund (Einschränkung in der Vermögensverwaltung durch Willenserklärungen) der Ungültigkeit einer geleisteten Zahlung nur dem entgegen, welcher die dem Gläubiger gemachte Einschränkung gewußt hat, oder sie, nach gesetzlichen Vorschriften, hätte wissen können und sollen." Dabei ist auf Tit. 4, §. 31 sqq. verwiesen. Damit sind die §§. 15—19 gemeint, denn die Ziffer 31 sqq. ist ein Druckfehler. R. v. 23. September und 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469). Der Gesetzgeber sagt also deutlich, daß der Grundsatz des §. 19: Niemand kann sich mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen, — auch im Obligationenrechte Geltung habe. Damit sind die Gründe der neuen Meinung erledigt. Die Gründe des älteren Rechtsgrundsatzes, welche zur Rechtfertigung des umgestoßenen Pr. 1846 angegeben sind, gehen nicht auf das Wesen des Instituts ein; sie bestehen aus Worten, wie auch die Widerlegung nicht eingehend ist und sich in bloß widersprechenden Redensarten bewegt. Die Rechtsgründe, worauf der ältere Rechtsgrundsatz beruhet, sind sehr einfach und bündig. Der §. 183 enthält nichts anderes als einen Fall des ädilitischen Edikts. L. 61 D. de aedil. ed. (XXI, 1); A. L.R. I, 5, §. 344. Für dergleichen Fehler oder Mängel haftet der Verkäufer, wenn er sie nicht ausdrücklich anzeigt, nur alsdann, wenn solche verborgen sind, d. h. solche, welche der Käufer, der seine gesunden Sinne und gewöhnlichen Verstand hat, durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel nicht wahrnehmen kann. L. 1, §. 6; L. 14, §. 10; L. 48, §. 4 D. de aed. ed. (XXI. 1); A. L.R. I, 5, §. 330. Wenn er nicht sieht, so täuscht er sich selbst. L. 15, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 55 i. f. D. de aed. ed.; A. L.R. I, 4, §. 79. Der §. 183 d. T., auf welchen die neue Meinung sich hauptsächlich stützt, kann gar nicht aus ihrem Zusammenhange mit dem in Rede stehenden Institute herausgerissen werden, und in diesem Zusammenhange sagt er weiter nichts, als daß die Lasten, wenn sie — was bei Servituten der gewöhnliche Fall sein wird — verborgen sind, angezeigt werden sollen. Was aber auf dem Hypothekenblatte eines Grundstücks zu sehen und zu lesen ist, das ist nicht verborgen, wie vorhin aus dem §. 19, Tit. 4 gezeigt ist. Die Neuerung des Obertribunals ist hiernach keine glückliche.

Dasselbe ist der Fall, wenn auf den neuen Erwerber des mit einer Reallast behafteten Grundstückes ein Recht mit übergegangen ist, zu welchem sich die Reallast als Ausfluß und korrespondirende Gegenverpflichtung verhält, z. B. ein auf einem Gute haftendes Patronatrecht, welches die Patronatverpflichtungen nach sich zieht, und deren Dinglichkeit erhält. Th. II, Tit. 11, §§. 579, 584 ff., 610; Th. I, Tit. 19, §. 32. Pr. des Obertr. v. 29. November 1849, Nr. V. (Entsch. Bd. XVIII, S. 317.) Doch muß solche Gegenverpflichtung eben ein gesetzlicher Ausfluß des Rechts sein, sonst haftet der Verkäufer. Man vergleiche L. 41 D. de act. emti (XIX, 2).

(4. A.) Die eingetragene Verpflichtung, „dem Besitzer eines anderen Grundstücks auf Verlangen ein Stück Landes abzutreten", ist nicht in die Kategorie derjenigen Lasten zu setzen, für welche der Verkäufer eines Grundstücks nach Maßgabe der §§. 175—191 dem Käufer Gewähr zu leisten hat: sie beschränkt nur den Erwerb, das Eigenthums- und Besitzrecht des Käufers, indem dasselbe zu einem Theile an eine Resolutivbedingung geknüpft und dem Anspruche eines Dritten ausgesetzt ist. Wird der Anspruch durchgeführt, so ist ein eigentlicher Eviktionsfall vorhanden (§§. 136—174), in welchem nur dann Gewähr zu leisten ist, wenn der Käufer bei dem Kaufe von jenem Anspruche keine Kenntniß hatte (§§. 43, 159). Erk. des Obertr. v. 23. Mai 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 102).

27a) (5. A.) Der §. 183 hat nur Lasten vor Augen, die ihrer Natur nach das Grundstück treffen und nicht zunächst persönliche Verpflichtungen eines Besitzers zum Gegenstande haben; auf diese letzteren findet der §. 184 Anwendung. Erk. dess. vom 25. Oktober 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 93).

28) Zu den Privatschulden und Verbindlichkeiten, die der Verkäufer allemal vertreten muß, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat, gehören die Verbindlichkeiten aus Verpachtungen nicht. Damit der Verkäufer von deren Vertretung befreit bleibe, genügt es, daß dieselben vor Abschluß des Kontrakts dem Käufer bekannt gewesen sind. Pr. des Obertr. 1757, vom 18. April 1846. — (3. A.) Eine auf ein Gut, auf Grund einer gerichtlich bestätigten Stiftungsurkunde „radizirte", in Rubr. II, Nr. 1 eingetragene Familienstiftung von 10,000 Thlrn. ist für eine Privatschuld mit dem accessorischen Rechte der Hypothek erachtet worden. Erk. des Obertr. v. 14. Januar 1856 (Entsch. Bd. XXXI, S. 385). Die Sache ist doch nicht so ohne alles Bedenken. Eine solche

muß der Verkäufer allemal[29]) vertreten[30]), wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat[31]).

§. 185. Die Unwissenheit des Verkäufers von dergleichen auf dem Grundstücke haftenden Lasten (§§. 180—184) befreit denselben keineswegs von der Vertretung.

§. 186. Auch alsdann, wenn der Kauf in Pausch und Bogen geschlossen worden, ist der Verkäufer von Vertretung dieser Lasten nicht frei.

§. 187. Es wäre denn, daß die Absicht der Parteien, dieserhalb keine Vertretung fordern und leisten zu wollen, aus dem Inhalte des Kontrakts klar erhellete[31a]).

---

Stiftung hat keineswegs die rechtliche Natur einer bloßen Schuld (Forderung) mit einem accessorischen Hypothekenrechte, vielmehr die eines unablöslichen (unkündbaren) Zinses und ist mithin selber ein selbstständiges dingliches Recht, also für das Grundstück, mit welchem ein solches dauerndes Rentenrecht verknüpft ist, eine Reallast. Die Entscheidungsgründe des Obertr. gehen auf die Erörterung der rechtlichen Natur einer solchen beständigen Familienstiftung gar nicht ein.

29) Ist der entgegengesetzte Grundsatz von dem der L. 27 C. de evict. und L. 7 C. communia utriusque jud. (III, 38), oder vielmehr die eine der mit einander streitenden Meinungen über die Auslegung der L. 27. Der §. 184 entscheidet also eine Kontroverse im Sinne der herrschenden Rechtsansicht.

30) „Als ein eigentlicher Eviktionsfall im Sinne des §. 135 ff., §. 164 d. T. stellt sich diese Haftbarkeit erst dar, wenn in Gefolge der Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen worden ist. So lange dies noch nicht geschehen, bleibt die gesetzliche Bestimmung des §. 184 indessen keineswegs wirkungslos, sie hat eben die Wirkung, daß die auf dem Gute haftende Hypothek hinweggeschafft werden muß. Denn der Käufer hat das Recht, gegen die Folgen solcher Ansprüche gesichert und in den Stand gesetzt zu werden, sich der Sache, unbeschränkt durch die Pfandrechte Dritter, bedienen zu können." So sagt das Obertr. in seinen Entsch. Bd. XXII, S. 156. Das ist schön, aber man möchte doch über die rechtliche Natur des Klagrechts, über den organischen Zusammenhang des Anspruchs mit dem Institute der Gewährleistungen Aufschluß haben. Der Fall steht auf gleicher Linie mit dem, wo der Käufer, nach der Uebergabe und Bezahlung des Kaufgeldes, mit Zuverlässigkeit gewahr wird, daß er die einem Dritten gehörige Sache gekauft habe. Hierbei zerbrechen sich die Gesetzgelehrten den Kopf, wie ihm beizuspringen. S. o. die Anm. 89 zu §. 136.

(4. A.) Wird in Folge einer nicht übernommenen Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache mittelst Subhastation entzogen, so ist das ein Fall der wirklichen Eviktion. (Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XXII, S. 156.) Es kommt dann auf die wesentliche Bedingung einer jeden Eviktionsforderung an, nämlich daß an dem Geber, und nicht an dem Empfänger, die Schuld liege, daß Letzterer sich der Sache vertragsmäßig nicht bedienen kann. (§. 320, Tit. 5.) Daran fehlt es, wenn der Empfänger noch eben so viel Kaufgeld rückständig war, als die Schuld betrug, wegen welcher die Subhastation ausgebracht worden war. Er hatte dafür Deckung in Händen und es war seine Schuld, daß er davon zur Befriedigung des andringenden Gläubigers keinen Gebrauch machte. Vergl. Erk. des Obertr. v. 25. Mai 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 99).

Auch die nach geschlossenem Kaufe und vor erfolgter Umschreibung des Besitztitels, des verkauften Grundstücks auf dasselbe eingetragenen Hypotheken muß der Verkäufer gegen den Käufer vertreten, so daß er, wenn wegen einer solchen Hypothek dem Käufer ohne eigene Schuld das Grundstück durch Subhastation entwährt wird, ihm Eviktion leisten muß. Erk. des Obertr. v. 28. Septbr. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 106).

Grundbedingung der Gewährleistung ist die wirkliche Existenz der fraglichen Last. So lange dieselbe noch nicht festgestellt ist, fehlt es an den Voraussetzungen, unter welchen ein Anspruch auf Gewährleistung stattfindet. Ein solcher Fall ist z. B., wenn nach der Besitztitelberichtigung für den Käufer eines Grundstücks eine Forderung für Jemand, aus einem Titel eines Vorbesitzers, protestativisch eingetragen wird. Hier kann der Käufer nicht ohne Weiteres auf Wegschaffung der Protestation gegen seinen Autor klagen, sondern es muß zuvor ausgemacht werden: ob die Forderung mit Recht oder Unrecht eingetragen worden und also auf dem Grundstücke wirklich hafte. Erk. des Obertr. v. 16. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 115).

31) Ueber die Verjährung dieses Anspruchs s. o. die Anm. 82 zu §. 344, Tit. 5.

31a) (3. A.) Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf jeden Kauf, sondern nur auf den Kauf in Pausch und Bogen, d. h. nur auf den §. 186, und nicht auch auf den §. 184. Erk. des Obertr. v. 14. Januar 1856 (Entsch. Bd. XXXI, S. 385). Dabei ist nichts Zweifelhaftes.

(4. A.) Die Absicht muß klar erhellen. Jemand verkaufte mehrere Parzellen seines mit einer Reallast beschwerten Guts in demselben Akte an verschiedene Personen und der eine der Käufer übernahm darin allein die Reallast. Dadurch hielt sich der Verkäufer von der Verbindlichkeit zur Gewährleistung gegen die Käufer der übrigen Parzellen für befreit. Diese Meinung fand jedoch bei dem Obertribunal keinen Beifall. Erk. v. 22. Dezember 1851 (Arch. f. Rechtsfälle Bd. IV, S. 220).

a) wenn der Käufer zurücktreten kann und will,

§. 188. In Fällen, wo daraus, daß eine solche Last auf der Sache haftet, zugleich der Mangel einer ausdrücklich vorbedungenen oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaft folgt, finden wegen des dem Käufer offen stehenden Rücktritts vom ganzen Vertrage[32]), die allgemeinen Grundsätze von der Gewährsleistung statt. (Tit. 5, §. 319 sqq.).

b) wenn er nicht zurücktreten kann oder will,

§. 189. Kann oder will[33]) der Käufer von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen, so muß die Abgabe, wenn sie in Gelde oder Naturalien besteht, nach dem landüblichen Zinsfuße zu Kapital gerechnet, und nach diesem[34]) Kapitale die von dem Verkäufer zu leistende Vergütung bestimmt werden.

§. 190. Besteht aber die Last in Handlungen oder Leistungen, die sich auf eine jährliche Geldsumme nicht zurückbringen lassen, so muß dieselbe von vereideten Sachverständigen nach dem Maße geschätzt werden, als der wahre Werth des Grundstücks durch diese Last vermindert wird[35]).

§. 191. Wegen der Verbindlichkeit des Käufers, wenn er wegen einer solchen Last von einem Dritten in Anspruch genommen wird, den Verkäufer zur Vertretung aufzufordern, finden die Vorschriften §. 143 sqq. Anwendung.

---

32) Dieser §. ist nicht auf den Fall zu beziehen, wenn der Verkäufer die Liberation des verkauften Grundstücks von einer Hypothek *versprochen* hat; hier kann schlechtweg kontraktmäßige Erfüllung sogleich gefordert werden. Dies ist nun auch ausgesprochen von dem Obertr. durch Pl.-Beschl. (Nr. 2342) vom 2. Febr. 1852. (Entsch. Bd. XXII, S. 145.) Vergl. S. 158 ebend. und oben, Anm. 65 zu §. 325, Tit. 5.

33) Der Käufer hat die Wahl zwischen den ädilitischen Klagen und der Eviktionsklage.

Nach der Art der Mängel, wonach die Verbindlichkeiten wegen Gewährleistung für juristische Mängel und aus dem ädilitischen Edikte wegen natürlicher Fehler sich beide von einander unterscheiden, gehören die Lasten richtiger zu den eigentlichen Eviktionsfehlern. Aber schon die juristischen Klassiker betrachteten sie auch als natürliche, den Edictsklagen unterliegende Fehler. L. 61. D. de aedil. ed. (XXI, 1); und in Betreff der auf Sklaven haftenden Noxa: L. 1 §. 1; L. 17, §§. 17, 18 D. eodem; L. 11, §. 8 D. de act. emti (XIX, 1); L. 14 C. de act. emti (IV, 49). In gleicher Weise kann nach dieser Bestimmung des A. L.R. der Käufer eine so belastete Sache als eine solche, die gewisser vorausgesetzter oder bedungener Eigenschaften ermangelt, behandeln und von der actio redhibitoria Gebrauch machen. Vergl. Tit. 5, §§. 335, 336. Der Fall kann nicht bloß der sein, daß eine zugesicherte Berechtigung oder aktive Servitut fehlt, oder eine dem Käufer unbekannt gebliebene Last auf der Sache haftet, sondern es kann auch in der That ein Dritter mit einem dergleichen Anspruche, wodurch er zwar nicht die Sache ganz, aber doch zu einem qualitativen Theile entzieht, konkurriren. §. 191.

Bei dem hier, im §. 189, vorgesehenen alternativen Klagerechte auf Vergütung ist nicht weiter unterschieden zwischen der actio quanti minoris und der eigentlichen Eviktionsklage (actio emti oder ex stipulatu), obwohl jede der beiden Klagrechte einer anderen Verjährung unterworfen ist. Der Grund ist der, daß im heutigen Rechte jeder in die äußere Erscheinung tretende Unterschied verschwunden ist. Das A. L.R. kennt nur noch die eigentliche Eviktionsklage, auf welche die kurze Verjährung keine Anwendung findet. S. Pl.-Beschl. des Obertr. 1885, Nr. II oben in der Anm. 84 zu §. 345, Tit. 5. Vergl. auch Anm. 82 zu §. 344 daselbst.

34) Nach *diesem* Kapitale, nicht, wie es die Regel der §§. 177, 171 vorschreibt, nach Verhältniß desselben zu dem Kaufpreise, soll die Vergütung bestimmt werden, was beinahe der Erfüllung gleichkommt. Ob wohl diese Ausnahme im Bewußtsein gewesen und beabsichtigt worden ist? Das ist zu bezweifeln; ein sachlicher Grund zu solcher Ausnahme ist nicht bekannt. Daß aber die Bestimmung wörtlich gemeint worden ist, bestätigt der folg. §. 190. (5. A.) Ist auch von dem Obertrib. für den Fall eines ohne Anschlag erfolgten Kaufs angenommen. Erk. vom 20. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 124).

35) Also auch hier das ganze Aequivalent der Last. S. die vor. Anmerk. (4. A.) Es wird vermuthet, daß der wahre Werth des Grundstücks durch den Kaufpreis dargestellt wird, und der Minderwerth des Grundstücks wegen einer auf demselben haftenden, von dem Verkäufer zu vertretenden Servitut besteht, in sofern jene Vermuthung nicht widerlegt wird, in dem zwanzigfachen Betrage des jährlichen Mindererertrags des Grundstücks. Erk. des Obertr. v. 17. Nov. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 27). (5. A.) Wiederholt hat das Obertr. die analoge Anwendung der Vorschrift des §. 190 auf Servituten für unbedenklich erklärt und erkannt, daß dem Käufer der Kapitalswerth der Last und nicht etwa nur die jährliche Abnutzung davon unter Niederlegung eines entsprechenden Kapitals gewährt werden müsse. Erk. vom 19. November 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 20).

§. 192. Die Sache muß in der Beschaffenheit übergeben werden, wie sie von dem Käufer bedungen worden[35a]). wegen fehlender Eigenschaften,

§. 193. Ist keine besondere Beschaffenheit vorbedungen, so muß die Sache diejenigen Eigenschaften haben, die bei einer jeden Sache derselben Art gewöhnlich[36]) vorausgesetzt werden[36a]).

§. 194. Uebrigens muß sie in demjenigen Zustande übergeben werden, in welchem sie sich zur Zeit des geschlossenen[37]) Kaufs befunden hat.

§. 195. Kann die Beschaffenheit der Sache, wie sie zur Zeit des Kaufs gewesen ist, nicht ausgemittelt werden, so ist der unmittelbar vorhergehende Zustand zum Grunde der Entscheidung anzunehmen.

§. 196. Daß der Zustand der Sache zwischen der Zeit des Kaufs und der Uebergabe sich wesentlich geändert habe, wird nicht vermuthet[37a]).

§. 197. Hat die Sache die beim Kaufe ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften nicht, so wird sie fehlerhaft genannt.

§. 198. Wegen fehlerhafter Beschaffenheit der verkauften Sache finden die Vorschriften Tit. 5, §. 319 sqq. Anwendung[37b]).

§. 199.[37c]). Wenn ein Stück Vieh binnen Vier und Zwanzig Stunden[38]) nach

---

35a) (4. A.) Bei einem Verkaufe nach Probe hat der Verkäufer zu beweisen, daß die Uebergabe probemäßig geschehen oder angeboten worden sei; der Käufer aber hat die Identität der produzirten Probe zu beweisen. Erk. des Obertr. vom 27. Septbr. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 126). Vergl. Anm. 50a zu §. 76 d. T. und Hand.-Ges.B. Art. 340.

(4. A.) Der Verkauf nach Probe ist ein Kauf unter einem bestimmten dictum promissum über die Eigenschaften der Waare. H.G.B. Art. 340. Das A. L.R. erwähnt seiner nicht besonders. Entsteht bei der Uebergabe der Sache Streit über die Probemäßigkeit und der Verkäufer verlangt die Abnahme, so muß er die Probemäßigkeit behaupten und beweisen. Hat aber der Käufer dieselbe ohne Vorbehalt angenommen, sogar darüber verfügt, und rügt nun, von dem Verkäufer auf Zahlung des Kaufgeldes belangt, die Probewidrigkeit; so stellt sich dies nicht mehr als eine negative Litiskontestation, sondern als ein Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages, nämlich des Mangels der ausbedungenen Eigenschaften, mithin als ein wirklicher Einwand dar, was zur Folge hat, daß dem Käufer der Beweis der Probewidrigkeit der Waare obliegt. Erk. des Obertr. v. 2. Juli 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 225). Vergl. Anm. 29, Nr. III, 1, lit. c zu §. 271, Tit. 5.

36) Dies ist z. B. bei öffentlichen Geldpapieren die Eigenschaft derselben als kursirender. Ein dergleichen Papier, dessen Kurs gesperrt ist, ist nicht in der Beschaffenheit übergeben, wie sie von dem Käufer vorausgesetzt worden.

36a) (4. A.) Ueber die Anwendung der §§. 192, 193, verb. mit §. 196, auf Waarenkäufe, wenn die Waaren von einem andern Orte bei dem Käufer (Besteller) in fehlerhafter Beschaffenheit ankommen, s. m. meinen Aufsatz in Siebenhaar's Archiv, Bd. IX, S. 172 ff. Seit dem 1. März 1862 kommen die Artt. 335, 346 ff. des Handels-Ges.B. zur Anwendung. M. s. Art. 348 daselbst und die Anmerkungen dazu.

37) Diese Vorschrift und die des §. 196 gelten auch bei der nothwendigen Subhastation mit den sich von selbst verstehenden Modifikationen aus §. 213 d. T. Pr. 534, v. 28. Sept. 1838. S. auch das Pr. 532 und in der Anm. 35 zu §. 340. Bei der nothwendigen Subhastation ist der Tag des geschlossenen Kaufs der Lizitationstermin. Schl. Arch. Bd. V, S. 329. — M. s. auch Anm. 51a zu §. 81.

37a) (4. A.) Daher wird, wenn der Verkäufer nicht das Gegentheil beweist, angenommen, daß der bei der Uebergabe der Sache sich hervorgethane Fehler schon zur Zeit des Kaufs vorhanden war. Vergl. §. 199. Wird umgekehrt von dem Käufer bewiesen, daß schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufs z. B. über ein Pferd eine erst später entdeckte Krankheit desselben, welche als ein Mangel an den ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften des Pferdes zu betrachten ist, vorhanden gewesen sei; so kann der Käufer von dem Kaufe zurücktreten, wenn auch das Pferd nachher von dieser Krankheit befreit worden und zur Zeit der Uebergabe nicht mehr als fehlerhaft anzusehen ist. Denn es kommt auf die Zeit des Kontraktschlusses an. §. 197 d. T. u. §. 81, Tit. 4; §. 329, Tit. 5. Vergl. Erk. des Obertr. vom 26. Okt. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 14).

37b) (4. A.) Ein Kaufmann, welcher vor eingetretener Rechtskraft des Amortisationsurtheils das betreffende öffentliche Geldpapier kauft, kann von seinem Verkäufer zumal dann nicht Gewähr fordern, wenn er es unterlassen hat, gegen das ergangene Urtheil die zulässigen Rechtsmittel einzulegen. Erk. des Obertr. vom 8. Jan. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 210).

37c) (4. A.) Die §§. 199—206 u. Anh. §§. 13, 14 betreffen die Gewährleistung wegen natür-

licher Fehler der Hausthiere. Drei verschiedene Systeme haben sich in dieser Materie geltend gemacht: das System, daß für alle ädilitischen Mängel, womit die verkaufte Sache zur Zeit des Vertrages behaftet war, Gewähr zu leisten, auch wenn sie dem Verkäufer selbst unbekannt waren, und daß der Käufer die Wahl hat, ob er auf gänzliche Aufhebung des Vertrages (Wandlungsklage, actio redhibitoria), oder auf Minderung des Kaufpreises (Minderungsklage, actio quanti minoris) klagen will. Dieses System ist das des Römischen Rechts (D. XXI, 1 u. C. IV, 58). Für die erste Klage ist eine Verjährungsfrist von 6 Monaten, für die andere eine solche von 1 Jahre festgesetzt. Diese Vorschrift des ädilitischen Edikts ging ursprünglich nur auf den Verkauf von Sklaven und Lastthieren, später aber wurde sie auf alle Sachen und alle oneröse Verträge ausgedehnt. Dieses Recht besteht noch jetzt in den Gebietstheilen des Gemeinen Rechts, nur daß hier und da bezüglich des Handels mit Hausthieren durch Lokalstatuten, Marktordnungen und Ortsgebräuche einzelne Abänderungen eingetreten sind. Dasselbe System hat ursprünglich auch das französische Recht, nur mit der Abweichung, daß die durch die redhibitorischen Mängel begründete Klage nach Beschaffenheit dieser Mängel und der Gewohnheit des Ortes, wo der Uebertragsvertrag geschlossen ist, binnen kurzer Frist angebracht werden muß (Cod. Nap. Art. 1641—1649, 1707). Durch ein späteres Gesetz (loi du 20. mai 1838) hat es das zweite System angenommen; jedoch ist es in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln bei den Bestimmungen des Cod. Nap. mit der Abänderung verblieben, daß bei dem Verkaufe von Hausthieren die Gewährleistungsklage und Einrede binnen 42 Tagen geltend gemacht werden muß. G. v. 3. Mai 1859 (G.S. S. 205). Das zweite System besteht darin, daß bei einigen Hausthieren, meistens nur bei Pferden, beim Rindviehe, bei Schafen und bei Schweinen, diejenigen Fehler, wegen welcher die Redhibition verlangt werden kann, sowie die Fristen, binnen welchen dieserhalb geklagt oder doch bei dem Richter auf Feststellung des Fehlers angetragen werden muß, bestimmt, und daß diese Fristen nicht allein Verjährungsfristen sind, sondern daß, wenn innerhalb derselben der Anspruch geltend gemacht wird, zugleich die Vermuthung gilt, daß der Fehler schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war; endlich daß die Minderungsklage theils ganz, theils auch nur bei einigen Hausthieren und Mängeln derselben ausgeschlossen ist. Diesem Systeme haben sich, nach dem Vorgange in Frankreich, angeschlossen: Belgien durch Gesetz vom 28. Januar 1850; Luxemburg durch Gesetz vom 18. April 1851; das Großherzogthum Hessen durch Gesetz vom 15. Juli 1858; Baiern durch Gesetz vom 26. März 1859; Baden durch Gesetz vom 23. April 1859; die Schweizerkantone Aargau, Bern, Zug, Zürich und Neuenburg durch Konkordat vom 22. April 1853; Sachsen-Meiningen durch Gesetz vom 6. Juli 1844 und Württemberg durch Gesetz vom 28. Dezember 1861. Dem Vorgange folgt auch das preußische Gesetz für die Hohenzollernschen Lande, vom 5. Juni 1863 (G.S. S. 445). Es stimmt im Wesentlichen mit den angeführten Gesetzen für Baden und Württemberg überein, und weicht von der in diesen Landen bis dahin bestandenen Gesetzgebung (für Sigmaringen Verordnung vom 1. Mai 1766, mit einer Zusatzbestimmung republizirt den 28. März 1811 — Sigmaringensche Gesetzsammlung Bd. I. S. 48, 49, 88 — und für Hechingen Verordnung vom 16. Dezember 1786, nur durch Einzelabdrücke publizirt und mit jener im Wesentlichen übereinstimmend) insofern ab, als die einzelnen Mängel der Hausthiere mit Berücksichtigung der Fortschritte in der Thierarzneikunde in ganz anderer Weise spezifizirt, die Minderungsklage, mit Ausnahme des Falles, wenn sich der Mangel am geschlachteten Stücke findet, und die Klage aus der Verletzung über die Hälfte wegen der betreffenden Hauptmängel beseitigt, die Gewährsfristen überall erheblich verkürzt und außerdem Spezialvorschriften für das Prozeßverfahren enthält. Die Uebereinstimmung dieses Gesetzes mit den Gesetzen der beiden genannten Nachbarländer, von welchen das Ländchen Hohenzollern ganz eingeschlossen ist, ist als ein dringendes Bedürfniß erschienen wegen des lebhaften Verkehrs mit Hausthieren, der zwischen den Bewohnerm dieses Ländchens und den Bewohnern der beiden Nachbarstaaten besteht. — Das dritte System ist das gemischte, indem es die beiden ersten Systeme vereinigt. Grundlage desselben ist das römische Recht, es beschränkt daher die beiden ädilitischen Klagen nicht auf gewisse Gegenstände und nicht auf bestimmte Fehler, aber es läßt die Wandlungsklage nur dann zu, wenn dem betreffenden Mangel nicht abgeholfen werden kann, und setzt eine kurze Vermuthungsfrist für die Entstehung der Fehler eines Stückes Vieh im Allgemeinen und außerdem bei bestimmten Hausthieren (bei Pferden, Lastthieren, Schafen und Schweinen) für gewisse Krankheiten noch besondere Vermuthungsfristen, die nicht zugleich Verjährungsfristen sind, fest, auch macht es bei der Verjährungsfrist einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien. Dieses System ist von den beiden großen deutschen allgemeinen Gesetzgebungen, der preußischen (A. L.R. §§. 198—204 u. Anh. §§. 13, 14 d. T., u. Tit. 5, §§. 319—344) u. der österreichischen (bürg. Gesetzbuch §§. 922—932) angenommen.

38) Die Frist von 24 Stunden nach der Uebergabe, binnen welcher die Vermuthung gilt, daß ein erkranktes Stück Vieh schon vor der Uebergabe krank gewesen sei, endet mit dem Momente, in welchem sie an dem vorhergehenden Tage zu laufen angefangen hat. Pr. des Obertr. 2100, vom 18. Dezember 1848. (Entsch. Bd. XVII. S. 152.) Die Zeitrechnung a momento ad momentum ist eine seltene Ausnahme von der Regel (§§. 45—47, Tit. 3) bei Zeiträumen, welche nicht kürzer als ein Tag sind; denn bei Fristen unter 24 Stunden versteht sie sich von selbst. Sie ist hier in der Natur der Sache begründet, denn es handelt sich lediglich um die Feststellung einer Thatsache, und

der Uebergabe krank befunden wird, so gilt die Vermuthung, daß selbiges schon vor der Uebergabe krank gewesen sei.

§. 200. Doch muß der Käufer, bei Verlust seines Rechts[39]), die bemerkte Krankheit dem Verkäufer dergestalt zeitig anzeigen[40]), daß noch eine Untersuchung über den Zeitpunkt ihres Entstehens stattfinden könne[41]).

§. 201. Ist der Verkäufer nicht am Orte zugegen, so muß[42]) die Anzeige den Gerichten des Orts[43]), oder einem[44]) Sachverständigen geschehen.

§. 202. Stirbt das Vieh binnen Vier und Zwanzig Stunden nach der Uebergabe: so ist der Verkäufer zur Vertretung verpflichtet[45]), wenn nicht klar[46]) ausgemittelt werden kann, daß die Krankheit erst nach der Uebergabe entstanden sei.

---

zwar einer naturgesetzlich durch einen gewissen Zeitverlauf bedingten organischen Entwickelung eines somatischen Zustandes. Aus gleichen Gründen muß diese Rechnungsart auch bei allen übrigen, in den §§. 204, 205 und Anh. §§. 13 u. 14 bestimmten längeren Zeiträumen angewendet werden, obwohl uns dort die, der Zeitrechnung a momento ad momentum überhaupt entgegenstehende, natürliche Schwierigkeit in der richtigen Bestimmung des Anfangs- und Endpunkts nach den oft bedeutend differirenden Zeitmessern verschiedener Orte, entgegentritt.

39) Nämlich des Rechts, sich auf die Vermuthung des §. 199 zu stützen. Will er die Beweislast übernehmen, so kann er die Anzeige unterlassen; es kommt dann der Grundsatz des §. 203 zur Anwendung. S. die folg. Anm. 40, Alinea.

40) Diese Vorschrift bezieht sich nicht bloß auf die allgemeine im §. 199 aufgestellte Vermuthung, sondern auch auf die speziellen in den §§. 204 u. 205, und den §§. 13 u. 14 des Anh. zum A. L.R. aufgestellten Vermuthungen. Pr. des Obertr. 747, vom 29. Okt. 1839.

Der hier und im folgenden §. 201 vorgeschriebenen Anzeige bedarf es nur dann, wenn der Käufer sich auf die im §. 199 aufgestellte Vermuthung gründet, nicht aber dann, wenn er den im §. 203 nachgelassenen Beweis selbst führen will. Pr. des Obertr. 257[a], vom 29. April 1837.

41) Die Untersuchung mag dann der Verkäufer veranlassen; dem Käufer liegt eben nur die Anzeige des Krankheitsfalles ob.

42) Die bei der Abwesenheit des Verkäufers im §. 201 vorgeschriebene Anzeige bei den Ortsgerichten oder einem Sachverständigen ist dem Käufer nur zu seinen Gunsten nachgelassen worden, dergestalt, daß derselbe sein Recht nicht verliert, wenn er, der Abwesenheit des Verkäufers ungeachtet, denselben dennoch die Anzeige zeitig gemacht hat. Pr. des Obertr. 257[b] vom 29. April 1837.

43) Damit werden die ordentlichen Gerichte, nicht etwa die Dorfgerichte, welche gemeiniglich Ortsgerichte genannt werden, gemeint. Alles was auf die Anzeige weiter geschehen soll, ist unbekannt. Die Prozeßordnung schreibt kein Verfahren vor; die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse paßt dazu nicht, liegt auch gar nicht im Interesse des Käufers, so daß dieser nicht für sich und in seinem Interesse, sondern gegen sich für den Verkäufer handeln müßte, wenn ihm zugemuthet würde, diese Beweisaufnahme in Antrag zu bringen. Dieser bloße Antrag würde auch noch zu nichts führen, vielmehr wäre dazu noch die Aufsuchung und Anzeige der geeigneten Beweismittel nothwendig, und überdies hätte der Käufer als Extrahent die Kosten zu bezahlen. Jenes zu thun, wäre naturwidrig, man kann nicht sein Interesse und das Interesse seines Gegners zugleich wahrnehmen, und zu Diesem hat er keine Verbindlichkeit. Nirgend ist ihm eine solche Last aufgelegt, er hat mit der nackten Anzeige seine Pflicht erfüllt. Deshalb ist die Vorschrift ganz nutzlos, unpraktisch.

44) Ein Sachverständiger genügt. Proz.-O. Tit. 13, §. 10, Nr. 7. Aber die Anzeige ist zu dem Zwecke, zu welchem sie geschehen soll, nämlich um im Interesse des Verkäufers die wahre Entstehung der Krankheit festzustellen, wahrscheinlich nutzlos, wenn Niemand vorhanden ist, der den Sachverständigen für seine Mühwaltung zu bezahlen bereit ist; der Käufer ist dazu nicht verbunden, er ist nicht Vertreter oder Geschäftsführer des Verkäufers.

45) Unbedingt. Bei eintretendem Todesfalle bedarf es der in den §§. 200 und 201 vorgeschriebenen Anzeige nicht.

46) Die Vermuthung, daß die Todesursache schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen, muß der Verkäufer durch einen vollständigen Beweis widerlegen; Ergänzung oder Beseitigung eines unvollständigen Beweises durch einen nothwendigen (Erfüllungs- oder Reinigungs-) Eid, welcher überdies doch eigentlich nur ein Glaubenseid sein könnte, der aus der Seele eines Nichtsachverständigen durchaus gewichtlos wäre, findet nicht statt. (4. A.) Die Wandelklage wird aber auch durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß das fragliche Thier aus einer anderen Ursache ohne Verschulden des Uebernehmers gestorben ist. Erk. des Obertr. vom 23. Juni 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 83), und vom 20. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 130). Vergl. oben Anm. 66, Abs. 2 zu §. 327, Tit. 5.

§. 203. Aeußert sich die Krankheit des Viehes erst nach Verlauf von Vier und Zwanzig Stunden nach der Uebergabe, so trifft der Schade den Käufer, wenn nicht ausgemittelt werden kann[47]), daß der kränkliche Zustand[47a]) schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden gewesen.

§. 204. Bei Schweinen, welche innerhalb Acht Tagen nach der Uebergabe finnig befunden werden, gilt die Vermuthung, daß sie es schon zuvor gewesen sind.

Anh. §. 13. Wenn sich bei Schafen die Pocken und beim Rindvieh die sogenannte französische Krankheit innerhalb Acht Tagen nach der Uebergabe äußert, so gilt die Vermuthung, daß solche schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen.

§. 205. Fällt weg[48]).

Anh. §. 14. Eine gleiche Vermuthung gilt von Pferden, bei welchen sich wahre Stätigkeit innerhalb Vier Tagen, Räude und Rotz innerhalb Vierzehn Tagen, Dämpfigkeit, Herzschlägigkeit, schwarzer Staar, Mondblindheit und Dummkoller aber innerhalb Vier Wochen nach der Uebergabe hervorthun[48a]).

§. 206. In allen Fällen, wo wegen der von dem Verkäufer zu vertretenden Mängel, der Rücktritt vom Kaufe, und der Ersatz des ganzen Kaufpreises nicht stattfindet, muß die dem Käufer zu leistende Vergütung nach dem Gutachten vereideter Sachverständigen bestimmt werden[49]).

---

47) Das soll heißen: wenn er nicht beweisen kann; wo die Vermuthung für ihn aufhört, fängt seine Beweislast an.

47a) (4. A.) Unter dem „kränklichen Zustande" wird, im Gegensatze zur später in die äußere Erscheinung getretenen entwickelten „Krankheit", der Keim oder Grund derselben verstanden, der Käufer hat daher nur das Vorhandensein dieser körperlichen Ursache der erst später ausgebrochenen Krankheit im Körper des Thieres zur Zeit der Uebergabe zu beweisen. Erk. des Obertr. vom 17. Nov. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 279. (5. A.) Denn auch der bloße Keim zu einer Krankheit ist für einen zur Redhibitions- oder Minderungsklage oder einer solchen Einrede berechtigenden Fehler und Gewährsmangel eines erkauften Thieres anzusehen, wenn derselbe bereits zur Zeit der Uebergabe des Thieres vorhanden war, erwiesen die nächstdem entwickelte Krankheit veranlaßte und letztere selbst nach ihrer Natur und Beschaffenheit den Käufer zu dessen Rückgabe oder zur Minderung des vereinbarten, die Unkenntniß des Käufers von dem Mangel voraussetzenden Kaufpreises gesetzlich berechtigt haben würde. Erk. dess. vom 24. Mai 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 188).

48) Der Wortlaut des §. 205 ist: „Eine gleiche Vermuthung gilt von Pferden, bei welchen sich Dämpfigkeit, Herzschlägigkeit, Räude, wahre Stätigkeit, schwarzer Staar, Mondblindheit und Rotz innerhalb Vier Wochen nach der Uebergabe hervorthun." — Durch den folgenden §. 14 des Anh. ganz beseitigt, auf Grund eines Antrages der Gesetzkommission vom 27. März 1801, welcher durch ein von dem Oberstallmeister Gr. v. Lindenau mitgetheiltes Gutachten der Professoren an der Thierarzneischule, Naumann und Sick, und des Stallmeisters Ploen veranlaßt worden. Nach einer zum Zwecke der Gesetzrevision erfolgten Mittheilung des Medizinaldepartements sollte auch des Wurms (eine dem Rotze verwandte Pferdekrankheit) gedacht werden müssen, und auch für die Dämpfigkeit und den schwarzen Staar nur eine 14tägige Frist gegeben sein, weil diese Krankheiten nicht gut länger verborgen bleiben, wohl aber in sehr kurzer Zeit sich ausbilden könnten. (Ges.-R. Pens. XIV, S. 41.)

48a) (4. A.) Es muß aber in allen diesen Fällen (§. 204, Anh. §§. 13, 14) zur Aufrechthaltung der Vermuthung die Vorschrift des §. 200 u. 201 beobachtet werden. Pr. des Obertr. 747 vom 29. Oktober 1839.

Die gesetzliche Vermuthung des §. 14 findet auch in dem Falle Anwendung, wenn an einem Orte unter der Herrschaft des Allg. Landrechts ein Pferdehandel geschlossen und beiderseits vollzogen ist, und demnächst an einem Orte im Gebiete des Gemeinen Rechts auf Aufhebung dieses Vertrages wegen Dummkollers des Pferdes geklagt wird. Erk. des Obertr. v. 17. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 123).

49) Vergl. die im Prinzip übereinstimmende allgemeine Vorschrift im §. 328, Tit. 5. Dieses Gutachten muß, weil hier nur die actio quanti minoris stattfindet, mit Rücksicht auf das Kaufpretium gerichtet werden, d. h. es muß, nach Maßgabe desselben, ermessen werden: wie viel der Käufer weniger gegeben haben würde, wenn er den Fehler gekannt hätte. (4. A.) Ist z. B. von zwei zusammen für Einen Preis erkauften Pferden das eine mit dem Dummkoller behaftet und demnächst krepirt, so kann er dafür den Preis, welcher nach Verhältniß des für beide Pferde gezahlten Kaufpreises auf das fragliche Pferd zu rechnen ist, zurückfordern. Erk. des Obertr. vom 4. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf.

wegen fehlender Quantität.

§. 207. Hat der Verkäufer ein bestimmtes Maß oder Gewicht, oder eine gewisse Zahl bei der Sache[50]) zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet, und es fehlt etwas daran bei der Uebergabe, so ist der Käufer, die Sache anzunehmen nicht schuldig[51]).

§. 208. Doch steht ihm frei, auch die Nachlieferung des Fehlenden zu verlangen[52]).

§. 209. Kann die Nachlieferung noch innerhalb der zur Uebergabe bestimmten Zeit geleistet werden, so ist der Käufer von dem Vertrage abzugehen nicht berechtigt[53]).

§. 210. Hat der Käufer die Sache einmal an- und in seine Verwahrung genommen[53a]), so kann er sie, aus dem Grunde der nicht vollständig geschehenen Ablieferung, nicht zurückgeben, sondern muß mit dem Ersatze des Abgangs sich begnügen.

§. 211. Der Betrag des zu leistenden Ersatzes wird nach den Vorschriften §§. 170, 171 bestimmt[53b]).

---

Bd. XXIX, S. 69). Vergl. über die Operation bei dieser Abschätzung m. Anleit. zur Prozeßpraxis §. 91, Note 16.

(5. A.) Das dieser speziellen Vorschrift des §. 206 und der allgemeinen Vorschrift im §. 328, Tit. 5 zum Grunde liegende Prinzip ist, daß der Käufer sich der verkauften Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, oder, wie der §. 192 d. T. sich ausdrückt, in der Beschaffenheit, wie sie von dem Käufer bedungen worden, bedienen kann. Daraus folgt, daß im Falle der Geltendmachung der actio quanti minoris der Minderwerth eben nur nach dem Gesichtspunkte zu bemessen ist, daß sich der Käufer der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages soll bedienen können, daß es somit keine Verletzung der bezeichneten Vorschriften enthält, wenn bei der Berechnung des Minderwerthes derjenige Werth als Faktor zum Grunde gelegt wird, welcher die Sache nach ihrer auf Zweck und Bestimmung beruhenden, von beiden Kontrahenten gewollten, vertragsmäßigen Individualisirung gemäß dem Gutachten der Sachverständigen hat, und daß nichts darauf ankommt, ob die danach werthlos befundene Sache möglicher Weise bei einer Verwendung zu einem anderen Zwecke immer noch einen Werth haben kann; denn hierauf kann sich der Verkäufer nicht berufen, eben weil er dafür zu haften hat, daß sich der Käufer der Sache nach dem Inhalte des Vertrages in der bedungenen Beschaffenheit bedienen könne. Erk. des Obertr. vom 26. April 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 115).

50) Das „bei der Sache" bezieht sich auch auf „Maß oder Gewicht" und hat nichts auf sich. Der §. handelt vom Kaufe nach Maß, Gewicht und Stückzahl; der Gegensatz davon findet sich im §. 213. Die Gegensätze sind: Kauf ad mensuram (§§. 207—212) und Kauf per aversionem, in Pausch und Bogen (§. 213). Was die §§. 207—211 bestimmen, gilt für alle Fälle, wo nicht so viel übergeben werden kann, als gekauft worden, auch von Ackerflächen.

Auch ist die Bestimmung auf Quantitäten in genere, ohne individuelle Vorherbestimmung des Genus, zu beziehen. Vergl. die folg. Note 51.

51) Es macht hierin keinen Unterschied: ob die Bestellung durch gleichzeitige Lieferung der ganzen bestellten Quantität ausdrücklich oder vorausgesetzlich bedingt war, oder nicht. Wer z. B. 100 Schffl. Weizen, abzuliefern am 1. nächsten Monats, gekauft hat, braucht nicht 50, nicht 99 anzunehmen, nach dieser ausdrücklichen Bestimmung, zufolge des allgemeinen Grundsatzes, daß Niemand Abschlagszahlungen anzunehmen schuldig ist. Die in Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 313 mitgetheilte Entscheidung des rheinischen Revisions- und Kassationshofs, vom 29. März 1834, welche das Gegentheil ausspricht, ist ungerechtfertigt. Dem Käufer steht in jedem Falle frei, von dem Kontrakte zurückzutreten, wenn zur bestimmten Zeit nicht Alles geliefert wird. §. 209.

52) Damit muß er sich begnügen, wenn er die Theillieferung angenommen hat; denn die Zurückgabe des Empfangenen ist ihm nicht gestattet. §. 210.

53) Aber er ist auch nicht verpflichtet, vor der Zeit Abschlagslieferungen anzunehmen und sich auf Nachlieferung im Uebergabetermine einzulassen, wie man aus der Fassung dieses §. schließen könnte. Die Bestimmung will sagen: wenn vor der Zeit nicht die ganze Quantität gegeben (oder angeboten) wird, so kann deshalb der Käufer noch nicht zurücktreten, sondern er muß die bestimmte Zeit abwarten.

53a) Also hilft ein Vorbehalt bei der Annahme der Stücklieferung nicht, nicht einmal die Annahme zur Verwahrung erhält dem Käufer das Recht zum Rücktritte: er muß jede Annahme unter Anwesenden zurückweisen; Theilsendungen unter Abwesenden sind nicht abzunehmen oder doch sogleich zurückzusenden. Der Satz der Anm. 50a zu §. 76 d. T. hat eine andere Beziehung.

53b) (4. A.) Dabei wird mittlere Art und Güte der wirklich übergebenen Quantität zum Grunde

§. 212. Ob übrigens die Quantität der verkauften Sache nur der Beschreibung und nähern Bestimmung halber, oder in der Absicht, daß sie vertreten werden solle, beigefügt worden, ist hauptsächlich[54]) nach dem Inhalte des Kontrakts zu beurtheilen.

§. 213. Ist der Kauf in Pausch und Bogen geschlossen, so darf ein bei den Unterhandlungen bloß zur Information des Käufers gegebener Anschlag, nur in Ansehung der Existenz der darin angegebenen Rubriken, nicht aber in Ansehung der Zahl, der Größe, des Umfangs, oder des Ertrags derselben, vertreten werden[55]).

§. 214. Außer diesem Falle gilt, wenn aus den Umständen und aus der Fassung des Vertrags nicht ein Anderes erhellet, die Vermuthung, daß die bestimmte Quantität gewährt werden solle.

Verbindlichkeiten des Käufers, 1) wegen Uebernahme der Sache,

§. 215. Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig[56]) zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig[56a]).

§. 216. Was den Verkäufer wegen verzögerter Uebergabe entschuldigt, das muß auch dem Käufer in Rücksicht der Uebernahme zu Statten kommen[57]).

---

gelegt. Erk. des Obertr. vom 16. März 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 298). (5. A.) Der Betrag des Ersatzes kann auch in Voraus im Vertrage bestimmt werden. Ist dieses geschehen, ist z. B. für jeden fehlenden Morgen an einer verkauften, nach Morgenzahl bestimmten Ackerfläche eine bestimmte Summe als Ersatz festgesetzt worden, so hört dadurch der Anspruch nicht auf, eine Gewährleistungsforderung für die fehlende Morgenzahl zu sein. Erk. des Obertr. vom 11. Dez. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 171).

Vergl. oben, Anm. 78 zu §. 343, Tit. 5.

54) Der Richter hat nämlich den unklaren Willen der Parteien zunächst durch Auslegung festzustellen und erst wenn dadurch die wahre Absicht nicht ausgemittelt werden kann, tritt die im §. 214 aufgestellte Vermuthung ein.

55) Bei einem in Pausch und Bogen geschlossenen Kaufkontrakte ist, den Fall der nothwendigen Subhastation ausgenommen, der Verkäufer für die Existenz sämmtlicher, als Gegenstand des Verkaufs ausdrücklich angegebener Rubriken auch in dem Falle Gewähr zu leisten verbunden, wenn kein besonderer Anschlag gegeben, oder die im Kontrakte angegebenen Rubriken in dem bloß zur Information des Käufers gegebenen Anschlage nicht mit veranschlagt worden sind. — Dagegen darf, bei einem im Wege der nothwendigen Subhastation erfolgten Verkaufe, der Käufer für die Existenz solcher Rubriken nur dann Gewähr fordern, wenn dieselben bei Aufnahme der Taxe mit veranschlagt worden sind. Pr. 583, vom 16. Nov. 1838.

(4. A.) Wegen fehlender Eigenschaften einzelner, unter einem Kaufe in Pausch und Bogen begriffener Gegenstände findet die Gewährleistung bei einem solchen Kaufe nicht statt. Pr. des Obertr. vom 1. Oktober 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 85). Das Gegentheil ist mit einem Verkaufe in Pausch und Bogen unvereinbar; denn der Verkäufer bietet alle darunter begriffenen Sachen so, wie sie stehen, liegen und beschaffen sind, an, und der Käufer übernimmt sie so; eine Gewährleistung für die Normalbeschaffenheit jedes einzelnen Stücks liegt also ganz außer dem Bereiche eines solchen Kaufs. Gegen die Entwährung muß jedoch der Verkäufer auch bei einem solchen Kaufe Gewähr leisten.

56) Anderenfalls nicht. §. 207. Zeigen sich Gewährsmängel, welche den freien vertragsmäßigen Gebrauch der Sache hindern oder erschweren, z. B. Beschränkungen der Disposition, oder Belastung mit bedeutenden nicht angezeigten oder nicht übernommenen Hypotheken, so kann der Käufer die Uebernahme verweigern, bis der Mangel gehoben ist. Ungedr. Pr. des Obertr. in Sachen v. Below w. Müller, v. 16. Jan. 1849, $^{147}/_{2993}$ III, 48. S. auch Pr. 1051 verb. mit 1592, o. in der Anm. 29, Nr. III, lit. d zu §. 271, Tit. 5. Der Streit ist alsdann nach den Vorschriften §§. 271 ff., Tit. 5 zu entscheiden. Pr. 1442 ebd., lit. e. — Bestehen die Gewährsmittel nur in, den Gebrauch nicht erschwerenden, Ansprüchen Dritter, so muß der Käufer, wegen der zu befürchteten Ansprüche, noch vor der Uebernahme sicher gestellt werden, wenn er kein Kaufgeld mehr in Händen hat, anderen Falles der §. 222 zur Anwendung kommt. Ungedr. Pr. des Obertr. in Sachen Menzel wider Heinrich, vom 2. März 1849, $^{485}/_{2738}$ III, 48. Man vergl. hier die Entsch. des Rechtsf. in den Jahrb. Bd. XXXI, S. 12; Entsch. des Obertr. Bd. X, S. 367 ff.

56a) Vorausgesetzt, daß die Zeit zur Uebergabe da ist. Vor der Zeit ist der Käufer dazu nicht schuldig, wenn auch der Verkäufer bereit ist zu übergeben. Auf den Lieferungskontrakt ist diese Vorschrift überhaupt nicht anwendbar, der Lieferant kann nicht geradehin auf Abnahme klagen (§§. 984 ff.), der Lieferungsvertrag ist keine Gattung des Kaufs.

57) Die Bestimmung hat keine Bedeutung, denn sie bezieht sich ursprünglich auf das periculum, et commodum rei venditae et traditae und ist aus Ungenauigkeit hier stehen geblieben. Nach der Mittheilung der Revisoren aus den Materialien war nämlich, sowie jetzt in den §§. 117, 121 d. T.,

§. 217. Wegen der Folgen einer durch die Schuld des Käufers entstandenen Zögerung, und wegen der Befugniß des Verkäufers, die Sache alsdann der gerichtlichen Verwahrung und Verwaltung zu übergeben, hat es bei den §§. 98—104 enthaltenen Bestimmungen sein Bewenden.

§. 218. Ist die Sache dem Verderben unterworfen, oder steht zu besorgen, daß die Kosten der Aufbewahrung und Verwaltung mehr betragen werden[58]), als die Hälfte des Kaufpreises, so ist der Verkäufer auf gerichtliche Versteigerung derselben anzutragen berechtigt[59]).

§. 219. Aus dem dafür gelöseten Preise kann der Verkäufer nur die Kosten und dasjenige fordern[60]), was ihm nach dem Inhalte des Kaufkontrakts gebühret.

§. 220. Reicht die Lösung dazu nicht hin, so muß der Käufer den Ausfall tragen.

§. 221. Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig[61]), wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet[62]) worden[63]). 2) wegen Bezahlung des Kaufgeldes.

---

gesagt, beim Verkaufe in Pausch und Bogen, und beim Verkaufe eines Inbegriffs solle Gefahr und Nutzen sofort auf den Käufer übergehen, und man hatte darauf in den §§. 113, 114 des Entw. als erläuternde Bestimmungen beigefügt, daß der Verkäufer bei einem Verzuge für Gefahr und Schaden hafte, — daß dies aber im Falle eines bloßen Zufalls oder eines bloßen Verzugs von Seiten des Käufers nicht stattfinden solle. Nun hieß es weiter im §. 154 unter den Verbindlichkeiten des Käufers: „Was nach §§. 113, 114 den Verkäufer wegen verzögerter Uebergabe entschuldigt, muß auch von Seiten des Käufers in Rücksicht der Uebernahme, als eine rechtsgültige Verhinderung angesehen werden. Hieraus ist der §. 216 geworden. Die Bestimmungen über den Verzug des Verkäufers hatten aber durch die später aufgenommenen §§. 118 und 119 ihre Erledigung gefunden. Das in Bezug Genommene (was den Verkäufer ꝛc. entschuldigt), nämlich jene §§. 113 und 114 des ungedruckten Entw., ist daher weggefallen. (Ges.-Rev. Pens. XIV, S. 31.)

58) Außer diesen beiden Fällen also nicht. S. oben Anm. 64 zu §. 99 d. T.

59) Das geschieht im Depositionsverfahren; eines besonderen Prozesses und Erkenntnisses bedarf es hierzu nicht, wenn nicht zugleich auf Zahlung des Kaufgeldes geklagt und deshalb eine Verurtheilung des Käufers nöthig wird. Ueber den Verkauf wird durch ein Dekret Bestimmung getroffen. Vergl. §. 102, Tit. 14.

(4. A.) Die Vorschrift des §. 218 muß auch im Handelsverkehre beobachtet werden; zur Veräußerung durch Mäkler ist der Verkäufer nicht berechtigt, falls der Käufer die Annahme der Waare weigert. Erk. des Obertr. v. 2. Dezbr. 1858 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXI, S. 297).

60) Mit der Zahlung des Geforderten verhält es sich so, wie wenn der Käufer unmittelbar zahlen sollte. Der Richter darf nicht ohne dessen Zustimmung aus dem Erlöse etwas an den Verkäufer zahlen und wenn die Zustimmung ausbleibt, muß der Verkäufer den Käufer auf Entrichtung des Kaufgeldes belangen. Die Exekution kann er dann in den deponirten Erlös vollstrecken lassen. Andererseits darf der Richter, ohne vollständige Befriedigung des Verkäufers oder Einwilligung desselben, weder die deponirte Sache, noch den Erlös dafür an den Käufer verabfolgen, wegen des dem Verkäufer bis zu dessen Befriedigung gebührenden Retentionsrechts, welches ihm bei der Deposition vorbehalten bleibt und nun durch den Richter ausgeübt wird.

61) (4. A.) D. h. gleichzeitig, Zug um Zug. (5. A.) Vorausgesetzt ist hierbei, daß das ganze dem Käufer von dem Verkäufer zu gewährende Objekt des Kaufvertrages übergeben wird; eine Theillieferung des verkauften Getreides, z. B. 200 Scheffel von den verkauften 300 Scheffeln, berechtigt den Verkäufer nicht, den Kaufpreis der 200 Scheffel bei der Uebergabe zu verlangen. Erk. d. Obertr. vom 11. Februar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 75).

(4. A.) Sind mehrere Grundstücke einem gemeinschaftlichen Hypothekengläubiger solidarisch verpfändet, und hat jeder dritte Besitzer dieser mehreren Grundstücke die Hypothekenschuld in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so ist der Besitzer des einen Grundstücks, welcher den gemeinschaftlichen Hypothekengläubiger befriedigt und sich zugleich die Rechte des Verkäufers gegen die Käufer der übrigen Grundstücke cediren läßt, berechtigt, jeden Käufer der übrigen Grundstücke auf Zahlung des ganzen Betrages der getilgten Hypothekenschuld in Anspruch zu nehmen. Erk. d. Obertr. v. 27. September 1850. (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 342.)

Vergl. o. Anm. 29, Nr. I zu §. 271; Tit. 5.

Die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers begründet die persönliche Verbindlichkeit des Letzteren zur Exekution des Verkäufers. Pr. des Obertr. 185, v. 3. März 1837 und Pl.-Beschl. (Pr. 1096) v. 14. Febr. 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 298).

62) Fällt der verabredete Zahlungstermin auf einen früheren Tag als die Uebergabe, so kann

§. 222. Kommen aber Gewährsmängel[64]), oder Ansprüche eines Dritten an die Sache, vor erfolgter Bezahlung des Kaufgeldes zum Vorschein[65]), so kann[66])

---

aus einem sich bei der Uebergabe findenden Mangel kein Einwand gegen die Klage des Verkäufers auf Zahlung des in jenem Termine ausgebliebenen Kaufgeldes hergenommen werden. Pr. des Obertr. 1771 oben in der Anm. 29 a. E. zu §. 271, Tit. 5.

63) S. o. die Anm. 70 zu §. 109 d. T.

64) Zu diesen Gewährsmängeln gehören nicht bloß diejenigen, welche sich an bereits übergebenen Gegenständen, sondern auch diejenigen, die sich in dem Nichtübergeben versprochener Gegenstände äußern. Pr. des Obertr. 1174[b], v. 5. August 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 229). Wenn also bewegliche Pertinenzstücke nicht übergeben werden, so sind solche nicht als einzelne selbstständige Gegenstände des Kaufs anzusehen, vielmehr macht der Mangel einzelner Pertinenzstücke die übergebene oder zu übergebende Sache fehlerhaft. §§. 207, 210 d. T. (4. A.) Deshalb begründet die nicht erfolgte Mitübergabe einzelner Parzellen des verkauften und übergebenen Guts nicht die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (Tit. 5, §. 271), der Käufer kann vielmehr nur einen angemessenen Theil des Kaufpreises durch gerichtliche Niederlegung zurückhalten, während jene Einrede eine nur bedingte Verurtheilung zur Zahlung des entsprechenden Theils des Kaufgelds, nämlich erst dann, wenn der noch fehlende Theil der Erfüllung erfolgt sein wird, zur Folge hat. Erk. des Obertr. vom 4. März 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 39). — Auch wegen physischer Fehler findet Zurückhaltung des Kaufgeldes statt.

65) Und zwar als begründet, oder als schon geltend gemacht, oder doch zur Geltendmachung bescheinigt. Denn der Verkäufer darf wegen seiner liquiden Kaufgelder-Forderung nicht durch Berühmungen dritter Personen oder durch Gerüchte hingehalten werden. Anerkannt durch das Pr. des Obertr. 1507, v. 16. Novbr. 1844: „Der Käufer kann das Kaufgeld nur wegen solcher Ansprüche dritter Personen an die Sache zurückhalten und deponiren, hinsichtlich deren die Klage gegen ihn entweder schon angestellt oder doch genügend bescheinigt ist, daß sich eine solche begründen lasse." (Entsch. Bd. X, S. 366.)

66) Die Bestimmung ist nach ihrer Fassung einer zwiefachen Auffassung empfänglich. Man kann sie so verstehen: der Käufer ist einfach befugt, die Zahlung des Preises vorzuenthalten, und wenn er will, mag er auch deponiren, um sich von seiner Verbindlichkeit frei zu machen und doch den Verkäufer in Händen zu behalten. Dieses wäre keine überflüssige Bestimmung, denn ohne sie würde, da der Fall unter keinen der allgemeinen Depositionsgründe paßt, das Depositionsgesuch des Käufers von dem Richter zurückgewiesen werden. Die Bestimmung kann aber auch als eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts angesehen werden, dergestalt, daß der Käufer das Kaufgeld zwar zurückzuhalten, aber nur in der Form der gerichtlichen Niederlegung zurückzuhalten befugt ist, „er kann — zurückhalten, und gerichtlich niederlegen." Man hat auch in beiderlei Auffassungen Anwendung von der Bestimmung gemacht, und zwar bei dem Obertribunale selbst. In einem uneingetragenen und ungedruckten Pr. v. 2. März 1849, in Sachen Menzel wider Heinrich, [611]/[2736] III, 48 ist ausgesprochen: Der Käufer, welcher zufolge des §. 222 Kaufgelder retiniren will, ist dieselben zu deponiren verpflichtet, nicht bloß befugt. Das jüngere, eingetragene Pr. 2236, v. 18. September 1850 hingegen lautet: „Der §. 222, Tit. 11, Th. I des A. L.R. spricht nur die Befugniß des Käufers zur Deposition aus, stellt es also in die Willkür des Käufers, ob er wegen Gewährsmängel einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes einfach zurückbehalten, oder — um sich von der Verzinsung desselben und von der Gefahr zu befreien (§§. 228, 229, Tit. 16, Th. I A. L.R.), zugleich deponiren will." (Entsch. Bd. XX, S. 535.) Der innere Zusammenhang der Rechtsregeln führt freilich zunächst auf diese zweite Auffassung und Anwendung. Denn gegen die actio venditi des Verkäufers auf Leistung von Seiten des Käufers hat der Käufer als Schutzmittel die exc. doli, bekannt als exc. imminentis evictionis, verschieden von der s. g. exc. non rite impleti contractus. (Schl. Arch. Bd. III, S. 633 ff.) Allein damit ist der Punkt noch nicht völlig erledigt. Die exc. doli fällt weg, sobald der Verkäufer seinen guten Willen mit der That zeigt, den drohenden Anspruch zu beseitigen und den Käufer wirksam zu schützen, ihm dieserhalb auch genügende Sicherheit giebt. Was will der Käufer mehr? Jetzt fehlt ihm ein rechtlicher Grund, die Zahlung für die empfangene Sache zu verweigern. Durchaus sachgemäß ist daher die Bestimmung des folg. §. 223, daß der Verkäufer Zahlung fordern kann, wenn er hinlängliche Sicherheit leistet. Nun kann aber dem Käufer kein Gegenstand sicherer sein als seine eigene Schuld. Warum soll ihm der Verkäufer seine Kaufgelderforderung selbst, die ihm der Käufer zahlen soll, nicht als Sicherungsmittel anweisen dürfen? Darf er es, so hindert dies doch nicht die Einziehung ad depositum; denn auch der Verkäufer hat einen gleichberechtigten Anspruch auf Sicherstellung. Man betrachte den Gegenstand noch praktisch. Der Verkäufer kann diesen Erfolg, zu welchem uns der juristische Zusammenhang der Dinge führt, auf einem Umwege erzwingen: er zahlt, wenn ihm alle Rechtsgründe bei dem Richter gar nichts helfen, eine dem mit Recht retinirten Kaufgeldertheile gleichkommende Geldsumme zur Sicherheit des Käufers ad depositum (§. 223), und nun läßt er sich flugs dieselbe Summe von dem Käufer wie-

der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten, und gerichtlich niederlegen[66a]).

§. 223. Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen

---

der zahlen. Wozu dieser Umweg? Er ist nicht einmal zur Rettung der Theorie nöthig. Es ist gerade die Aufgabe einer verständigen Jurisprudenz, den Verkehr zu erleichtern, nicht zu erschweren. Diese Meinung findet eine Bestätigung in dem §. 372 d. T. (vergl. die Anm. 9 daf.) und in der Analogie des §. 190, Tit. 20. (3. A.) Die Zurückbehaltung in Verbindung mit gleichzeitiger Niederlegung findet sich auch noch in einem ähnlichen Falle, wo es auf Sicherung beider Theile ankommt, nämlich bei dem Leibrentenkaufe, wenn ein Angriff der Gläubiger des Leibrentenkäufers auf das auf Leibrenten gegebene Kapital droht, im §. 644 d. T., angewendet, zum Beweise, daß der Gesetzgeber in solchen Fällen beides in Verbindung gedacht hat. Das Komma hinter „zurückhalten" muß im §. 222 gestrichen werden. In diesem Sinne hat das Obertr. später auch gegen jenes Pr. 2236 einen Rechtsfall durch das Erk. v. 8. September 1853 (Arch. für Rechtsf. Bd. X, S. 117) entschieden. — Für dieselbe Meinung hat sich endlich auch das Plenum des Obertr. durch den Beschl. (Pr. 2527) vom 3. Juli 1854: „Der §. 222 berechtigt in dem dort gedachten Falle, auch wenn die Uebergabe erfolgt ist, den Käufer nicht, einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes zurückzubehalten, oder ihn gerichtlich niederzulegen; sondern einen solchen Theil zurückzuhalten, unter gleichzeitiger gerichtlicher Niederlegung desselben," entschieden. (J.M.Bl. S. 342 und Entsch. Bd. XXVIII, S. 1.) Dieser Rechtssatz findet jedoch da keine Anwendung, wo das Retentionsrecht durch Vertrag eingeräumt worden ist, vielmehr kommt es zunächst auf die Feststellung des Willens der Kontrahenten über die Nothwendigkeit der Deposition der zurückbehaltenen Kaufgelder an. Erk. des Obertr. v. 19. Januar 1855 (Entsch. Bd. XXIX, S. 355). (4. A.) Auch tritt die Verpflichtung zur Deposition in dem Falle nicht ein, wo der Käufer in der Lage ist, seinen auf einen Geldbetrag zurückgeführten Eviktionsanspruch sofort liquide zu machen, indem dann Kompensation mit der Kaufgelderschuld erfolgt. Erk. des Obertr. vom 13. September 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 73). Vergl. auch die Motive jenes Pl.-Beschl. Bd. XXVIII, S. 15.

(4. A.) Gleichfalls tritt die Verpflichtung zur Deposition nicht ein, wenn wegen Nichterfüllung einer Nebenverbindlichkeit, z. B. der übernommenen Verbindlichkeit, die eingetragenen Hypotheken bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zur Löschung zu bringen, der entsprechende Theil der Kaufgelder zurückbehalten wird, weil die Nichterfüllung einer solchen kontraktlichen Nebenleistung nicht unter die Vorschrift des §. 222 d. T., sondern unter die des §. 271, Tit. 5 fällt, so daß der Käufer zwar zur Zahlung an den Verkäufer selbst, aber nur unter der Bedingung: erst wenn die Löschung der Hypotheken erfolgt und dem Käufer nachgewiesen sein wird, verurtheilt werden kann. Erk. des Obertr. v. 4. März 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 39 ff.). Ebenso, wenn bereits feststeht, daß der Werth der Sache durch das Fehlen einer ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft um den Betrag des Kaufgelderrückstandes verringert worden ist. Erk. dess. v. 14. November 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 47).

66a) (4. A.) Zahlt er die zurückbehaltene Summe ohne Weiteres an den mit Ansprüchen hervortretenden Dritten, so thut er es auf seine Gefahr; aber gegen den Dritten entspringt daraus kein Anspruch für den Verkäufer. Erk. des Obertr. v. 26. Mai 1857 (Arch. Bd. XXV, S. 141).

Die Berechtigung des Käufers aus den §§. 221, 222 erstreckt sich nicht auf eine vertragsmäßige Verabredung, wonach der Verkäufer die Sache frei von allen Verbindlichkeiten oder gewissen Entschädigungsansprüchen Dritter zu gewähren, oder aus eigenen Mitteln zu decken hat; vielmehr ist in dieser Beziehung zur Begründung der dem Verkäufer entgegengestellten Einrede des nicht erfüllten Vertrages die sofortige Liquidemachung derselben erforderlich. Erk. des Obertr. vom 11. September 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 29).

Nach L. 18, §. 1 D. de periculo et commodo (XVIII, 6) und L. 24 C. de evict. (VIII, 45) kann der Käufer, welcher Eigenthums- oder Hypothekenansprüche dritter Personen aus der Zeit vor dem Kaufe zu befürchten hat, die Zahlung des Kaufpreises verweigern, soweit dies zu seiner Deckung nöthig ist, wenn nicht von dem Verkäufer hinlängliche Sicherheit wegen dieser Eviktionsgefahr nach der Höhe des drohenden Anspruchs bestellt wird.

Wird der Gewährsmangel, welcher die Deposition veranlaßt hat, gehoben, so kann der Käufer noch wegen anderer zum Vorscheine gekommener Gewährsmängel sein Retentionsrecht ausüben und deshalb der Auszahlung der deponirten Gelder an den Verkäufer widersprechen, aus den unten, in der Anm. 16 zu §. 226, Tit. 16 angeführten Gründen.

Ist dem Käufer ein Pertinenzstück entzogen worden, so hat er nur nachzuweisen, daß der zurückzubehaltende Theil des Kaufgeldes dem Werthe des entzogenen Pertinenzstücks entspricht, er braucht aber nicht auch noch den Nachweis zu führen, daß er in demselben Verhältnisse zum Kaufpreise des Ganzen stehe, welches zwischen dem Taxwerthe des entzogenen Pertinenzstücks und dem Taxpreise des ganzen Grundstücks (§§. 170, 171) stattfindet. Erk. des Obertr. v. 9. und 13. Oktob. 1854 (Arch. für Rechtsf. Bd. XV, S. 98).

der bevorstehenden Vertretung, nach richterlichem Ermessen [67]), hinlängliche Sicherheit leisten.

§. 224. Das Kaufgeld ist für geborgt anzusehen, wenn der Verkäufer, wegen der im Kontrakte vorbedungenen und bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung des Kaufgeldes, die gerichtliche Klage innerhalb Acht Tagen nach der Uebergabe nicht anmeldet [68]).

---

67) Ein Streit über den Betrag und die Annehmlichkeit der zu bestellenden Sicherheit kann nicht durch Dekret, sondern muß durch förmliches Erkenntniß geschlichtet werden.

68) S. o. die Anm. 70 zu §. 109 d. T.

Die Beziehung, welche die §§. 224—226 bei ihrer Entstehung hatten, ist bei der Umarbeitung des Entwurfs weggefallen. Dies erhellet aus den Materialien, nach folgenden Mittheilungen der Revisoren:

„Die §§. 224—227 sind durch eine Beziehung auf den Rücktritt wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung veranlaßt. In dem ersten ungedruckten Entwurfe fanden sich nämlich unter der Rubrik: Pflichten des Käufers, folgende Bestimmungen:

§. 152. „Findet der Käufer bei der Uebernahme, daß die Sache nicht bedungenermaßen übergeben werden wolle, so ist er die Annahme derselben zu verweigern berechtigt."

§. 157. „Ist der Kauf auf baare Zahlung geschlossen, und erfolgt solche bei der Uebergabe nicht, so steht es bei dem Verkäufer, ob er das Kaufgeld einklagen oder die verkaufte Sache zurückfordern wolle."

§. 158. „Will er die Sache wieder haben, so muß er binnen acht Tagen nach verzögerter Zahlung auf deren Rückgabe gerichtlich antragen."

Bei Revision der Monita gegen den ungedruckten Entwurf fand Suarez, daß diese Bestimmungen unter den Pflichten des Käufers noch zu früh vorkämen, und dort aufgenommen werden müßten, wo von Aufhebung der Kaufkontrakte die Rede sei (cf. Materialien des A. L.R. B. 28, Fol. 242 v. Fol. 245). Deswegen finden wir im gedr. Entw. unter der Rubrik: Pflichten des Käufers, nur folgende Sätze:

§. 234. „Ist baare Zahlung bedungen, und solche bei der Uebergabe nicht geleistet worden, der Verkäufer aber hat sich länger als acht Tage nach erfolgter Uebergabe dabei beruhigt, so ist das Kaufgeld für kreditirt anzusehen."

§. 235. „Einem abwesenden Verkäufer läuft diese Frist erst von der Zeit an, wo er von der nicht erfolgten Zahlung Nachricht erhalten hat."

Auf diese Bestimmungen ist unter der Rubrik: Aufhebung der Kaufverträge, in folgender Weise Bezug genommen:

§. 240. „Ebenso (wie nach dem vorhergehenden §. der Käufer), kann der Verkäufer, dem die bei der Uebergabe baar bedungene Zahlung des Kaufgeldes nicht geleistet wird, von dem Kontrakte zurücktreten."

Aus jenen §§. 234 und 235 des gedr. Entw. sind die §§. 224 und 225 des Textes geworden; der Rücktritt aber, oder die Aufhebung der Verträge wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung, war im Entwurfe nicht von denjenigen Bedingungen abhängig gemacht, wie späterhin in dem A. L.R. geschehen ist. Anstatt, daß die §§. 393—407, Tit. 5, Th. I des A. L.R. die Befugniß zum Rücktritte von einem vorgängigen Erkenntnisse abhängig machen, sollte die Aufhebung des Vertrages stattfinden, wenn nur die Erfüllung unter zweifelhaften, weitläuftigen Ausflüchten verweigert würde. Hierbei wollte Suarez auch bei der Umarbeitung des gedr. Entw. noch stehen bleiben, und deswegen wird es ganz erklärlich, wenn er bei Revision der Monita gegen den gedr. Entw. zu den oben angeführten §§. 234 u. 235 des Entwurfs bemerkt:

> Hier wird der Effekt, wenn der Käufer die bedungene baare Zahlung nicht leistet, und der Verkäufer das Kaufgeld nicht kreditirt, mit Verweisung auf den §. 240 dahin zu bestimmen sein, daß alsdann der Verkäufer den Kontrakt aufrufen und die Sache zurückfordern könne (cf. Materialien des A. L.R. B. 80, Fol. ?).

Dieser Bemerkung verdankt der §. 226 des Textes seine Entstehung. Als nun aber die Lehre von der Aufhebung der Verträge wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung, worauf sich die §§. 224—226 des Textes bezogen, eine ganz andere Gestalt erhielt; — als im §. 230 des Textes der Rücktritt wegen nicht geleisteter Baarzahlung von der verweigerten Uebergabe abhängig gemacht wurde (cf. Materialien des A. L.R. B. 81, Fol. 98 v.); da wurde die Frist, mit deren Ablaufe, vom Tage der Uebergabe an gerechnet, das Kaufgeld als geborgt angesehen werden sollte, bedeutungslos, und die §§. 224—226 sind aus dem Entwurfe übernommen, oder vielmehr in der ersten Umarbeitung desselben, wie sie aus Suarez' Hand hervorging, stehen geblieben, während die Beziehung auf ein anderes Rechtsverhältniß, dem sie ihre Entstehung verdanken, verschwunden ist." (Gesetz-Revis. Pens. XIV. S. 33.)

Eine Anwendung des §. 224 s. u. in der Anm. 74 zu §. 230.

§. 225. Einem abwesenden Verkäufer läuft diese Frist erst von der Zeit an, da er von der nicht erfolgten Zahlung Nachricht erhalten, und sich zur Klage bei dem gehörigen Richter hat angeben können.

§. 226. Sobald der Verkäufer das Kaufgeld geborgt hat, kann er von der nach §. 230 ihm sonst zustehenden Befugniß, den Kontrakt aufzuheben, und die Sache selbst zurück zu fordern, nicht mehr Gebrauch machen.

§. 227. In allen Fällen, wo der Käufer die bei der Uebergabe baar bedungene Zahlung ohne rechtlichen Grund nicht leistet, ist er Zögerungszinsen [69]), vom Tage der Uebergabe an, zu entrichten verbunden.

§. 228. Verabsäumt oder verweigert der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes, so ist der Käufer befugt, dasselbe auf Gefahr und Kosten des Verkäufers gerichtlich niederzulegen [70]).

§. 229. Bei Käufen über bewegliche Sachen unter Fünfzig Thalern ist der Verkäufer vom Vertrage wieder abzugehen berechtigt, sobald die zur Abholung der Waare bestimmte Zeit verflossen ist [71]). Aufhebung der Kaufverträge: 1) wegen nicht geleisteter Erfüllung.

§. 230. Ebenso [72]) kann der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kauf-

(4. A.) Der §. 224 ist nur für Kauf-, nicht für Lieferungsverträge anwendbar. Erk. des Obertr. v. 1. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 260).

69) Vergl. o. die Anm. 70 zu §. 109.

Zu den gewissen Geschäften, bei welchen in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Zinsen zu entrichten sind, gehören auch die Fälle des nothwendigen Verkaufs, so daß der Fiskus von dem Taxwerthe für dergleichen Grundstücke, von dem Tage der geschehenen Besitznahme derselben, Zinsen zu 5 vom Hundert zu entrichten schuldig ist. Pr. des Obertr. 1258, vom 21. Januar 1843. Das Pr. hat zwar seitdem, durch die neuere Gesetzgebung über die Verbindlichkeit des Fiskus, Zögerungszinsen zu zahlen (Zus. zu §. 827 d. T. und §. 26 des Anh.), seine eigentliche Bedeutung verloren, es ist aber in sofern von Interesse, als das Obertr. die Zinsen, welche auf Grund des §. 109 d. T. gefordert werden können, und zu welchen auch die hier im §. 227 erwähnten Zögerungszinsen gehören, nicht zu den Zögerungszinsen im eigentlichen und engeren Sinne rechnet. Darauf gründet sich auch das Pr. 1029, v. 20. August 1841 (und Anm. 16 zu §. 22, Tit. 16).

70) Die Bestimmung will nicht dem Käufer die Befugniß, zu deponiren, etwa besonders beilegen, denn diese hat ein jeder Schuldner, also auch der Käufer, im Falle der mora accipiendi; sondern sie will sagen, daß die Verbindlichkeit zur Verzinsung nicht durch die mora accipiendi erlischt, weil sie nicht durch die mora solvendi begründet wird (der Ausdruck „Zögerungszinsen" im §. 227 ist im weiteren Sinne zu nehmen, s. die vor. Anm. 69), vielmehr erst mit der Tilgung der Hauptschuld ein Ende nimmt. Vergl. das Pr. 2236 o. in der Anmerk. 66 zu §. 222 d. T.

71) Suarez sagt zur Rechtfertigung der Bestimmung bei der Schlußrevision: „Der Satz des §. 229 d. T. ist neu, gründet sich aber auf eine im Handel und Wandel durchgehende rezipirte Observanz." (Jahrb. Bd. XLI, S. 18.) S. auch die folg. Anm. 72, Alinea 3.

72) Das „ebenso" bezieht sich auf die Befugniß zum Rücktritte vom Verkaufe, nicht auf den Gegenstand und dessen Werth. Vielmehr findet der hier allgemein ausgesprochene Grundsatz auch bei Verkäufen über unbewegliche Sachen und bei einem Werthe von mehr als 50 Thlrn. statt. Ueber diese Anwendung ist Meinungsverschiedenheit. Die Praxis des Obertr. hat sich für die hier vertretene Meinung entschieden, nach dem Pr. 484, v. 25. Mai 1838: „Die Vorschrift dieses §., nach welcher der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern und den Kontrakt aufheben kann, ist nicht auf Kaufverträge über bewegliche Sachen unter 50 Thlrn. beschränkt, sondern findet auf alle Kaufverträge, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit und den Werth der verkauften Sache, Anwendung." Bisher ist das Obertr. in diesem oft wiederkehrenden Falle in der Rechtsanwendung sich immer gleich geblieben. S. u. a. die Erk. vom 11. und 21. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 174), und 26. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 147).

Wenn in einem pacto de cedendo ausbedungen worden ist, daß die Ausstellung der Cession zu einer bestimmten Zeit gegen baare Zahlung des Cessionsvaluta erfolgen solle, so kann der Cedent die erstere verweigern und den Kontrakt aufheben (ebenso wie dies beim Kaufvertrage über bewegliche Sachen unter gleicher Voraussetzung stattfindet), sobald ihm die versprochene Zahlung in dem festgesetzten Zeitpunkte nicht geleistet wird. Pr. des Obertr. 2087, v. 13. November 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 158.)

Wenn bei einem Kaufe über bewegliche Sachen dem Käufer die Annahme der verkauften Sache zu einer bestimmten Zeit und zugleich gegen baare Zahlung des Kaufpreises obliegt, und der Käufer

geldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen[73]) hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern[74]) und den Kontrakt aufheben[75]).

§. 231. Außer diesen Fällen kann derjenige Theil, welcher behauptet, daß ihm die Erfüllung des Vertrages ohne rechtlichen Grund verweigert, oder nicht gehörig geleistet werde, in der Regel nur auf die Erfüllung klagen.

§. 232. Doch findet in allen Fällen, wo die Gesetze einen Kontrahenten zum Rücktritte von dem Vertrage wegen der von dem andern verweigerten Erfüllung berechtigen, ein Gleiches auch bei dem Kaufvertrage mit den daselbst näher bestimmten Wirkungen statt. (Tit. 5, §§. 396—407.)

---

diese Zeit verstreichen läßt, ohne sich zur Abnahme der Sache zu melden und den Kaufpreis anzubieten, so steht dem Verkäufer frei, die Uebergabe zu verweigern und den Vertrag aufzuheben. Pr. des Obertr. 1951, v. 29. Nov. 1847.

73) Wann die Zahlung baar zu leisten als versprochen anzusehen, darüber s. o. die Anm. 70 zu §. 109.

74) Die Verweigerung der Uebergabe ist Bedingung des Rücktritts. Ist die Uebergabe einmal geleistet, so bewendet es bei dem Kaufsgeschäfte und der Verkäufer kann nur auf Gegenleistung klagen. Vergl. o. die Anm. 68, und das Erk. vom 5. Dez. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 109). Diese Regel hat jedoch ebenfalls ihre Ausnahme. Zu denjenigen Kaufsgeschäften, auf welche auch nach schon begonnener Erfüllung, ihrer rechtlichen Natur nach, der §. 230 dennoch Anwendung finden kann, gehören namentlich Käufe über Quantitäten fungibler Sachen, wenn einzelne Lieferungen gegen jedesmalige baare Zahlung für die einzelne Lieferung bei der Uebergabe vorbedungen worden sind. Das Obertrib. hat betreffs dessen folgende Sätze angenommen:

I. Die dem Verkäufer zustehende Befugniß, in dem Falle, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welches er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe zu verweigern und den Kontrakt aufzuheben, findet bei Käufen über vertretbare, in einzelnen Quantitäten nach und nach, gegen jedesmalige baare Zahlung für jede einzelne Lieferung, zu gewährende Sachen, auch dann Anwendung, wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben, die Nichtleistung der Zahlung bei einer späteren Theillieferung sich ereignet, und der Verkäufer den Vertrag in Beziehung auf die noch nicht bewirkten Lieferungen aufheben will. (4 A.) Vergl. das in gleichem Sinne lautende Erk. v. 28. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 187). Ob bei solchen Verträgen die Nichtbezahlung einzelner Lieferungen, z. B. bei Milchlieferungsverträgen, an den jedesmaligen Lieferungstagen eine Nichterfüllung des Vertrages seitens des Käufers im Sinne des §. 230 enthält, ist nach den jedesmaligen Umständen zu beurtheilen in demselben Erk. vorbehalten.

II. Der Verkäufer verliert durch die, ohne den sofortigen Empfang der Zahlung bewirkte Uebergabe allein noch nicht diese Befugniß zur Aufhebung des Vertrages; er kann vielmehr, wenn er die Sache in der Erwartung der gleichzeitigen Zahlung übergeben hat, die letztere zwar nicht erhält, jedoch binnen 8 Tagen von der Zeit der Uebergabe an die gerichtliche Klage auf Zahlung des Kaufgeldes anmeldet, in diesem Falle von dem Vertrage für die Zukunft, soweit er denselben noch nicht erfüllt hat, ebenfalls noch abgehen. Pr. 2188, v. 21. Dezember 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 144).

Zur Begründung des zweiten Satzes ist auf dem apokryphischen §. 224 Bezug genommen.

Es wird erinnert, daß das Prinzip des §. 230 über den Rücktritt vom Kaufe erst bei der Umarbeitung des Entwurfs, unter Aufgebung des früher vorgeschlagenen Grundsatzes, daß auch noch nach der Uebergabe der Rücktritt zulässig sei, angenommen worden ist, daß aber die §§. 224 u. 226 aus Unachtsamkeit unverändert stehen geblieben sind und daher zu dem §. 230 nicht passen. S. o. die Anm. 68 zu §. 224.

75) Zu der hier dem Verkäufer gestatteten Beschließung resp. Erklärung, den Vertrag aufzuheben, wenn der Käufer die bei der Uebergabe bedungene Zahlung nicht leistet, bedarf es keiner schriftlichen Form. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, auch nur thatsächlich, namentlich durch den weiteren Verkauf der Sache, so kann er auch den früheren Käufer nicht mehr in Anspruch nehmen. Pr. des Obertr. 1840, v. 2. Februar 1847.

Die Befugniß zur Aufhebung des Verkaufs geht auch durch Einklagung des Kaufgeldes nicht verloren, wenn entweder der Fall nach dem Kontrakte so ist, daß das Kaufgeld vor der Uebergabe gezahlt werden sollte und deshalb die Klage ohne Uebergabe möglich war, oder auch, wenn nach Verlauf des Erfüllungstermins das Kaufgeld unter Anbietung der Uebergabe eingeklagt wurde. (5. A.) Für diese Ansicht ist auch das Obertr., laut Erk. vom 23. September 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 79). Vergl. auch oben die Anm. 11 a zu §. 397, Tit. 5. — Der §. 230 macht die Ausübung der dem Verkäufer beigelegten Befugniß, den Vertrag aufzuheben, nicht von einer ausdrücklichen Offerte der verkauften Sache an den Käufer abhängig. Er setzt voraus, daß dasjenige an Kaufgeld, was kontraktlich bei der Uebergabe baar bezahlt werden sollte, nicht baar bezahlt worden ist. Der dem Verkäufer nachgelassene Rücktritt ist an keine Form gebunden. Erk. dess. vom 28. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 233).

§. 233. Muß nach diesen Bestimmungen der Käufer, welcher die Sache zurückgiebt, die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen berechnen, so kann er die inzwischen dem Verkäufer bezahlten Zinsen des Kaufgeldes darauf in Abzug bringen[76]).

§. 234. Hat der Verkäufer das Kaufgeld selbst ganz oder zum Theil bereits erhalten, so muß er sich landübliche Zinsen auf die ihm zu vergütenden Nutzungen abziehen lassen.

§. 235. Behält nach eben diesen Bestimmungen der Käufer, welcher die Sache zurückgiebt, die inzwischen gezogenen Nutzungen, so kann der Verkäufer die Zinsen des bedungenen Kaufpreises fordern.

§. 236. Doch steht dem Käufer frei, die Nutzungen zu berechnen, und dagegen, je nachdem er das Kaufgeld selbst, oder Zinsen davon an den Verkäufer entrichtet hat, landübliche Verzinsung des erstern, oder Rückzahlung der letztern zu verlangen.

§. 237. Wenn der Käufer in Ansehung der Sache, die er zurückgiebt, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet wird, so haftet er für Gefahr und Schaden bis zu dem Zeitpunkte der wirklich erfolgenden Rückgabe.

§. 238. Ein Gleiches findet statt, wenn der Rücktritt auf den Grund eines dem Käufer zwar vortheilhaften, aber noch nicht rechtskräftig gewordenen Urtels erfolgt.

§. 239. Ist hingegen der Käufer, nach den gesetzlichen Bestimmungen, einem redlichen Besitzer durchaus gleich zu achten, so darf er auch für die Beschädigungen der Sache, bis zur erfolgenden Rückgabe, nur soweit haften, als ein redlicher Besitzer dazu verpflichtet ist.

§. 240. Welcher Theil dem andern die Kosten des Kaufs erstatten, und die Kosten der Rückgabe tragen müsse, ist darnach zu bestimmen: ob der Käufer einem redlichen oder unredlichen Besitzer gleich zu achten sei.

§. 241. Wählt ein Theil auf den Grund eines ihm zwar vortheilhaften, aber noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses den Rücktritt, so kann keiner von dem andern, wegen der auf den Kauf verwendeten Kosten, Ersatz fordern[76a]).

§. 242. Die Kosten der Rückgabe hingegen muß in diesem Falle der Rücktretende tragen.

§. 243. Uebrigens findet, nach geschehener Uebergabe, selbst in den §. 232 bezeichneten Fällen, der Rücktritt nur in sofern statt, als eine Rückgabe der Sache an den Verkäufer noch möglich ist.

§. 244. Kann diese nicht mehr stattfinden, so bleibt es lediglich bei demjenigen, was ein Theil dem andern, vermöge des Vertrages und der Gesetze, als Erfüllung oder Entschädigung zu leisten hat.

§. 245. Wird der Rücktritt innerhalb Jahresfrist nach erfolgter Uebergabe gerichtlich erklärt, so können die Gerichte[77]) nur die gewöhnlichen Ausfertigungs- und Eintragungsgebühren[78]) fordern.

§. 246. Erfolgt aber die Erklärung des Rücktrittes später, so müssen auch die

---

76) Nur in dem Falle, wenn die Aufhebung des Kaufs wegen Mangels der schriftlichen Abfassung geschieht, kommen auch bei dem Kaufe die Vorschriften Tit. 5, §§. 163 und 164 zur Anwendung, wonach der Verkäufer, welcher den mündlichen Kontrakt aufrecht erhalten will, das empfangene Kaufgeld erst von dem Tage des ihm angekündigten Rücktritts zu verzinsen schuldig ist, wenn auch der zurücktretende Käufer ihm das Grundstück mit allen Nutzungen zurückgewähren muß. Pr. des Obertr. 973 v. 22. Januar 1841.

76a) (4. A.) Dies bezieht sich auf die Fälle der §§. 404 — 407, Tit. 5.

77) Auf die zur Erhebung von Besitzveränderungsabgaben, namentlich Laudemien, berechtigten Privatpersonen bezieht sich also die Vorschrift nicht.

78) Diese beiden Kategorien erschöpften schon nach den Gebührentaxen von 1815 nicht die Reihe von Gerichtskosten; nach dem heutigen Gesetze über den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten, v. 10. Mai 1851, giebt es nur noch einen Pauschsatz für den Kontrakt (Ausfertigungsgebühren) und einen Pauschsatz für die Eintragung.

übrigen bei Besitzveränderungen stattfindenden Gefälle und Abgaben[79]) entrichtet werden.

2) durch gegenseitige Einwilligung.

§. 247. Wird ein Kauf, vor oder nach geschehener Uebergabe, mit Bewilligung beider Theile wieder aufgehoben[80]), so bestimmt der Vertrag die Bedingungen, auch in Ansehung der entstehenden Kosten.

§. 248. Ist wegen letzterer im Vertrage nichts festgesetzt, so müssen die Kosten von beiden Theilen zur Hälfte[81]) getragen werden.

§. 249. Ob nur Ausfertigungs- und Eintragungs-, oder auch andere bei Besitzveränderungen übliche Gefälle und Abgaben zu entrichten sind, hängt davon ab, in wiefern die Uebergabe aus dem Kaufvertrage bereits erfolgt war, oder nicht.

3) wegen Verletzung über die Hälfte.

§. 250. Wenn ein Käufer bloß in dem Fall des §. 58 wegen des Mißverhältnisses zwischen dem Kaufpreise und dem Werthe der Sache zurücktritt, so muß er die Sache in dem Stande, worin sie zur Zeit der Uebergabe sich befunden hat, zurückgeben[82]).

§. 251. Verschlimmerungen, die durch sein auch nur geringes[83]) Versehen entstanden sind, muß er vertreten.

§. 252. Für den bloßen Zufall ist er dem Verkäufer nicht verantwortlich.

§. 253. In Ansehung der Verbesserungen wird er einem redlichen Käufer gleich geachtet[84]).

§. 254. Die Zinsen des Kaufgeldes werden in der Regel gegen den von der Sache gezogenen Nutzen aufgehoben[85]).

§. 255. Bei Landgütern aber wird der Ertrag, welcher davon, nach dem Anschlage der Sachverständigen, hätte gezogen werden können, mit den Zinsen des Kaufgeldes, so weit der Verkäufer dergleichen erhalten, oder das Kaufgeld selbst hinter sich gehabt hat, verglichen[86]).

---

79) Namentlich Stempelsteuer, Zucht- und Armenhausgefälle u. dergl. Vergl. o. die Anm. 77.

80) S. o. die §§. 385 bis 392, Tit. 5 und die Anm. dazu.

81) Ob alle oder nur die gemeinschaftlichen? das ist die Frage. Müssen alle Kosten getheilt werden, so kommen auch die Reisekosten ꝛc. jeder Partei, und die nur die Person des neuen Besitzers treffenden Besitzveränderungsabgaben in die Rechnung. Daß dies gemeint sei, ist nicht anzunehmen, denn das würde auf eine Erstattungsverbindlichkeit hinauslaufen, wozu jeder Rechtsgrund bei freiwilliger Aufhebung des Rechtsverhältnisses fehlt, und eine unzweideutige besondere Vorschrift erforderlich gewesen wäre. Ohne Zweifel hat man bei dieser Bestimmung eine Kompensation der Kosten im Sinne gehabt, so daß jeder Theil seiner eigenen Kosten und von den gemeinschaftlichen Kosten die Hälfte trägt.

82) Das Eigenthum geht erst durch die Uebergabe wieder zurück. Vergl. §. 262.

83) Dazu fehlt ein innerer Grund; die Bestimmung ist eine Anomalie. Nach der Regel hat jeder Theil für ein mäßiges Versehen einzustehen. §. 278, Tit. 5. Die Klage ist die actio emti, womit der Käufer seine Forderung durchsetzt; sie entsteht eben aus dem Kontraktsverhältnisse.

84) Warum wohl bloß gleich geachtet, warum ist er es nicht wirklich? Der Irrthum ist ja eben das Element der Redlichkeit, das Wissen und Bewußtsein ist gerade das Gegentheil der Redlichkeit. Mir ist die Bedeutung oder Beziehung der Bestimmung nicht verständlich, wenn dadurch nicht etwa der Einwand hat abgeschnitten werden sollen, daß die Verbesserung erst nach Entdeckung des Mißverhältnisses und nach Fassung des Beschlusses, den Kauf aufzuheben, unternommen worden. Denn alsdann hätte er sich nur als Verwalter einer fremden Sache zu betrachten.

85) Hierdurch wird eine gemeinrechtliche Kontroverse entschieden, nicht folgerichtig, sondern aus Gründen der praktischen Bequemlichkeit. Nach dem, im §. 250 anerkannten Grundsatze, daß der frühere Stand hergestellt werden soll, müßte von beiden Seiten das Gegebene mit den Nutzungen herausgegeben werden. Nach der Meinung Vieler soll hier aber der Unterschied in der Rescission zwischen „ex nunc“ und „ex tunc“ Einfluß haben: Nutzungen und Zinsen sollen kompensirt werden, weil die Rescission immer ex nunc geschehe. Diesen Grundsatz nimmt der §. 250 auf, aber mit der §§. 255 u. 256 gemachten Ausnahme.

86) Das ist eben die Ausnahme „von der Regel“, welche der §. 254 macht. Die Ausnahme soll den Vortheil des zurücktretenden Käufers bezwecken, wie der §. 256 zeigt. Denn es wird vermuthet, daß, weil der Käufer mehr als den doppelten Werth des Grundstücks gegeben hat, die möglichen Nu-

§. 256. Findet sich bei dieser Berechnung, daß der Verkäufer, durch Zurückbehaltung der Zinsen, mit dem Schaden des Käufers reicher werden würde, so muß er demselben den Ueberschuß herausgeben[87]).

§. 257. Alle vorstehend gesetzlich stattfindenden Rechte und Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers können durch Nebenverträge der Parteien, in sofern dieselben nur in der gehörigen Form abgefaßt sind, anders bestimmt werden. Von Nebenverträgen.

§. 258. Ist der Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so gelangt derselbe nicht eher zur Wirklichkeit, als bis die Bedingung eintritt. 1) von bedingten Käufen*).

§. 259. Hat der Verkäufer dem Käufer die Sache schon vorher übergeben, so ist letzterer, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, dennoch nur als Verwalter einer fremden Sache anzusehen.

§. 260. Hat aber der Käufer, ohne besondere ausdrückliche Verabredung, das Kaufgeld schon bezahlt, und kommt der Kauf nicht zur Wirklichkeit; also daß Sache und Kaufgeld zurückgegeben werden müssen; so werden die Nutzungen der erstern, und die Zinsen des letztern gegen einander aufgehoben.

§. 261. Ist die Wiederaufhebung des Kaufs auf einen bestimmten Fall vorbedungen, so gelangt das Eigenthum der Sache schon durch die Uebergabe an den Käufer[88]).

§. 262. Auch nach eingetretenem Falle ist dennoch, wenn das Eigenthum auf den Verkäufer zurückgehen soll, eine neue Uebergabe an denselben erforderlich[89]).

§. 263. Eine beigefügte Bedingung wird im zweifelhaften Falle für auflösend geachtet, wenn der Verkäufer, ehe sie noch erfüllt ist, die Sache dem Käufer übergeben hat.

§. 264. Sind Sachen unter gewissen Bedingungen verkauft und übergeben worden, so stehen diese Bedingungen einem Dritten, in Erwerbung eines Rechts auf die Sache[89a]), nur soweit entgegen, als er erweislich Wissenschaft davon gehabt hat.

§. 265. Sind jedoch dergleichen Bedingungen bei unbeweglichen Sachen in das Hypothekenbuch eingetragen worden, so kann der Dritte sich mit der Unwissenheit derselben niemals entschuldigen[90]).

---

tungen hinter dem Betrage der Zinsen des Kaufpreises weit zurückbleiben. Diese Ausgleichung ist mithin eine Befugniß des Käufers, welche der Verkäufer zu fordern kein Recht hat. Der Käufer muß darauf jedoch schon bei der Rückgewähr antragen: ist dieses Geschäft völlig abgethan und ohne Vorbehalt quittirt, so ist die ganze Obligation aufgelöst und es findet daraus keine Nachforderung mehr statt.

87) Findet sich aber das Gegentheil, so hat er seinerseits den Ueberschuß doch nicht zu fordern. S. die v. Anm.

*) (5. A.) Mich. Grassi Tr. de reditu dominii legali. Tüb. 1724. — Thibaut, System des Privatrechts, Bd. II, §. 955.

88) Kauf unter einer Resolutivbedingung.

89) Der Eintritt der Bedingung wirkt nicht in rem, hat mithin keinen Einfluß auf die Dauer des dinglichen Rechts (Eigenthums), sondern verpflichtet nur den Käufer zur Retradition, wenn ihm dieselbe noch möglich ist, sonst zur Leistung des Interesse. Die Bedingung bezieht sich lediglich auf das obligatorische Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer. Vergl. §. 264. (4. A.) Dieser Grundsatz galt auch in Betreff des Verlustes des Eigenthums des Erbpächters an der Erbpachtsgerechtigkeit wegen zweijährigen Rückstandes des Erbpachtskanons. Erk. des Obertr. v. 12. Jan. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 222).

89a) Wohl aber in Erwerbung des Eigenthums der Sache. Nur die inzwischen bestellten jura in re bleiben bestehen, wenn sie redlich erworben wurden, das Eigenthum kann nicht durch guten Glauben erworben werden. Tit. 15, §§. 24—27. (4. A.) Was von einem Rechte auf die Sache, das gilt auch von einem Rechte zur Sache (mit Ausnahme eines Titels zum Pfandrechte), z. B. auch von dem Wiederkaufsrechte eines Vorbesitzers. Wenn der neue Erwerber bei der Erwerbung dieses Wiederkaufsrecht kannte, so muß er das Grundstück dem Berechtigten auf dessen Verlangen ebenso zurückverkaufen, wie es sein Autor zurückzuverkaufen verbunden gewesen wäre, wenn er sich noch im Besitze befunden hätte. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 8. April 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 72).

90) Die Wissenschaft wird fingirt, daher nach der Wirklichkeit nicht gefragt. Vergl. Tit. 4, §. 19 und die Anm. dazu.

2) vom vorbehaltenen Eigenthume*).

§. 266. Hat der Verkäufer[90a]) auf den Fall, wenn der Käufer das kreditirte Kaufgeld, oder einen gewissen Theil desselben, in einem bestimmten[91]) Termine nicht zahlen würde[92]), sich das Eigenthum der verkauften und übergebenen[92a]) Sache vorbehalten, so hat dieses Abkommen die Kraft einer auflösenden Bedingung[93]). (§§. 261, 262.)

---

Das Gleiche gilt von dem Inhalte der bestätigten Dorf-Urbarien, wie das Pr. des Obertr. 1517, v. 23. Dezember 1844 anerkennt: „Der Käufer eines bäuerlichen Grundstückes kann der Gutsherrschaft, welche die nach dem Urbarium auf dem erkauften Grundstücke haftenden, wenn auch im Hypothekenbuche nicht eingetragenen Abgaben und Leistungen von ihm fordert, nicht den Einwand entgegensetzen, daß er bei dem Abschlusse des Kaufkontrakts den Inhalt des Urbariums nicht gekannt habe.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. § 1000. Dazu Glück, Erläuterungen Bd. XVI, S. 229, Nr. VI. — Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg., Bd. III, S. 378.

90a) Das Paktum kann auch bei anderen, die Uebertragung des Eigenthums bezweckenden lästigen Verträgen, z. B. beim Tausche, bei dem Pactum de cedendo, vorkommen.

91) Oder bis zu einem bestimmten Termine. Vergl. §. 268.

(5. A.) Ein mit den Worten: „bis zum 16. November 18.. oder einige Tage später", vorgeschriebener Termin ist kein bestimmter im Sinne des §. 266, hat also als Bedingung bei dem Verkaufe eines auf Kredit mit Vorbehalt wirklich ausgehändigten Wechsels gar keine Wirkung. §. 269 d. T. Erk. des Obertr. v. 24. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 107).

92) Es ist ganz gleichgültig, ob die Zahlung in Folge eines Zufalles oder aus einer verschuldeten mora solvendi ausbleibt, denn es handelt sich um eine Bedingung, d. i. von dem Eintritte oder Nichteintritte eines Ereignisses. Nur die mora accipiendi ist von Einfluß: diese verhindert den Eintritt der Bedingung, zufolge des Grundsatzes §. 119, Tit. 4. Der Käufer ist nicht verpflichtet zu deponiren, um den Eintritt der Bedingung zu verhindern. Der Eintritt der Bedingung setzt auch voraus, daß nicht solche Gewährsmängel zum Vorscheine gekommen sind, welche den Käufer an dem vertragsmäßigen Gebrauche der Sache hindern und seinerseits berechtigen würden, zurückzutreten und Entschädigung zu fordern. Hatte sonst der Verkäufer noch etwas außer der übergebenen Sache nachzuleisten, so hindert dies den Eintritt der Bedingung nicht; denn die Verabredung geht darauf, daß, wenn bei geleisteter Uebergabe die Zahlung nicht erfolgt, der Vorbehalt in Wirksamkeit treten soll.

92a) (5. A.) Der mündliche Vorbehalt des Eigenthums bei Abtretung einer Forderung ist von rechtlicher Wirkung, wenn zugleich der Cedent die über die Forderung sprechende Urkunde in der Absicht, den Uebergang des Eigenthums auf den Cessionar zu hindern, an sich behalten hat. Denn die im §. 266 vorausgesetzte Uebergabe ist dann nicht geschehen, folglich das Eigenthum durch die außer Wirkung gesetzte Cession nicht übergegangen. Erk. des Obertr. vom 6. April 1866 (Entsch. Bd. LVI. S. 97).

93) Ueber die Bedeutung des s. g. pactum reservati dominii nach G. R. ist Meinungsverschiedenheit. Einige halten den Eigenthumsvorbehalt für eine Suspensivbedingung, Andere für eine Resolutivbedingung, wieder Andere bald für eine Suspensiv-, bald für eine Resolutivbedingung, je nach der Absicht der Kontrahenten. Das A. L.R. entscheidet diesen Meinungsstreit: der Vorbehalt soll als Resolutvbedingung wirken. Doch ist damit die richtige Bedeutung noch nicht klar. Die wahre Resolutivbedingung wirkt, mit dem Augenblicke ihres Eintritts, ipso jure, ohne Wissen und Willen und ohne Mitwirkung der Betheiligten. §. 115, Tit. 4. Hier ist es anders: der Eintritt der Bedingung, das Ausbleiben der Zahlung zur bestimmten Zeit, verändert das Eigenthum gar nicht, weder in der Hand des Käufers (§. 262, auf welchen der §. 266 ausdrücklich verweist), noch bei einem Dritten (§§. 264, 270). Die Veränderung hängt lediglich von der Willenserklärung des Verkäufers ab. Erst wenn dieser erklärt, daß er von dem Vorbehalte Gebrauch mache, entsteht für ihn ein Forderungsrecht auf Uebergabe der Sache an ihn; und erst durch diese Tradition wird er wieder Eigenthümer. Bis zur Erklärung der Rückforderung bleibt der Käufer völlig dispositionsfähiger Eigenthümer und auch, in obligatorischer Beziehung zu dem Verkäufer, redlicher Besitzer; denn er kann nicht wissen, ob der Verkäufer den Rücktritt in seinem Interesse finden wird. Der Vorbehalt ist auch nicht mit der lex commissoria zu identifiziren, denn der Käufer verliert keineswegs ganz und gar sein Recht aus dem Kaufsverhältnisse, vielmehr muß er gleichfalls möglichst restituirt werden: der Verkäufer soll keinen Gewinn machen. Nach allem diesen ist der Vorbehalt des Eigenthums unter Bestimmung eines gewissen Zahltages, nach dem A. L.R., nichts weiter als ein Vorbehalt des Widerrufs des Kaufsgeschäfts, er hat lediglich die Bedeutung der kassatorischen Klausel. Uebrigens ist auch Inkonsequenz in den preuß. Bestimmungen über diese Lehre. Das dem Verkäufer in der älteren Konk.-Ord. §. 335 zugeschriebene Vindikationsrecht paßt gar nicht zu der Bestimmung des §. 262, daß er erst durch die Uebergabe wieder Eigenthümer werden soll. Die Konk.-O. vom 8. Mai 1855 hat den Satz nicht aufgenommen. Der Fall muß jetzt nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung der Konkurseröffnung auf die vor derselben von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte (§§. 15 ff.) beurtheilt werden.

§. 267. Nimmt aber der Verkäufer in dem bestimmten Termine eine mindere Summe, als gezahlt werden sollte, ohne Vorbehalt an, so wird er seines Rechts, die Sache selbst zurück zu fordern, verlustig.

§. 268. Ist der Vorbehalt des Eigenthums im Vertrage ohne Bestimmung eines gewissen Zahlungstermins beigefügt; so erlangt der Verkäufer einer unbeweglichen Sache dadurch nur das Recht, das rückständige Kaufgeld ins Hypothekenbuch eintragen zu lassen[94]).

§. 269. Bei beweglichen Sachen hat ein solcher unbestimmter Vorbehalt gar keine Wirkung[94a]).

§. 270. Auf die Fälle des §. 266, 268 finden die Vorschriften §§. 264, 265 Anwendung.

§. 271. Was übrigens von Bedingungen bei Verträgen überhaupt verordnet ist, findet auch bei dem Kaufvertrage statt. (Tit. 4, §. 99 sqq.; Tit. 5, §. 226.)

§. 272. Ist der Kauf unter der Bedingung geschlossen, daß derselbe erst alsdann, wenn sich binnen einer gewissen Zeit kein besserer Käufer findet, gültig sein soll[95]), so ist die Abrede für eine aufschiebende Bedingung zu achten. 3) vom Vorbehalte eines bessern Käufers[94b]),

§. 273. Hat sich der Verkäufer den Rücktritt vorbehalten, wenn binnen einer gewissen Zeit ein besserer Käufer sich melden würde, so ist es eine auflösende Bedingung.

§. 274. Ist der Sinn der im Vertrage gebrauchten Ausdrücke zweifelhaft, so streitet, wenn die Uebergabe ausdrücklich versprochen, oder wirklich geleistet worden, die Vermuthung für die auflösende, sonst aber für die aufschiebende Bedingung. (§. 263.)

§. 275. Ist im Vertrage kein Termin bestimmt, bis zu welchem die Anmeldung eines bessern Käufers zugelassen werden solle, so kann dieselbe nur bis zur vollzogenen Uebergabe statt finden[96]).

---

Der Verkäufer kann die sich vorbehaltene Befugniß noch so lange nach dem Zahlungstage ausüben, als er nicht die Zahlung ohne Vorbehalt angenommen hat, und nach der Annahme mit Vorbehalt so lange, bis sie verjährt ist. Zur provocatio ad agendum hat der Käufer keinen Rechtsgrund, denn der Verkäufer *berühmt* sich ja keines Rechts, er ist vielleicht ganz stille; er *hat* vielmehr ein Recht, in dessen Ausübung er den Vorschriften des Käufers nicht unterworfen ist.

(4. A.) Eine eigenthümliche allein stehende Auslegung des §. 266 ist die des App.-G. zu Hamm, welches meint, der §. 266 erfordere eine Art formeller Erklärung dahin:

„daß, wenn Käufer in einem bestimmten Zahlungstermine das kreditirte Kaufgeld nicht zahlen würde, der Verkäufer sich das Eigenthum der verkauften und übergebenen Sache vorbehalte,"

um den Vorbehalt des Eigenthums zu begründen. Wenn aber — wie in dem vorliegenden Falle — das Kaufgeld zwar kreditirt, auch ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt, und das Eigenthum „bis zur Zahlung" vorbehalten, dieser Vorbehalt aber in der Formel nicht an die Bedingung der Nichtzahlung des Kaufgeldes in dem bestimmten Termine geknüpft sei; so wirke eine solche Kontraktsbestimmung eine Suspensivbedingung, wodurch der Erwerb des Eigenthums auf Seiten des Käufers aufgeschoben werde, — eine Widersinnigkeit, da Besitz und Eigenthum auf den Käufer schon übertragen worden war. Diese Auslegung hat das Obertribunal für eine Nichtigkeit erklärt: es genüge, *daß die Parteien eine Erklärung abgeben, aus welcher klar erhellt, daß der Verkäufer sich die Auflösung des Vertrages für den Fall der an dem bestimmten Tage nicht erfolgenden Zahlung der Kaufgelder vorbehalten habe.* Erk. v. 9. Okt. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 31).

94) Durch den Vorbehalt des Eigenthums *mit* Bestimmung eines gewissen Zahltages erlangt er diesen Titel zur Hypothek *nicht*; es steht mithin nicht in seiner Wahl, ob er von dem Kontrakte zurücktreten, oder eine Hypothek auf das Grundstück nehmen will, weil er das einmal Gewordene nicht durch seinen bloßen Willen in etwas Anderes umschaffen kann.

94a) (5. A.) Vergl. oben, Anm. 91, Abs. 2.

94b) (5. A.) *Hellfeld*, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1001—1005. Dazu *Glück*, Erläuterungen Bd. XVI, S. 293 ff. *Heimbach*, Addictio in diem, in *Weiske's* Rechtslexikon, Bd. I, S. 106. — *Mein* Recht der Forderungen, 2te Ausg., Bd. 3, §. 379.

95) Dieser Nebenvertrag ist dasselbe, was das R. R. addictio in diem nennt.

96) Abänderung des G. R., wonach man eine dreißigjährige Zeit zur Ausübung annahm, was

§. 276. Ist auch die Uebergabe, ohne Beifügung[96a]) eines in sich, oder durch Beziehung auf eine gewisse Handlung oder Begebenheit bestimmten Termins zur Zulassung eines bessern Käufers, vollzogen worden, so hat ein solcher Nebenvertrag keine rechtliche Wirkung.

§. 277. Das Recht aus einem solchen an sich gültigen und kräftigen Nebenvertrage (§. 272) geht auch auf die Erben des Verkäufers über.

§. 278. Auch seine Gläubiger treten in Ansehung dieses Rechts an seine Stelle, wenn er vor Ablauf dieser Frist in Konkurs versunken ist.

§. 279. Wer für einen bessern Käufer zu achten sei, hängt lediglich von der Beurtheilung und Bestimmung des Verkäufers ab[97]).

§. 280. Haben Mehrere eine Sache gemeinschaftlich verkauft, so ist in der Regel nur der für einen bessern Käufer zu achten, welchen sie insgesammt dafür anerkennen.

§. 281. Sind die mehreren Verkäufer in ihren Meinungen über die vorzügliche Annehmlichkeit des ersten oder zweiten Käufers getheilt, so muß dieser Widerspruch nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume entschieden werden. (Tit. 17, Abschn. 1.)

§. 282. Weder einer von mehreren Verkäufern, noch einer von mehreren Käufern, kann mit einem Gebote zur Abtreibung des ersten Käufers zugelassen werden[98]).

§. 283. Das Geschäft, auf dessen Grund der erste Käufer einem andern weichen soll, muß ein wirkliches Kaufs- und kein anderes oder vermischtes Geschäft sein[99]).

§. 284. Wenn also zum Beispiele der zweite Käufer nicht den ganzen Kaufspreis im Gelde bietet, sondern statt desselben, ganz oder zum Theil, einen Tausch, Leibrenten-Kontrakt, Abtretung eines Rechts u. s. w. anträgt, so ist der Fall dieses Nebenvertrages nicht vorhanden.

§. 285. Eben so kann durch Nebenbedingungen des zweiten Käufers, die keiner Schätzung nach Gelde fähig sind, der erste Käufer nicht abgetrieben werden.

§. 286. Hat wirklich ein besserer Käufer sich gemeldet, so muß ihn der Verkäufer dem ersten Käufer namhaft machen, und die gebotenen Bedingungen vollständig anzeigen.

§. 287. Der erste Käufer hat, wenn er sich eben diese Bedingungen gefallen läßt, das Vorkaufsrecht[100]).

---

dem Sachverhalte schwerlich angemessen war. Diese Nebenabrede kann sich nur auf die derzeitigen Preise beziehen; die Annahme eines besseren Käufers nach 29 Jahren ist widersinnig.

96a) Die Beifügung kann selbstverständlich nicht einseitig von dem Verkäufer, sondern nur mit Zustimmung des Käufers geschehen. Der Käufer braucht sich solche nicht mehr gefallen zu lassen, vielmehr kann er auf unbedingte Uebergabe bestehen. Konsentirt er jedoch in die nachträgliche Ergänzung des Nebenvertrages, so ist es so gut, als wenn der Termin schon im Vertrage bestimmt worden wäre.

97) Dadurch ist der, nach L. 4, §. 6; L. 5, L. 14, §§. 1 u. 5 D. in diem addict. (XVIII, 2) zulässige Streit zwischen den Kontrahenten: ob der neue Käufer besser sei, abgeschnitten, es ist dadurch aber auch der Charakter des Paktums in sofern wesentlich geändert, als nicht mehr der Zufall, sondern einseitige Willkür entscheidet. Ein Schutzmittel gegen die Willkür des Verkäufers giebt der §. 287 dem Käufer. (4. A.) Der §. 279 setzt übrigens den gewöhnlichen Fall voraus, daß der Vorbehalt von dem Verkäufer zu seinem Vortheile gemacht worden ist. Ist er, was wohl selten vorkommen wird, von dem Käufer zu seinem Vortheile gemacht, in der Art, daß er beim Antrage eines besseren Gebots vom Vertrage zurücktreten dürfe, so kann er den Vertrag auflösen, wenn auch der Verkäufer den spätern Käufer nicht annimmt. L. 9 D. de in diem addictione (XVIII, 2).

98) Der neue bessere Käufer muß ein Dritter sein.

99) Die gemeinrechtliche Praxis läßt ein vermischtes Geschäft zu. Dieser §. 283 verwirft dieselbe.

100) Das G. v. 2. März 1850, §. 2, Nr. 6 und §. 4 hat das gesetzliche Vorkaufsrecht aufgehoben. Doch kann davon dieser Fall nicht betroffen worden sein. Denn das hier dem Käufer gegebene Eintrittsrecht gehört zur schließlichen Erledigung dieses Nebenvertrages und es würde, bei der

§. 288. Hat der Verkäufer entweder bei der Angabe selbst, daß ein besserer Käufer sich gefunden habe, oder bei der Angabe der von selbigem gebotenen Bedingungen betrüglich gehandelt, so wird er seines vorbehaltenen Rechts verlustig, und muß dem Käufer Schaden und Kosten ersetzen [1]).

§. 289. Ueber die Ausübung eines Vorkaufsrechts muß der erste Käufer, wenn im Vertrage keine Frist bestimmt ist, binnen acht Tagen, nachdem ihm die Anmeldung des bessern Käufers gehörig (§. 286) bekannt gemacht worden [2]), sich erklären.

§. 290. Wird der erste Kauf wegen eines sich findenden bessern Käufers rückgängig [3]), so hat der erste Käufer, wenn ihm die Sache schon übergeben war, für die Zwischenzeit alle Rechte eines redlichen Besitzers.

§. 291. Doch kann auch ein solcher Käufer die Sache und das Kaufgeld nicht zugleich nutzen [4]).

§. 292. Soweit er also das Kaufgeld noch nicht bezahlt hatte, muß er, jedoch nach eigener Wahl, entweder die Zinsen davon für die Zwischenzeit entrichten, oder die Nutzungen berechnen.

§. 293. Doch steht den Parteien frei, wegen der Verzinsung und Fruchtberechnung, auf den Fall des rückgängig gewordenen Kaufs, ein anderes unter sich zu verabreden.

§. 294. Wenn mehrere Sachen zusammen für Einen Preis, oder wenn ein Inbegriff von Sachen verkauft worden, so kann der Vorbehalt eines bessern Käufers nur in Ansehung des Ganzen, nicht aber einzelner Theile oder Stücke, stattfinden.

§. 295. Vom Vorkaufs- und Näherrechte wird gehörigen Orts besonders gehandelt. (Tit. 20, Abschn. 3.) [4]) vom Vorkaufs- und Näherrechte,

§. 296. Ist ein Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufs [5]) geschlossen, so wird [5]) vom Wiederkaufe *),

---

gemachten Bestimmung des §. 279, ein Riß in den Zusammenhang des landrechtlichen Systems kommen, wenn man die Bestimmung dieses §. 287, ohne den §. 279 zu ändern, aufheben wollte. S. o. die Anm. 97 zu §. 279. Eine solche Zerstörung kann nicht beabsichtigt worden sein. (4. A.) M. s. auch die Abh. von Dr. Altmann in Gruchot, Beitr. V. Jahrg., S. 168.

1) Schaden und Kosten, die dem Käufer etwa durch solchen Betrug veranlaßt worden sind. Denn in der Hauptsache kann er dergleichen nicht haben, da es bei seinem Kaufkontrakte bewendet. Hat der Verkäufer bloß bei der Anzeige der ihm von dem besseren Käufer gebotenen Bedingungen betrüglich gehandelt und wird er aus diesem Grunde seines vorbehaltenen Rechts verlustig, so wird er auch dem neuen Käufer für Schaden und Kosten verantwortlich. L. 14 pr. D. de in diem addictione (XVIII, 2).

2) Die gerichtliche Bekanntmachung ist hier nicht erforderlich, weil nicht vorgeschrieben. Der Fall ist überhaupt nicht ein eigentliches Vorkaufsrecht. S. o. die Anm. 100 zu §. 287.

3) Die Auflösung wird nicht als Rückkauf behandelt, der erste Kauf ist vielmehr als unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen anzusehen und der Verkäufer ist, wenn die Uebergabe antizipirt worden, dennoch Eigenthümer geblieben. Die Ausgleichung wegen Nutzungen und Zinsen muß auch dann erfolgen, wenn der erste Käufer in den zweiten Kontrakt eintritt; denn der erste Kontrakt wird auch in diesem Falle aufgelöst.

4) Nämlich wider den Willen des Verkäufers. §. 109.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 997. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVI, S. 199 flg. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, S. 246—250.

5) Dieser Beivertrag kann dahin gehen, daß der Käufer verpflichtet sein solle, die Sache dem Verkäufer wieder abzulassen (pactum de retrovendendo), oder auch dahin, daß der Verkäufer verbunden sein solle, sie dem Käufer wieder abzunehmen (pactum de retroëmendo). Dieses Rechtsgeschäft ist ein Gebilde der deutschen Praxis, welche sich auf die L. 12 D. de praescr. verbis (XIX, 5) und L. 2 C. de pactis inter emtorem (IV, 54) stützt, wo jedoch von einem Kaufe unter einer Resolutivbedingung die Rede ist. Mit dieser Verabredung der Auflösung unter einer Resolutivbedingung (welche Verabredung die Neueren ein verbis resolutivis geschlossenes pactum de retrovendendo nennen), wird der Wiederkaufsvertrag verwechselt oder vermischt, woraus mancherlei Verwirrungen und Widersprüche in die Lehre gekommen sind, unter deren Einflusse auch die Verf. des A. L.R. gestanden haben. Das wahre pactum de retrovendendo hat vor jedem anderen Pakt über einen beabsichtigten Kauf, worin man über die Essentialien einig sein muß, wenn es wirksam sein soll, keine Besonderheiten, und

a) vom Wiederkaufspreise,

im zweifelhaften Falle vermuthet [6]), daß die Sache dem Verkäufer für eben den Preis [7]), welchen er dafür erhalten hat, zurückgegeben werden solle.

b) von Zinsen und Nutzungen,

§. 297. Bei Ausübung des Wiederverkaufs werden, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, die Nutzungen oder der Gebrauch der verkauften Sache, und die Zinsen des dafür bedungenen Kaufpreises gegen einander aufgehoben [8]).

c) von Verschlimmerungen,

§. 298. Der Wiederkäufer muß die Sache in dem Stande annehmen, in welchem sie sich zur Zeit, da er sein Recht ausüben will, befindet [8a]).

§. 299. Hat aber der bisherige Besitzer die Sache, auch nur durch ein mäßiges Versehen, oder durch Veräußerung eines Pertinenz- oder Inventarienstückes, im Werthe vermindert, so muß dem Wiederkäufer dieser Abgang [9]) vergütet werden.

§. 300. Auf den Abgang oder die Verringerung solcher Stücke, die aus deren gewöhnlichem Gebrauch und Benutzung, durch Zufall, oder auch durch ein geringes [10])

---

hätte keiner besonderen Gesetze bedurft. (5. A.) Manche Gerichte finden noch jetzt eine Resolutiv-Bedingung des Kaufvertrages (§. 114, Tit. 4) in einem stipulirten Wiederkaufsrecht. Dem ist jedoch das Obertr. entgegengetreten. „Die Stipulation des Wiederkaufsrechts" — sagt dass. ganz korrekt — „läßt keineswegs, wenn von derselben Gebrauch gemacht wird, die Wirkung des Kaufvertrages wieder aufhören, sondern giebt dem Verkäufer das Recht auf ein neues obligatorisches Verhältniß, nämlich darauf, daß der Käufer ihm dieselbe Sache wieder für den — — Preis verkaufe. Die Stipulation des Wiederkaufs ist ein eigener Nebenvertrag, nicht eine auflösende Bedingung des Kaufvertrages." Erk. vom 21. November 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LV, S. 297).

(4. A.) Das Obertr. hat angenommen, es widerstreite nicht dem Wesen und Charakter des Wiederkaufsrechts, wenn der verkaufende Vater das Wiederkaufsrecht seinem Sohne vorbehält. Erk. vom 22. März 1853 (Arch. für Rechtsf. Bd. IX, S. 80). Dies ist nur dann eine Wahrheit, wenn der betroffene Sohn sich in einem solchen Abhängigkeitsverhältnisse zum Vater befindet, daß er durch denselben aus juristischer Nothwendigkeit vertreten wird, oder wenn er dessen Erbe ist. §. 317 d. T. Durch Cession läßt sich die Legitimation zur Sache nicht vermitteln. §. 312 d. T.

6) Diese Vermuthung entspringt aus der erwähnten Verwechselung (Anm. 5); ein wahres pactum de emendo, also auch ein pactum de retroëmendo, kann nicht durch eine Vermuthung über ein Essentiale ergänzt werden. Aus dieser Vermischung erklären sich die zum Theil den allgemeinsten Grundsätzen über Verträge widersprechenden Satzungen.

7) Diesen Preis zu verabreden ist nicht rathsam, weil wegen der Meliorationen oder Deteriorationen meistens Weitläufigkeiten entstehen, welche abgeschnitten werden durch die Verabredung, daß der zur Zeit des Wiederkaufs zu schätzende Werth der Preis sein solle. Dadurch wird eine etwa beabsichtigte Begünstigung des einen oder des anderen Theils nicht verhindert, indem dieselbe durch einen voraus bestimmten Aufschlag oder Rückschlag erreicht werden kann. Auch die Schwierigkeit, welche aus einer in der Zwischenzeit etwa eintretenden Münzveränderung entsteht, wird dadurch vermieden. (5. A.) Unbegründet ist die Behauptung, daß, weil der Wiederkaufspreis bestimmt worden, ein Anspruch auf Meliorationskosten ausgeschlossen sei. §. 303. Erk. des Obertr. v. 18. September 1865 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXI, S. 33).

8) Auch diese Bestimmung gehört dem Kaufe unter dem Vorbehalte des Widerrufs ex nunc oder ex tunc an. Bei dem wahren Wiederkaufe kann die Frage nach den Nutzungen und beziehlich Zinsen nicht vorkommen; denn der Käufer ist ja freier Eigenthümer der Sache geworden, nur mit der persönlichen Verbindlichkeit, die Sache dem Verkäufer, wenn er es verlangen sollte, zurückzuverkaufen. Ob der Fall eintreten wird, ist ungewiß, vielleicht macht der Berechtigte davon niemals Gebrauch.

8a) (5. A.) Er muß also z. B. ein Haus, welches Gegenstand des Wiederkaufsrechts ist und vor der Zeit, wo er erklärte, daß er sein Recht ausüben wolle, zum Theil abgebrannt war, in dem Zustande, in welchem es sich zu dieser Zeit befindet, übernehmen, ohne auf die Feuerversicherungsgelder Anspruch machen zu können. Denn dieser war ein rein persönlicher Anspruch des Wiederverkäufers als damaligen Eigenthümers des zum Theil abgebrannten Hauses. (S. oben, Anm. 76, Nr. 2 zu §. 102, Tit. 4.) Ein Zubehör oder einen Zuwachs des Grundstücks bildet diese Geldforderung nicht. Erk. des Obertr. v. 21. Novbr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 298).

9) Nach der Regel müßte im Falle des Vorsatzes oder groben Versehens nicht bloß der Abgang (positiver Schade), sondern das ganze Interesse vergütet werden. (5. A.) Hat der Wiederkaufsberechtigte in den Abgang gewilligt und auf sein Wiederkaufsrecht in Betreff des Abganges verzichtet, ohne wegen des Uebrigen etwas Weiteres zu verabreden, so wird dadurch die Ausübung des Wiederkaufsrechts in Betreff der Restgrundstücke nicht unmöglich gemacht, sondern der Wiederkäufer muß für das nun Fehlende Vergütung erhalten, welche jedoch keine andere ist als die dem Wiederverkäufer dafür gewordene. Erk. des Obertr. vom 27. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 80).

10) Eine Anomalie. §. 278, Tit. 5.

Versehen des Besitzers, entstanden sind, wird dabei nur in so weit Rücksicht genommen, als der Besitzer dergleichen Abgang aus dem Zuwachse nach den Regeln eines gewöhnlich guten Wirthschaftsbetriebes, zu ersetzen schuldig und vermögend war.

d) wenn die Sache gänzlich untergegangen ist,

§. 301. Ist die Sache gänzlich untergegangen, so fällt das Wiederkaufsrecht hinweg; der Verlust mag durch Zufall, oder durch ein geringes oder mäßiges [11]) Versehen des Besitzers entstanden sein.

§. 302. Hat aber der Besitzer die Vernichtung oder den Untergang der Sache vorsätzlich oder durch grobes Versehen veranlaßt, so muß er dem zum Wiederverkaufe Berechtigten, wegen des ihm daraus erwachsenen Schadens und entgangenen Vortheils, vollständige Genugthuung leisten.

e) von Verbesserungen,

§. 303. Verbesserungskosten muß der Wiederkäufer dem Besitzer nach eben den Grundsätzen erstatten [12]), nach welchen der Eigenthümer dieselben einem redlichen Besitzer zu vergüten schuldig ist. (Tit. 7, §. 204 sqq.)

§. 304. Für Verbesserungen, die ohne alles Zuthun des Besitzers bloß durch Natur oder Zufall entstanden sind, kann der wiederkäufliche Besitzer keine Vergütung fordern.

§. 305. Hat aber der Besitzer durch seine Arbeit und Mühwaltung, durch seine Verwendungen bei einem Dritten, durch die von einem solchen Dritten um seiner Verdienste willen erhaltenen Wohlthaten, oder auch nur durch wirthschaftliche Einschränkungen in dem ihm sonst zukommenden Nutzungsrechte, eine bleibende Verbesserung der Substanz bewirkt, so muß ihm dieselbe, nach dem alsdann wirklich bestehenden Werthe dieser Verbesserung, vergütet werden.

f) von Erhaltungskosten,

§. 306. Für bloße, auch außerordentliche, Erhaltungskosten der Substanz oder ihres Werths, kommt dem Besitzer keine Vergütung zu.

§. 307. Hat aber der wiederkäufliche Besitzer, zur Wiederherstellung der durch Unglücksfälle beschädigten Substanz der Sache, mehrere Kosten verwendet, als aus den Einkünften des Jahres, in welchem der Unglücksfall sich ereignet, nach Abzug der sonst zur wirhschaftlichen Benutzung der Sache erforderlich gewesenen Kosten, haben bestritten werden können: so muß der Wiederkäufer diesen Ueberschuß erstatten.

g) von Bezahlung des Wiederkaufsgeldes,

§. 308. Das Wiederkaufsrecht kann, im Mangel besonders verabredeter Bestimmungen, nur gegen baare Zahlung der Wiederkaufssumme [13]), und gegen Erfüllung der übrigen Bedingungen, folglich nicht durch ein bloßes Anerbieten dazu, ausgeübt werden [14]).

§. 309. Wenn dabei wegen der Münzsorten Streit entsteht, so ist derselbe nach den wegen Wiedererstattung [15]) einer erhaltenen Geldsumme vorgeschriebenen Grundsätzen zu beurtheilen. (§. 778 sqq.)

h) von den Kosten des Wiederkaufs,

§. 310. Die Gerichts- und andere Kosten des Wiederkaufs muß, wenn nichts verabredet ist, der Wiederkäufer tragen [16]).

---

11) Weil das mäßige Versehen nur den positiven Schaden zu ersetzen verpflichtet (§§. 12 und 13, Tit. 6 und §. 288, T. 5), und ein solcher Schade nicht vorkommen kann.

12) Wenn nämlich nur der frühere Preis zurückgezahlt werden soll. S. o. die Anm. 7 zu §. 296. (4. A.) Nach Abschluß des Wiederverkaufskontrakts kann der Wiederverkäufer außer dem Wiederkaufspreise eine nicht ausdrücklich ausbedungene Vergütung für seine etwaigen Verbesserungen nicht verlangen, wenn auch der Wiederverkauf in Folge rechtskräftigen Urtheils geschehen ist. Erk. des Obertr. v. 22. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 80).

13) Zur Erstattung der Kaufskosten und des erlegten Laudemiums ist der Wiederkäufer nicht verbunden, weil der Wiederkauf ein neues Rechtsgeschäft, und zwar ein eignes des Wiederverkäufers ist. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind darüber verschiedener Meinung, je nach der Auffassung des Wiederkaufs, indem die Idee von der Aufhebung des ersten Kaufes bei vielen sich einmengt.

14) Entscheidet eine gleichfalls auf Begriffsverwirrung beruhende Meinungsverschiedenheit.

15) Auch hier mischt sich ebendieselbe Idee wieder ein; sonst müßte auf die Vorschrift der §§. 56, 57 d. T. verwiesen werden.

16) Ist eine positive Vorschrift; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verträge hat jeder Kon-

§. 311. In wiefern das vorbedungene Wiederkaufsrecht auch gegen einen Dritten von Wirkung sei, ist nach den Vorschriften §§. 264, 265 zu bestimmen.

i) wie weit das Wiederkaufsrecht cedirt werden kann,

§. 312. Das Wiederkaufsrecht kann, wider den Willen des Besitzers der Sache, einem Dritten nicht abgetreten werden[17]).

§. 313. Wer aber ein Grundstück erwirbt, der bekommt damit zuglich das Recht, wiederkäuflich veräußerte Pertinenzstücke desselben zurückzukaufen[18]).

k) Dauer des Wiederkaufsrechts,

§. 314. Ist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts eine gewisse Zeit durch Vertrag oder Gesetz bestimmt, so geht dasselbe mit dem Ablaufe dieser Zeit verloren[18a]).

§. 315. Ist die Zeitbestimmung so gefaßt, daß daraus ein gewisser Termin, mit welchem das Recht aufhören soll, nicht erhellet: so hat dergleichen Bestimmung eben die Wirkung, als wenn der Verlust des Rechts an gar keine Zeit gebunden wäre.

§. 316. Ist keine Zeit zur Ausübung des Wiederkaufsrechts bestimmt, so geht dasselbe auf die Erben des Verkäufers nicht über[19]).

§. 317. Hat der Verkäufer den Wiederkauf sich und seinen Erben ausdrücklich vorbehalten, oder geht sonst aus der Fassung des Vertrages deutlich hervor, daß die Ausübung dieses Rechts zu allen Zeiten stattfinden solle: so erlöscht dasselbe durch keine Verjährung[20]).

§. 318. Wenn das Recht, nach obigen Bestimmungen, auf die Erben übergeht, so sind nicht nur gesetzliche, sondern auch die durch Verträge oder letzte Willensverordnungen berufenen Erben[21]) zu dessen Ausübung befugt.

---

trahent seine eigenen Kosten zu tragen. Aber auch hier äußert die Idee von dem Rücktritte des Verkäufers von dem ersten Kaufe ihren Einfluß.

17) Es kann also auch nicht verpfändet und nicht vererbt werden, es müßte denn vorbedungen sein. §§. 316—318. Der §. 312 entscheidet eine gemeinrechtliche Kontroverse in Beziehung auf die aktive Cessibilität. Der passive Uebergang ist unbestritten. L. 2 de pact. inter emtorem (IV, 54).

(3. A.) Wenn bei einem auf Wiederkauf veräußerten Lehen nach dem provinziellen Lehnrechte, z. B. dem pommerschen, den sämmtlichen Agnaten des Veräußerers, gleich ihm, das Wiederkaufsrecht zusteht, so ist der eine Agnat dem anderen gegenüber nicht als ein „Dritter" im Sinne des §. 312 anzusehen; der Nächste zur Ausübung kann mithin das Wiederkaufsrecht einem Entfernteren cediren. Pr. des Obertr. v. 6. Oktober 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 102).

18) Eine Ausnahme von zwei verschiedenen Regeln: von der des §. 312 und von dem Grundsatze, daß der Käufer eines Grundstücks als solcher nicht befugt ist, vorher abveräußerte Substanztheile und Pertinenzstücke von dem Dritten abzufordern. Anm. 51 zu §. 78 d. Tit. Die Ausnahme in der zweiten Beziehung hängt gleichfalls mit der Einmischung des Begriffs von der im Wiederkaufsrechte liegenden Resolutivbedingung (Anm. 5 zu §. 296) zusammen. Daraus wird klar, daß eine analoge Anwendung des §. 313 auf andere Veräußerungen (Anm. 51 zu §. 78) juristisch undenkbar ist.

18a) (4. A.) Daher kann es durch eine zwar vor Ablauf der Frist angebrachte, jedoch erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß des Verpflichteten gelangte Klage nicht erhalten werden. Erk. des Obertr. v. 12. Januar 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 155). Vergl. oben, Tit. 4, §. 167.

19) Gegen die Person des Verkäufers läuft die gewöhnliche Verjährung durch Nichtgebrauch.

20) Entscheidet einen Meinungsstreit. Einige gemeinrechtliche Schriftsteller halten das unbestimmte Wiederkaufsrecht für eine res meræ facultatis; Andere lassen es in 30 Jahren verjähren. Unser §. 317 bestätigt die erste Meinung. Damit ist zugleich die aufgeworfene Frage entschieden: ob der Erbe eines wiederverkaufspflichtigen Käufers die in der Erbschaft gefundene Sache, von welcher er den Vorbehalt nicht kennt, als eine unbedingt erworbene Sache verjähren könne. Die Frage in dieser Fassung ist unpassend. Was soll der Erbe durch Verjährung erwerben oder erlangen? Das Eigenthum? Er hat es schon. Ein unbeschränktes freies Eigenthum? Er hat es schon. Also die Erlöschung des Vorbehalts. Dieser hat eine persönliche Verbindlichkeit des Erblassers gegründet, die gekaufte Sache an den Verkäufer zurück zu verkaufen, — eine Schuld, welche auf den Erben vererbt wird. Nun ist es bekannt, daß das Wissen oder Nichtwissen des Erben von einer Nachlaßschuld nicht den mindesten Einfluß auf die Erlöschung durch Verjährung hat; eine dem Erben nicht bekannte Schuld erlischt nicht früher und nicht später, als bis die Verjährung durch Nichtgebrauch abgelaufen ist, vorausgesetzt, daß sie überhaupt der Verjährung unterliegt. Der §. 317 bestimmt aber ganz ausdrücklich das Gegentheil, folglich kann der von dem Vorbehalte nichts wissende Erbe durch Zeitverlauf gar nichts gewinnen.

21) Aber nur die Substanzerben; nicht die auf den Nießbrauch eingesetzten Erben. So hat das

§. 319. Von einem der Nachkommenschaft, oder der Familie des Verkäufers vorbehaltenen Wiederkaufsrechte gilt alles das, was von dem Retrakte bei Familiengütern verordnet ist. (Th. II, Tit. 4, Abschn. 4)[22].

§. 320. Sind mehrere Verkäufer oder mehrere Erben zum Wiederkaufe gleich berechtigt, so kann derselbe nur mit einstimmiger Bewilligung aller[23] ausgeübt werden.

§. 321. Ist unter dem vorbehaltenen Wiederkaufe ein wucherliches Geschäft verborgen, so ist der Kauf ungültig, und die Handlung als ein Pfandvertrag zu beurtheilen[24]. 1) von einem unter dem Wiederkaufe verborgenen Darlehns- und Pfandgeschäfte.

§. 322. Ob das Geschäft ein Darlehn oder ein wirklicher Kauf gewesen, muß, wenn die Sache nicht vollständig aufgeklärt werden kann, nach der Qualität der Kontrahenten; nach der Beschaffenheit der angeblich verkauften Sache, je nachdem dieselbe für den Käufer wirklich von Gebrauch sein können, oder nicht; nach dem zwischen dem Kaufe und Wiederkaufe bedungenen längern oder kürzeren Zeitraume; und nach den übrigen bei der Sache vorkommenden Umständen, von dem Richter beurtheilt werden.

§. 323. Besonders entsteht die Vermuthung eines wucherlichen Darlehnsgeschäfts, wenn der Kaufs- und Wiederkaufspreis beträchtlich verschieden sind[25].

§. 324. Auch alsdann, wenn eine Frucht oder Nutzungen tragende Sache verkauft, und beide Preise im Verhältnisse gegen den wahren Werth der Sache sehr niedrig bestimmt, zugleich[26] aber ein ungewöhnlich kurzer Zeitraum zum Wiederkaufe festgesetzt worden.

§. 325. Für einen solchen ungewöhnlich kurzen Zeitraum ist bei beweglichen Sachen eine Frist unter Sechs Monaten, und bei unbeweglichen eine Frist unter Drei Jahren anzusehen.

§. 326. Uebrigens ist, wenn bei dem Geschäft kein wirklicher Kauf, sondern nur ein Darlehn zu Grunde liegt, das Verhältniß zwischen den Parteien nach denjenigen Regeln zu beurtheilen, welche die Gesetze für den Fall, wenn die Verwaltung des Pfandes dem Pfandinhaber überlassen ist, vorschreiben. (Tit. 20, Abschn. 1.)

---

Obertr. in einer Entscheidung v. 16. März 1849, in Sachen Aschenau w. Sturies $^{755}/_{3010}$ III, 48, angenommen. Die Sache hat jedoch ebenfalls eine Kehrseite. Warum soll der Nießbrauchserbe kein Interesse an der Vermehrung oder Verminderung der Substanz haben?

22) Statt „Abschn. 4" ist „Abschn. 6" zu lesen. R. v. 29 Dezb. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

23) S. o. die Anm. 21 zu §. 318 d. T.

24) Vergl. o. die Anm. 1 zu §. 1 d. T.

25) Sei es, daß der Verkaufspreis bedeutend niedriger als der Wiederverkaufspreis, oder dieser niedriger als jener sei. Denn auch im zweiten Falle ist nicht anzunehmen, daß der Käufer als Kreditgeber dem Verkäufer habe ein Geschenk machen wollen mit der Differenzsumme, vielmehr — wenn sonst nicht Umstände dawider sprechen — zu vermuthen, daß er irgend einen unerlaubten Vortheil darunter verstecken wolle, besonders wenn bei einer Frucht oder Nutzungen tragenden Sache der bestimmte Zeitraum bis zum Rückkaufe lang ist, so daß der Käufer die Sache recht auszubeuten Zeit hat, z. B. bei Grundstücken mit bedeutenden Torfstichen, Stein- und Kalkbrüchen, aus welchen der Käufer seinen Gewinn ziehen kann.

26) Diese Bedingung paßt besser zu dem Falle des §. 323 (s. die Anm. 25), als zu diesem. Denn wenn auch beide Preise im Verhältnisse zum wahren Werthe der Sache sehr niedrig sind, so ist doch nicht zu sehen, welchen Vortheil der Käufer dabei haben kann, wenn er die Sache nach kurzer Zeit um denselben Preis wieder zurückgiebt. Die Nutzungen können ihn nur in einem verhältnißmäßig langen Zeitraume bereichern. Zutreffend ist der Fall zur Begründung einer Vermuthung für die Simulation nur dann, wenn der Wiederkaufspreis beträchtlich höher als der Verkaufspreis ist; sowie auch dann, wenn das Kaufsgeschäft z. B. bei einem Landgute, kurz vor der Ernte vollzogen und bestimmt worden wäre, daß der Wiederkauf bald nach der Ernte geschehen solle. Die Beispiele sind entnommen aus: c. 5 X. de emt. (III, 17) und c. 4 X. de pignor. (III, 21). Die Kürze der Zeit kann auch an sich unter Umständen ein Verdachtsgrund sein (Reichspol.-Ordn. v. 1548, Tit. 17, §§. 1 und 7), wie denn überhaupt die §§. 323 und 324 nur Beispiele geben und das richterliche Ermessen nicht einschränken.

m) ob im zweifelhaften Falle das Wiederkaufsrecht dem Käufer oder dem Verkäufer zustehe.

§. 327. Der Regel nach ist das Wiederkaufsrecht nur zum Besten des Verkäufers für vorbedungen zu achten.

§. 328. Hat sich aber der Käufer die Rückgabe der erkauften Sache ausdrücklich vorbehalten, so sind seine Rechte und Pflichten nach eben den §. 296 sqq. enthaltenen Bestimmungen zu beurtheilen[27]).

n) von wiederkäuflichen Zinsen.

§. 329. Wiederkäufliche Zinsen[27a]) können, wenn im Kontrakte nicht ein Anderes versehen ist, nur von dem, welcher sie zu zahlen, nicht aber von dem, welcher sie zu fordern hat, wieder abgelöst werden.

§. 330. Ist jedoch der Schuldner solcher wiederkäuflichen Zinsen damit durch Drei hinter einander folgende Jahre im Rückstande verblieben, so steht dem Berechtigten frei[27b]), auf deren Wiederablösung zu dringen[28]).

6) Vom Neukaufe*).

§. 331. Hat der Käufer oder Verkäufer sich das Recht, binnen einer gewissen[29])

---

27) S. o. die Anm. 5 zu §. 296 d. T.

27a) (3. A.) Wiederkäufliche Zinsen, unablösliche Zinsen, Gülten, Renten (annui reditus, census) sind eine Reallast, zu deren Erhaltung die Form der Eintragung in das Hypothekenbuch ein wesentliches Erforderniß ist. Hypothekenordnung Tit. 1, §. 49. Sie entspringt zwar aus dem Rentenkaufe, kann jedoch erst durch Eintragung zum vollendeten Dasein gelangen. Das Verhältniß des Rentenkaufs zur Eintragung ist das eines Titels zur Erwerbungsart. Obgleich das Rentenrecht zwei Bestandtheile hat, ein dingliches und ein persönliches, und obgleich in dem heutigen Rechte das obligatorische Element die Unterlage des dinglichen, also die Hauptsache ist, wie bei der Verpfändung, während nach der Ansicht des älteren deutschen Rechts das Verhältniß umgekehrt war; — so ist doch auch nach heutigem Rechte und namentlich nach preußischem Rechte das Rentenrecht nicht als ein Forderungsrecht mit einer Hypothek, vielmehr als ein selbstständiges dingliches Recht zu denken, welches u. A. dadurch von der Hypothek sich unterscheidet, daß es durch die nothwendige Subhastation nicht erlischt, vielmehr auf den Adjudikatar übergeht. §. 342 d. T. und die Anm. 42 dazu, und Hyp.-O. Tit. 1, §. 49 a. E. Da jedoch das obligatorische, mit einer unbeweglichen Sache verknüpfte Verhältniß das vorwiegende Element, nach heutiger Rechtsanschauung, ist; so kann das Rentenrecht so wenig wie die Hypothek des heutigen Rechts zu den unbeweglichen Sachen gezählt werden, was nach altdeutschem Rechte anders war, indem der Berechtigte (Gläubiger) eine wirkliche Gewere am Grundstücke hatte. Jetzt ist, die Sache in ihre rechtlichen Bestandtheile zerlegt, das Rentenrecht im Grunde doch nichts anderes als ein fortdauerndes Forderungsrecht mit einer, nach den Grundsätzen der Hypothek (also namentlich mit Herausgabe der Hyperocha) zur Geltung zu bringenden Realsicherheit. (Hiernach ist die Darstellung in der 1. und 2. Ausg. meines Privatrechts, §. 351 a. E. §§. 353 und 681 zu verstehen und zu berichtigen.) (4. A. Auch der in dem Verkaufe bedungene Grundzins hat ohne Eintragung in das Hyp.-B. nicht die Natur eines dinglichen, gegen jeden dritten Besitzer verfolgbaren Rechts. Erk. des Obertr. v. 25. September 1851, Archiv f. Rechtsf. Bd. III, S. 99.) Uebrigens ist das Institut der unablöslichen Zinsen durch die Aufhebung der Unkündbarkeit wesentlich verändert. G. v. 2. März 1850, §§. 91 uud 94. (4. A.) Es ist jedoch nachher denjenigen Renten, welche durch Auseinandersetzungen entstehen, die Unkündbarkeit seitens des Berechtigten wieder beigelegt. G. v. 26. April 1858, §. 3 (G.S. S. 273).

27b) Ueber die Entstehung dieses Naturale des Geschäfts s. o. die Anm. 56 zu §. 545, Tit. 9.

28) Die Mora wirkt nicht gegen den Nachfolger des Säumigen im Besitze des zur Hypothek bestellten Grundstücks, auch nicht die bereits erfolgte Kündigung, wenn sie nicht im Hyp.-Buche vermerkt worden ist. (3. A.) Die Bestimmung des §. 330 ist übrigens durch das G. v. 2. März 1850, §§. 91 und 94 hinsichtlich der regelmäßigen Unkündbarkeit solcher Renten abgeändert. (4. A.) Das Ges. v. 26. April 1858, §. 3 (G.S. S. 273) stellt das alte Recht wieder her.

*) (5. A.) Hellfeld, jurisprudentia forensis etc. §. 1000. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVI, S. 224. — Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 381.

29) Fehlt es an der Bestimmung einer gewissen Zeit, so ist dieser Beivertrag (pactum displicentiae) für nicht geschlossen zu erachten. Es ist, wegen der Abnormität dieses Nebenvertrages, der nach allgemeinen Grundsätzen über Verträge die Perfektion des Hauptvertrages ganz hindert (§. 108, Tit. 4) und nur als einzige Ausnahme von dieser Regel hier beim Kaufkontrakte als auflösende Bedingung zugelassen ist (vrgl. L. 3 D. de contrab. emt. XVIII. 1; L. 2, §. 5 D. pro emtore XLI. 4), — keine Ausdehnung der Bestimmung, etwa so, daß der Nebenvertrag ohne Bezeichnung eines Endpunkts, und in diesem Falle z. B. selbstverständlich bis zur Uebergabe wirksam wäre, wie bei der addictio in diem, zulässig. S. jedoch u. die Anm. 31.

(4. A.) Unter der „gewissen" Zeit ist freilich keine bestimmte nach einer auf eine namentlich angegebene Anzahl von Tagen oder Benennung eines bestimmten Kalendertages geschehenen Festsetzung

Zeit, vom Kaufe wiederum abzugehen, vorbehalten, so ist dieses für eine auflösende Bedingung [30]) anzusehen [31]).

§. 332. Ist die Uebergabe erfolgt, und [32]) das Kaufgeld bezahlt worden, so ist ein solcher Vertrag nach den Regeln vom Wiederkaufe zu beurtheilen.

§. 333. Ist die Sache dem Käufer nur auf die Probe [33]) gegeben worden, so erlangt der Kauf seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte an, wo der Käufer seine Zufriedenheit mit der behandelten Sache, ausdrücklich oder stillschweigend, zu erkennen gegeben hat. 7) Vom Verkaufe auf die Probe *).

§. 334. Für eine solche stillschweigende Erklärung ist es zu achten, wenn der Käufer, nachdem er die Sache wirklich in Besitz genommen, das [33a]) erhaltene Kaufgeld ohne weitern Vorbehalt bezahlt hat.

---

zu verstehen, es ist eine im Allgemeinen begrenzte Zeit (irgend ein Zeitraum), nicht ein nach allen Merkmalen bezeichneter oder benannter Zeitpunkt gemeint.

In einem Falle ist angenommen worden, daß die für die Zahlung des Kaufgeldes bestimmte Frist zugleich als Begrenzung der Dauer des jus poenitendi anzusehen sei. Der Fall ist jedoch irrig als Reuvertrag angesehen und nach §. 331 unter willkürlicher Ergänzung des Vertrages beurtheilt worden. Denn die Verabredung war die, daß der Waarenkäufer von den entnommenen Waaren diejenigen der empfangenen Stücke, welche ihm nicht konveniren würden, wieder zur Disposition stellen dürfe. Das ist kein pactum displicentiae, sondern ein Kauf auf die Probe (emtio ad gustum), welcher nach der Vorschrift der §§. 333 ff. d. T. zu behandeln war. Deshalb ist den Entscheidungsgründen des Obertr. zu der Entsch. v. 3. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 322) kein Beifall zu geben; die Nichtigkeitsbeschwerde hätte für begründet erachtet, das angefochtene Erk. aber auf Grund des §. 334 d. T. aufrecht erhalten werden sollen.

30) Die Bedingung muß, da sie in einer inneren Handlung des Verkäufers (Reue) besteht, von ihm in Person erfüllt werden, folglich kann dieser Nebenvertrag nicht aktiv auf die Erben übergehen.

31) Von diesem, nur dem Kaufe angehörigen Reuvertrage ist eine Art desselben, die bei jedem Vertrage vorkommen kann, zu unterscheiden, nämlich die von der Konventionalstrafe wesentlich verschiedene Verabredung: gegen Erlegung eines gewissen Reugeldes von dem Rechtsgeschäfte zurücktreten zu dürfen. Darüber s. m. o. Tit. 5, §§. 212 ff. und 312 ff.

32) Beides zusammen, Eins ohne das Andere genügt hierzu nicht. Ist bloß die Uebergabe geschehen, ohne daß gegengeleistet worden ist, so ist die Sache mit den Früchten und Nutzungen zurückzugeben, wobei der Käufer als redlicher Besitzer zu behandeln ist, jedoch so, daß er sich mit dem Schaden des Anderen nicht bereichern darf; er muß deshalb, in soweit dies geschehen würde, auch die bereits konsumirten Früchte vergüten. Ist Kaufgeld vorausgezahlt worden, so muß der Verkäufer Zinsen davon entrichten. Jedoch wird, um die Bestimmung des §. 332 in Anwendung zu bringen, nicht erforderlich sein, daß das Kaufgeld vollständig bezahlt sei, vielmehr wird der Fall der Bestimmung vorhanden sein, auch wenn ein Theil des Kaufgeldes gestundet worden sei; denn die Absicht des Gesetzes geht auf Vereinfachung der Auseinandersetzung.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 1036. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVII, S. 156, Nr. 3. Grath, Kauf und Verkauf, No. VII, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VI, S. 45. — Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §. 320, S. 746.

33) Ein allgemeiner Grundsatz bei Verträgen ist, daß keinem Theile freigestellt bleiben darf, nach seiner Willkür von dem geschlossenen Vertrage abzugehen, sonst ist der Vertrag noch nicht perfekt. (Anm. 29 zu §. 331.) Nur bei dem Kaufe gelten mehrere Ausnahmen. Dazu gehört auch der Kauf auf Probe, d. i. ein solcher, wobei dem Käufer freigestellt bleibt, von dem Kaufe wieder abzugehen und die bereits übergeben erhaltene Sache wieder zurückzugeben, wenn sie ihm nicht gefällt. (Emtio ad gustum.) Vergl. Hand.-G.B. Art. 339. Auf den gebrauchten Ausdruck kommt es nicht an, wenn nur die Absicht erhellet, daß der Käufer die Sache prüfen und nach Gefallen zurückgeben möge. Daher ist ein Käufer, welcher z. B. mit der Klausel: „bis zum Besehen", gekauft hat, zum Rücktritte berechtigt, sobald er erklärt, daß ihm die Sache nicht anstehe. Das Gleiche gilt von einem Kaufe mit der Klausel: „bis zum Kosten". §. 335. Pr. des Obertr. v. 29. Jan. 1817 (Simon, Rechtsspr. Bd. 1, S. 227). Vergl. L. 34, §. 5 D. de contrah. emt. (XIX, 1). — (4. A.) Etwas ganz anderes ist der Kauf „nach Probe", welchen eine Parteimeinung damit hat identifiziren wollen. Der Kauf „nach Probe oder Muster" ist ein unbedingtes, völlig perfektes Kaufgeschäft, wobei eine Probe zur Beurtheilung der vorbedungenen Eigenschaften, für welche nach den allgemeinen Grundsätzen von Kauf und Gewährleistung einzustehen ist, zum Grunde gelegt ist. Bei entstehendem Streite kommt es auf die Identität des Probestücks und auf die Uebereinstimmung der gelieferten Waare mit demselben an. Erk. des Obertr. vom 28. Februar 1854 (Arch. für Rechtsf. Bd. XII, S. 192). — Vergl. unten, H.G.B. Art. 340 und die Anm. 7 dazu.

33a) (4. A.) Hier muß, um einen entsprechenden Sinn herauszubringen, das Wort „gestundet"

§. 335. Sobald hingegen der Käufer erklärt, daß ihm die Sache nicht anstehe: fallen alle gegenseitige Rechte und Pflichten aus dem unter einem solchen Nebenvertrage errichteten Kauf-Kontrakte von selbst weg [33b]).

§. 336. Ist dem Käufer zur Erklärung: ob er die Sache behalten wolle, eine gewisse Zeit bestimmt, und er läßt dieselbe, ohne sich zu erklären, vorbeistreichen, so kann er von dem Vertrage nicht mehr abgehen.

§. 337. Ist keine Zeit bestimmt, so steht dem Verkäufer frei, auf Ergänzung dieser Bestimmung durch den Richter, nach Vorschrift Tit. 5, §. 230 sqq. anzutragen [34]).

§. 338. So lange der Käufer die Sache noch auf der Probe hat, haftet er nur für solche Unfälle, die durch sein grobes oder mäßiges Versehen entstanden sind.

§. 339. Zu einem ungewöhnlichen Gebrauche der auf die Probe erhaltenen Sache ist der Käufer nicht berechtigt, und muß also für allen daraus entstandenen Schaden haften.

Von gerichtlichen Verkäufen *).

§. 340. Auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufsgeschäften überhaupt Anwendung [35]).

---

oder „kreditirt" eingetragen werden; es fehlt in allen mir zu Gesicht gekommenen Ausgaben; der gedruckte Entwurf hat den Satz noch nicht.

33b) (4. A.) Man s. oben, Anm. 16, Abs. 3 zu §. 30 d. T.

34) Daß diese Bestimmung den Verkäufer dergestalt bindet, daß er von dem Verkaufe nicht zurücktreten und die Sache zurückfordern könne, vielmehr warten muß, bis der Richter die Frist rechtskräftig bestimmt hat und diese Frist verlaufen ist (§. 336), läßt sich nicht bestreiten. Aber das allerunpassendste Mittel, die Sache zum Austrage zu bringen, ist das hier Vorgeschriebene ohne allen Zweifel. Um ein Faß Wein zu probiren, können ein Paar Jahre vergehen, wenn der Advokat des Käufers im Sinne seines Klienten den Prozeß gut zu führen versteht. Unterdessen ist es verdorben. Das Sachgemäße wäre, daß der Verkäufer die Frist vorschriebe. §§. 92, 93, Tit. 5.

*) (5. A.) Heinemann, die Subhastation nach rationalen und politischen Grundsätzen, nach gemeinen deutschen und nach großherzoglich sächsischen Gesetzen im Zusammenhalte mit den königlich sächsischen, preußischen und französischen Prozeßordnungen. Weimar 1832. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 351.

35) Die Vorschriften der §§. 192—196 d. T. finden auch bei nothwendigen Subhastationen statt. Der Adjudikatar erlangt daher, beim Mangel anderweiter Verabredungen, auf die erstandene Sache nur in dem Zustande, in welchem sich dieselbe bei Abgabe seines Gebots befunden hat, ein, noch durch die Vorschrift §. 213 d. T. beschränktes Recht; und die Zahlung des Meistgebots befreit ihn insbesondere nicht von Ansprüchen wegen nützlicher Verwendungen, die in das Grundstück vor Publikation der Adjudikatoria gemacht worden, insoweit diese nach den allgemeinen Grundsätzen über die versio in rem begründet werden können. Pr. des Obertr. 532, vom 28. Sept. 1838.

(5. A.) In einer, Schulden halber ausgebrachten, nothwendigen Subhastation kann der Subhastat dem Adjudikatar gegenüber als Verkäufer nicht angesehen werden. Erk. des Obertr. v. 3. Juli 1866 (Entsch. Bd. LVIII. S. 83).

Ein seltsamer Fall war dieser. Ein ländliches Wirthshaus wurde subhastirt. Der Besitzer besaß noch ein Ackerstück als selbstständige Sache unter einer besonderen Hypothekennummer. Die Taxe wurde von dem Wirthshause und dem dabei bewirthschafteten Ackerstücke zusammen aufgenommen. Das Ausgebot im Patente geschah unter der Hypothekennummer des Wirthshauses ohne Erwähnung des Ackerstücks, auf welchem ebendieselben Hypothekengläubiger eingetragen standen. Das Gebot wurde, gleichfalls ohne daß des Ackerstücks besondere Erwähnung geschah, unter vorausgesetzter Bekanntschaft der Bieter mit dem Grundstücke nach der Taxe, abgegeben und die Adjudikatoria erwähnte auch nur des Wirthshauses nach dessen Hypothekennummer. Der Adjudikatar setzte sich, ohne allen Widerspruch, in den Besitz des Wirthshauses und auch des Ackerstücks. Als es nun aber zur Belegung der Kaufgelder und Berichtigung des Besitztitels kam, fand sich, daß er keinen Besitztitel von dem Ackerstücke erhalten konnte. Sein Advokat wußte nicht, wie er die Sache angreifen sollte, um sie in Ordnung zu bringen. Er forderte Gewährleistung, behauptend, daß er das Ackerstück mit gekauft und bezahlt habe. Der Käufer war aber im Besitze und Genusse des Ackers, und Niemand bedrohte ihn mit der Entziehung. Die Sache war diese: Entweder war der Acker mit Gegenstand des Kaufs gewesen, oder nicht. Im ersten Falle mußte dies durch einstimmige Anerkennung (Deklaration) sämmtlicher Interessenten vor dem Subhastationsrichter urkundlich gemacht werden und der Subhastationsrichter hatte auf Grund dieser Verhandlungen die Adjudikatoria zu ergänzen. Dann mußte der Hypothekenrichter das Hypothekenbuch in Ordnung bringen. Gegen die Widersprechenden

§. 341. Die Abweichungen von diesen Regeln bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen sind in der Prozeßordnung bestimmt.

1. V. gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen, vom 14. Juli 1797[36]). (Ed. S. Bd. X, S. 1313.)

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen, wie Uns angezeigt worden, daß bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen hin und wieder der Mißbrauch überhand nehme, daß ein Licitant, um einen andern Bietungslustigen zu entfernen und von einem Mehrgebote abzuhalten, sich mit demselben über ein sogenanntes Abstandsgeld vereinigt und dadurch bewirkt, daß er solchergestalt das ausgebotene Objekt zu einem niedern Preise erhält, als geschehen sein würde, wenn nicht andere Kauflustige durch einen solchen Winkelvertrag vom Mitbieten wären zurückgehalten worden. Dergleichen Verabredungen gründen sich nun zwar auf einen unmoralischen und unerlaubten Eigennutz, den die Gesetze niemals begünstigen können, indem dadurch der Zweck der öffentlichen Veräußerungen gänzlich vereitelt, dem Eigenthümer des zu verkaufenden Objekts, oder dessen Gläubigern, der rechtmäßige Vortheil, welchen sie durch diesen gesetzmäßig veranstalteten Weg der Veräußerung hätten erhalten können, zu Gunsten eines Dritten, welcher darauf nicht den entferntesten Anspruch zu machen hat, entzogen, und gerichtliche Handlungen, bei welchen Treue und Glauben, so wie ein grades und offenes Verfahren, mit Recht gefordert und erwartet werden können, in Gelegenheiten zu gewinnsüchtigen Spekulationen verwandelt werden. Da es inzwischen an einem positiven Verbotsgesetze gegen solche Winkelverträge bisher noch ermangelt hat, so haben Wir nöthig gefunden, darüber nachstehendes festzusetzen.

1) Alle Verträge und Verabredungen, bei welchen die Absicht zum Grunde liegt, bei gerichtlichen und andern öffentlichen Subhastationen und Auktionen, sie mögen zu den nothwendigen oder freiwilligen gehören, Kauflustige zum Vortheil eines Licitanten von der Abgebung ihres Gebots, oder von weiterem Mitbieten zurückzuhalten, es geschehe nun solches durch Bewilligung eines gewissen Abstandsgeldes, oder durch Versprechung, oder wirkliche Einräumung anderer Vortheile[36a]), werden hiermit für unerlaubt und strafbar erklärt.

2) Dergleichen Verträge können daher auch unter den Kontrahenten selbst keine rechtliche Wirkung haben[37]), und es kann keinem derselben mit einer daraus hergeleiteten Klage rechtliches Gehör verstattet werden.

---

mußte der Käufer die Behauptung besonders ausführen und zur richterlichen Entscheidung bringen. War aber der Acker nicht mit Gegenstand der Lizitation gewesen, so hatte der Käufer sich im Gegenstande geirrt, und es waren darnach die angemessenen Schritte zu thun. (4. A.) Dieses ist von dem Obertr. in dem Erk. vom 30. Juni 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 103) dahin anerkannt und angewendet worden, daß, wenn jeder Theil einen anderen Gegenstand im Sinne hatte, der Adjudikatar wegen Irrthums bei Abgebung seines Gebots in dem Gegenstande der Subhastation den Zuschlagsbescheid als nichtig anfechten könne.

Auch die Schriftform muß beobachtet werden, d. h. der Meistbietende muß das Lizitationsprotokoll unterzeichnen. Erk. des Obertr. vom 23. April 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 266 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 352). M. s. auch Anm. 55[a] zu §. 38, Tit. 52 der Proz.-O.

Das Kaufsgeschäft wird durch den Abschluß und die Vollziehung des Lizitationsprotokolls dergestalt perfekt, daß der Meistbietende, wenn vor dem Schlusse des Termins von einem der Interessenten ein berechtigter Widerspruch nicht erhoben wird, ein wohlerworbenes Recht auf den Zuschlag erhalten hat, welches ihm durch spätere Erklärungen und Widersprüche, insbesondere auch durch spätere Zurücknahme des Subhastationsantrags seitens des Extrahenten der Subhastation, nicht genommen werden kann. Vergl. A. G.O. I, 52, §§. 12, 38, 42, 58; Subhastations-Ordn. vom 4. März 1834, §. 12 u. die Anm. dazu. Erk. des Obertr. vom 25. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 135).

36) Diese Verordn. hat fortwährende Gültigkeit. R. v. 6. April 1822 (Jahrb. Bd. XIX, S. 304).

36[a]) (4. A.) Die Cession der Hypothekenforderung des zurücktretenden Kauflustigen, zu deren Deckung die Subhastation Aussicht giebt, an einen anderen Kauflustigen, und die Ausbedingung der entsprechenden Cessionsvaluta ist für einen besonderen Vortheil im Sinne des §. 1 dieser Verordnung nicht zu erachten. Erk. des Obertr. v. 24. Januar 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL, S. 152).

37) Die Frage ist: welchen Einfluß eine solche Uebereinkunft unter Bietlustigen auf den Kauf selbst hat. Nach meiner Meinung ist der Kauf anfechtbar. Man s. den Rechtsfall und die Entschei-

3) Vielmehr soll alles dasjenige, was der zurückstehende Kauflustige durch einen solchen unerlaubten Vertrag gewonnen hat, dem vorigen Eigenthümer des Objekts, bei dessen Versteigerung der Ver-

---

dung des Obertr. vom 5. Juni 1840 im Schles. Arch. Bd. V, S. 142. Eine andere Meinung erklärt den Kauf und Zuschlag für gültig, indem nur der für unerlaubt erklärte Pakt wirkungslos sein sollte. In diesem Sinne hat das Obertr. durch Pl.-Beschl. (Pr. 1026) vom 16. August 1841 den Meinungsstreit entschieden: „Die Verabredung, durch welche sich Jemand bei einer gerichtlichen oder anderen öffentlichen Subhastation oder Versteigerung von einem Anderen gegen ein Abstandsgeld versprechen läßt, ihn nicht überbieten zu wollen, giebt dem Eigenthümer der Sache oder dessen Gläubigern, zu deren Befriedigung der Verkauf veranlaßt worden, nicht das Recht, die Aufhebung des Zuschlags und die Fortsetzung des Lizitationsverfahrens zu verlangen." (Entsch. Bd. VII, S. 115.) — Die Gründe, durch welche dieser mit den allgemeinsten Grundsätzen über Verträge und Redlichkeit in Widerspruch tretende Satz gerechtfertigt werden soll, sind theils nicht richtig, theils unzutreffend und unerheblich. Das punctum saliens bleibt ganz unberührt. Dieses liegt in der besonderen Weise, auf welche das Kaufsgeschäft zum Abschlusse gebracht werden soll. Es ist ausgemacht, daß diejenige Person der Käufer, und diejenige Summe der Kaufpreis sein solle, welche sich durch ein zufälliges Ereigniß herausstellen würden. Dieses zufällige Ereigniß besteht darin, daß kein Anderer noch ein besseres Gebot thut. Bekanntlich darf keine Partei etwas unternehmen, welches darauf abzielt, daß das Ereigniß, je nach ihrem Vortheile, eintrete oder ausbleibe; sonst gilt das Gegentheil. Tit. 4, §§. 104 bis 106. Bewirkt nun der Kauflustige heimlich, daß Andere sich des Meistbietens enthalten, und bleibt er in Folge solcher Durchstechereien Bestbietender, so hat er den Konsens nicht, denn die Voraussetzung ist nicht eingetreten, vielmehr ist das Ereigniß von ihm vereitelt, der Preis ist nicht nach der Verabredung bestimmt, selbst die Person des Käufers ist nicht auf die festgesetzte Weise ausgemittelt worden, kurz, der Vertrag ist in Wahrheit auf rechtsverbindliche Weise nicht zu Stande gekommen, der äußere Schein eines vollendeten Kaufs ist von dem Käufer betrüglich veranlaßt, und deshalb ist der Verkäufer an seinen auf einer irrigen Voraussetzung (Beweggrund) beruhenden Konsens nicht gebunden. §. 149 a. a. O. — Eines und zwar, wie es scheint, des Hauptgrunds des Obertr. für jenen Satz mag noch besonders gedacht werden, weil das Obertr. in einer späteren Entsch. vom 17. April 1848 (s. die folg. Anm. 38) darauf wieder zurückkommt. Wenn nämlich, sagt es, die V. vom 14. Juli 1797 „alle Verträge, bei welchen die Absicht zum Grunde liege, Kauflustige von der Abgebung ihres Gebots oder vom weiteren Mitbieten zurückzuhalten", hiermit für unerlaubt und strafbar erkläre, so verbiete sie eine bis dahin erlaubt gewesene Handlung; wobei ein Gewicht auf das hiermit gelegt wird, um anzudeuten, daß die V. etwas ganz Neues und Anomales einführe. Das ist nicht richtig: weder erklärt die V. eine civilrechtlich erlaubt gewesene Handlung erst jetzt für unerlaubt, noch führt sie einen neuen und anomalen Rechtssatz ein. Das Neue ist bloß die Strafe, diese führt sie aber ein, weil die bedrohte Handlung schon vorher, nach den Grundsätzen der Moral und des Civilrechts, unerlaubt war. Denn sie giebt als Grund in dem Eingange ausdrücklich an, weil die mit Strafe bisher noch nicht bedrohten Winkelverträge ein „Mißbrauch", welcher „überhand nehme", seien und „sich auf einen unmoralischen und unerlaubten Eigennutz gründen". Was am 14. Juli 1797 als unerlaubt und unmoralisch erschien und deshalb mit Strafe bedroht wurde, das konnte in dem Augenblicke vorher doch nicht moralisch gut und erlaubt sein. Die turpitudo wurde nicht erst neu gemacht, sie war vielmehr der schon vorhandene Grund, eine Strafe zu bestimmen. War also, wie der Gesetzgeber sagt, die fr. Handlung schon vorher „unmoralisch" und „unerlaubt", so liegt es doch wohl auf der Hand, daß sie auch den civilrechtlichen Folgen, welche mit dem unerlaubten Eigennutze und mit unerlaubten Handlungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verknüpft sind, unterworfen ist. Dabei ist nichts Neues. (4. A.) In einem Erk. v. 17. Okt. 1859 läßt sich das Obertr. auf eine Widerlegung des hier Gesagten ein, durch dieselbe wird jedoch nichts davon widerlegt. Es heißt: „Diese Ausführung ist jedoch nicht als richtig anzuerkennen. Allerdings beabsichtigen die Extrahenten einer Subhastation durch die Lizitation möglichst hohe Kaufgebote zu erlangen, und demnächst dem Meistbietenden — den Zuschlag zu ertheilen; aber selbst derjenige, welcher beim Schlusse der Lizitation Bestbietender geblieben, erlangt dadurch noch kein wirkliches Recht auf den Zuschlag. — Noch weniger läßt sich daher, schon während des Lizitationsverfahrens, dem einzelnen Lizitanten, welcher ein Gebot gethan hat, — ein wirkliches, nur dadurch, daß kein besseres Gebot erfolge, bedingtes Recht auf den Zuschlag beilegen, dessen er dadurch, daß er Andere auf unerlaubte Art vom Bieten abhalte, und auf diese Weise die Erfüllung der Bedingung bewirke, verlustig ginge. Die daraus, daß der Lizitant ein Gebot abgegeben, entstehende — Aussicht —, den Zuschlag zu erhalten, darf mit einem bedingten Rechte — nicht verwechselt werden. Die §§. 104—106 a. a. O. passen demnach auf das — Rechtsverhältniß nicht." (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 164.) Davon paßt nicht ein Wort auf das, was ich gesagt habe; ich habe von einem bedingten Rechte des Bieters nicht gesprochen, sondern ich habe gesagt: der Konsens des Verkäufers in den Zuschlag sei durch Arglist und Täuschung, unter Anwendung unerlaubter und strafbarer Mittel, von Seiten des Bietenden herbeigeführt worden; deshalb sei der unter einer irrigen Voraussetzung gegebene Konsens als nicht gegeben, das Geschäft für nicht geschlossen zu erachten. Darauf hat das Obertr. sich nicht eingelassen, es hat darauf keine Ant-

trag vorgefallen ist, oder dessen Gläubigern, zu deren Befriedigung der gerichtliche Verkauf veranlaßt gewesen, zu gute kommen und von dem Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes, als Entschädigung wegen des dadurch entzogenen rechtmäßigen Vortheils, den sie aus einer ordentlichen Fortsetzung der Licitation zu hoffen hatten, herausgegeben werden[38]).

4) Außerdem sollen diejenigen, die sich in einen solchen Vertrag eingelassen haben, in eine fiskalische Geldstrafe, welche dem doppelten Betrage des nach §. 3 zu bestimmenden gesuchten unerlaubten Gewinnes gleichkommt[39]), verurtheilt, und von ihnen zu gleichen Theilen, allenfalls aber von jedem unter ihnen auf das Ganze beigetrieben werden.

5) Auch solche Verträge, wo mehrere sich vereinigen, ein zum öffentlichen Verkauf gestelltes Objekt durch einen unter ihnen ausgemittelten und vorgeschobenen Namensträger an sich zu bringen und es sodann zu ihrem gemeinsamen Vortheil wieder zu verkaufen, werden hiermit für unerlaubt ausdrücklich erklärt.

Es soll daraus auch unter den Interessenten selbst kein Recht entstehen und keine Klage stattfinden; vielmehr soll auch in diesem Falle den Kontrahenten der gesuchte unerlaubte Gewinn entrissen und derselbe denjenigen, welche dadurch einen zu hoffenden rechtmäßigen Vortheil verloren haben, zuerkannt, die Paziszenten auch außerdem mit gesetzmäßiger Ahndung, nach Vorschrift Unseres Strafgesetzbuchs §. 270 ohne Nachsicht belegt werden.

## §. 342. Insonderheit gehen bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen, durch den Zuschlag[40]) Eigenthum[41]), Nutzung[41a]), Gefahr und Lasten[42]) auf den Käufer[42a])

wort. — Was ich gegen den Hauptgrund des Pl.-Beschlusses, daß die Verordnung v. 14. Juli 1797 etwas Neues und Anomales eingeführt habe, gesagt, wird durch Leugnung der Richtigkeit meiner Auffassung dessen, was der Plenarbeschluß in dieser Hinsicht ausführt, widerlegt. Hierüber verweise ich, statt der Erwiderung, auf den Wortlaut der Ausführung zum Pl.-Beschl. und eine Vergleichung desselben mit meinen Bedenken dagegen.

38) Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von den Folgen unerlaubter Handlungen beschränkt sich die Schadloshaltung auf die Herausgabe desjenigen, was der zurückstehende Bietlustige durch den unerlaubten Vertrag gewonnen hat, in dem Falle nicht, wenn ein höherer Schade nachgewiesen werden kann, was freilich schwierig sein wird, weshalb eben die Bestimmung des §. 3 als eine Aushülfe für den Beschädigten anzusehen ist, ohne daß dadurch die an sich zuständigen Rechtsmittel zur Anfechtung eines solchen Handels ausgeschlossen würden. Das Obertr. hat jedoch das Gegentheil ausgesprochen in einer Entsch. v. 17. April 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 39) aus Gründen, welche mit jenen allgemeinen Grundsätzen in Widerspruch treten. S. die vor. Anm. 37 a. E. (3. A.) In Uebereinstimmung damit hat das Obertr. folgendes Pr. unter Nr. 2494, vom 16. Dez. 1853, eintragen lassen: „Aus dem Umstande, daß einem Adjudikatar nachgewiesen worden: er habe dem Verbote der V. vom 14. Juli 1797 und resp. des §. 270 des Str.G.B. vom 14. April 1851 zuwider, bei der öffentlichen Versteigerung, Kauflustige durch Versprechung oder Gewährung von Vortheilen vom Mit- oder Weiterbieten abgehalten, — kann von dem Eigenthümer des versteigerten Objekts oder den Gläubigern desselben, ein, auf die allgemeinen Vorschriften des Tit. 6, Th. I A. L.R. über die Pflichten und Rechte aus unerlaubten Handlungen, gegründeter Entschädigungsanspruch nicht hergeleitet werden; vielmehr steht den Beeinträchtigten kein weiterer Civilanspruch zu, als derjenige, welchen die V. vom 14. Juli 1797 dahin bestimmt, daß ein auf diese Art Benachtheiligter nur die Herausgabe des widerrechtlich versprochenen Vortheils von dem Inhaber desselben zu fordern befugt ist." (Entsch. Bd. XXVI, S. 246.) Das „nur" steht nicht im Gesetze. Dieses Gesetz hat nicht den Zweck, dem Verletzten sein Recht aus der Verletzung zu schmälern, sondern noch mehr zu sichern und zu bessern. Den Schaden also, den er schon ohne diese Nachhülfe würde haben nachweisen können, kann er auch jetzt noch darthun und ersetzt verlangen. — Weiter hat das Obertr. folgenden Satz als Rechtssatz aufgenommen: „Soweit ein Adjudikatar dasjenige, was er anderen Kauflustigen, gegen das Verbot der Verordnung vom 14. Juli 1797 und resp. des §. 270 des Str.G.B. vom 14. April 1851 versprochen, um dieselben vom Mit- oder Weiterbieten abzuhalten, noch nicht gegeben hat, ist er als Inhaber dieses unerlaubten Gewinns im Sinne des §. 3 der V. vom 14. Juli 1797 anzusehen. Der vorstehende Grundsatz widerspricht nicht dem Pr. v. 16. Dez. 1853, Nr. 2494, sondern ist nur eine nähere Ausführung und spezielle Anwendung desselben." Pr. 2532, vom 5. Juli 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 240).

39) Die Strafe ist jetzt anders bestimmt im §. 270 des Str.G.B.

40) D. i. die Publikation der Adjudikatoria. A. G.O. I, 52, §. 61. Vergl. Erk. des Obertr. vom 18. April 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIII, S. 150). (4. A.) Es versteht sich, daß die in dem Zuschlagsurtheile aufgenommenen Bedingungen der wirklich stattgefundenen Einigung der Interessenten entsprechen müssen. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 92).

41) Wenngleich das Eigenthum der subhastirten Sache erst durch die Adjudikatoria auf den Käu-

fer übergeht, so ist doch der Kaufkontrakt selbst, bei der nothwendigen Subhastation, mit Ablauf des ordnungsmäßig abgehaltenen Bietungstermins, wenn auf diesen der Zuschlag erfolgt ist, für geschlossen (perfekt) zu achten. Pr. des Obertr. 535, vom 28. September 1838.

(4. A.) Der Uebergang des Eigenthums durch den Zuschlag ohne Uebergabe setzt voraus, daß der Schuldner (Subhastat) selbst Eigenthum hatte; war für ihn bloß der Besitztitel ohne Uebergabe berichtigt, so wird durch die Subhastation und Adjudikation das Eigenthum des im Besitze befindlichen nicht eingetragenen Dritten nicht aufgehoben; der Adjudikatar erwirbt in diesem Falle nur das Recht, welches dem Subhastaten in Beziehung auf das Grundstück etwa zustand. Vergl. Erk. des Obertr. vom 8. Dez. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 74). Daher kann der Adjudikatar das Eigenthum des in nothwendiger Subhastation ihm zugeschlagenen Grundstücks, dessen Besitztitel im Hypothekenbuche für den Subhastaten eingetragen stand und darauf für den Adjudikatar umgeschrieben wurde, gegen einen Dritten, welcher wahrer Eigenthümer war und im Besitze geblieben ist, nicht in Anspruch nehmen, zumal wenn nicht ein Aufgebot und eine Präklusion unbekannter Realprätendenten mit der Subhastation verbunden gewesen ist. Erk. des Obertr. vom 11. Januar 1861 (Entsch. Bd. XLIV, S. 77).

41 a) (4. A.) Auch fructus civiles. Der Adjudikatar ist also schon auf Grund des Zuschlagserkenntnisses berechtigt, die während der Zeit seines Besitzes aus Pacht- und Miethsverträgen seines Vorbesitzers fällig gewordenen Pacht- oder Miethzinse für sich zu erheben, beziehungsweise einzuklagen. Erk. des Obertr. vom 4. Juli 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 193).

42) a. Unter den im §. 342 erwähnten Lasten, welche bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen, sind nicht bloß die, keiner Eintragung bedürfenden, im §. 48, Tit. I der Hyp.-O. bezeichneten, sondern, wenn nicht das Gegentheil ausbedungen ist, auch diejenigen, im §. 49 ebenda gedachten Lasten zu verstehen, welche aus besonderen Kontrakten oder sonstigen speziellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen sind. Vergl. Erk. des Obertr. vom 24. Februar 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 263).

b. Dagegen sind diese letzteren Lasten keineswegs gleich den ersteren von der Einlassung in den, über das Vermögen oder den Nachlaß des Besitzers eines zu subhastirenden Grundstücks eröffneten Konkurs- oder erbschaftlichen Liquidationsprozeß befreit, vielmehr muß auch das Recht auf solche Lasten selbst, nicht bloß der Betrag der rückständigen und laufenden Prästationen, im Konkurse und erbschaftlichen Liquidationsprozesse liquidirt werden, und unterliegt der Präklusion in allen den Fällen, wo nicht die Vorschrift des §. 21 der V. über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsprozeß vom 4. März 1834 und die V. vom 28. Dezember 1840 Anwendung finden.

Beide Sätze sind, zur Entscheidung der Zweifel und Meinungsverschiedenheiten, durch den Plenarbeschl. (Pr. 1435) des Obertr. v. 22. April 1844 angenommen worden. (Entsch. Bd. X, S. 12, 13.) Der zweite Satz (b) ist nur noch von vorübergehendem Interesse, nämlich in solchen Fällen, in welchen die V. vom 28. Dezember 1840 noch nicht zur Anwendung gebracht worden, indem zufolge derselben die Liquidation einer Realforderung als *solcher* beim Konkurse und von einer Präklusion des Realgläubigers mit dem *Realanspruche* nicht mehr vorkommt. Der Satz findet mithin im heutigen Rechte keine Anwendung mehr, und auch alte Sachen aus jener Zeit werden wohl nicht mehr vorhanden sein.

Der erste Satz ist den älteren Hypothekengläubigern nicht präjudizirlich, denn diese können das Grundstück frei von dieser jüngeren Last ausbieten lassen. — (2. A.) Dazu aber, daß der Adjudikatar von derselben befreit werde, ist nöthig, daß entweder eine derartige Verabredung im Lizitationstermine wirklich zu Stande kommt und darnach verfahren wird, oder daß über das Verlangen des Gläubigers: das Grundstück frei von dieser Last zu verkaufen, bei dem Widerspruche des Berechtigten eine Entscheidung herbeigeführt, und zu diesem Zwecke das Grundstück mit und ohne die Last ausgeboten wird, um darüber durch den Adjudikationsbescheid zu erkennen. Denn ein Adjudikationserkenntniß, in welchem davon ausgegangen ist, daß eine solche Last den Adjudikatar nur dann treffe, wenn deren Uebernahme ihm in dem Lizitationstermine ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden, verletzt den vorher gedachten Pl.-Beschl. (Pr. 1435) und kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 261 und ungedr. Entsch. v. 19. März 1851; J.M.Bl. 1853, S. 116.)

Das Zuschlagserkenntniß kann aber, wenn bei Abfassung desselben gegen diese Regeln gefehlt worden, immer nur von dem als nichtig angefochten werden, welcher dadurch verletzt worden ist. Hat daher der Subhastationsrichter ein Grundstück, auf welchem ein Ausgedinge und theils früher theils später eingetragene Hypotheken haften, ohne nähere Bestimmung wegen des Auszuges ausgeboten, und demnächst ohne ausdrückliche Befreiung des Adjudikatars von der Uebernahme des Ausgedinges zugeschlagen, so kann, wenngleich das Verfahren ein unrichtiges ist, das Zuschlagserkenntniß von dem Auszugsberechtigten nicht als nichtig angefochten werden. Denn aus dem Zuschlagserkenntnisse folgt alsdann nicht, daß der Adjudikatar von der Verpflichtung, das Ausgedinge zu prästiren, frei geworden ist. Aus dem Pr. 1435 folgt vielmehr das Gegentheil, der Berechtigte kann daher nicht behaupten, daß zu *seinem* Nachtheile der §. 342 d. T. und das Pr. verletzt worden. Er ist zwar der möglichen Gefahr ausgesetzt, daß in dem gegen den Adjudikatar anzustellenden Prozesse der künftige Rich-

ter ihm das Ausgedinge abspricht. Aber erst wenn dies geschehen, kann er eine ihm zugefügte Verletzung durch Nichtanwendung des §. 342 und des Pr. 1435 behaupten. (Entsch. vom 11. Februar 1853, J.M.Bl. 1853, S. 116.)

Bleiben die älteren Gläubiger im Lizitationstermine aus, und wird deshalb, weil Niemand ihre Rechte wahrnimmt, die jüngere Last mit übernommen, folglich weniger geboten; so haben sie darum ihr Recht nicht verloren, sondern können sich aus dem Werthe der ihnen nachstehenden Reallast bezahlt machen.

Unter den zu a gedachten Reallasten werden jedoch solche verstanden, welche beständig fortdauern (onera perpetua) und deshalb von dem Ertrage bei Anschlägen abgezogen werden. Es gehören mithin nicht dazu solche jährliche Prästationen, welche nur eine Zeit lang dauern, ausgenommen Altentheile und Auszug, welche auf den Adjudikatar übergehen, wenngleich sie in der Subhastationstaxe nicht veranschlagt worden sind. Vergl. Erk. des Obertr. vom 22. September 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 323). Ist darüber: ob das auf dem subhastirten Grundstücke haftende Altentheil von dem Käufer zu übernehmen sei, oder nicht, in den Kaufbedingungen und demzufolge in dem Zuschlagsbescheide nichts festgestellt; so ist über den Streit im gewöhnlichen Verfahren besonders zu entscheiden. Erk. des Obertr. vom 11. Febr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 305). (3. A.) Auch ein eingetragenes (oder dem Käufer bekanntes) Wohnungsrecht ist dafür zu halten und gehört nicht zu denjenigen Forderungen (es ist gar keine Forderung), deren Löschung der Adjudikatar bei einer nothwendigen Subhastation nach Belegung der Kaufgelder fordern kann. Dieser in einem Erk. des Obertr. vom 25. Januar 1840 ausgesprochene Satz hat folgenden Pl.-Beschl. vom 15. Mai 1854 veranlaßt: „Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Wohnungsrecht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, nichts desto weniger neben dem Kaufgelde übernehmen." (J.M.Bl. S. 288 und Entsch. Bd. XXVIII, S. 29.) M. vgl. jedoch oben, Anm. 25a zu §. 183 d. T. — Ein fernerer Pl.-Beschl. (Pr. 2593) vom 8. Januar 1855 dehnt den Grundsatz sogar auf den ganzen Altentheil aus, indem das Plenum durch Mehrheit den Satz angenommen hat: „Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Altentheil nicht bloß in sofern, als es in Wohnung, sondern auch in soweit, als es in Nießbrauch und in wiederkehrenden Geld- und Naturalleistungen besteht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, neben dem Kaufgelde übernehmen." (J.M.Bl. 1855, S. 54 und Entsch. Bd. XXIX, S. 301.) Unter den mancherlei vorgebrachten Gründen ist nur der eine überzeugungskräftig, welcher aus der Natur des Altentheils als eines Vorbehalts entnommen ist. „Das — Altentheil sei ein Reservat, welches der Abtretende sich vorbehalte, das er also dem Abnehmer nicht mit überlassen habe." (S. 58 a. a. O.) Diesen Gedanken habe ich bereits im Recht der Forderungen Bd. III, S. 715 ausgedrückt und im Schles. Arch. Bd. II, S. 46 und Bd. V, S. 61 weiter ausgeführt und begründet (im jüngeren Privatrechte §. 351 und §. 688, Nr. II, 1 ist die Bezeichnung des Auszugs, als eines Forderungsrechts ohne weitere Begründung, ein Redaktionsfehler), um dadurch die Landemialfreiheit des Altentheils wissenschaftlich nachzuweisen. So aufgefaßt kommt der Altentheil gar nicht mit zur Subhastation, weil er Etwas ist, das sich nicht im Rechte und nicht im Besitze des Subhastaten befindet; er ist ein ideeller, sich nach und nach bis zum Erlöschen von selbst vermindernder Abspliß des Grundstücks und muß folglich neben demselben fortbestehen, wenn auch dasselbe durch Zwangsverkauf an einen Dritten kommt: der Zwangsverkauf vermag denselben nicht mit zu treffen. Zwar könnte man sagen, diese Auffassung vermöge doch nur die reservirten Theile des Grundstücks (Gebrauchs- und Nutzungsrechte und Zuwüchse), nicht aber die Leistungen, wie Dienste und Geldabgaben, als untreffbar darzustellen. Allein wenn das Ganze als ein Reservat aufgefaßt wird, so hat man für die Leistungen und Abgaben eben denselben juristischen Boden, auf welchem die beständigen Reallasten, welche auch im Thun und Leisten bestehen, sich befinden. S. jedoch unten, Anm. 39 zu §. 602 d. T., wo nachgewiesen ist, daß das eigentliche Altentheil zu den Rechtsalterthümern gehört.

(4. A.) In Frage ist gekommen, ob der Verjährungsbesitz an Grundgerechtigkeiten durch den Verkauf des dienenden Grundstücks im Wege der nothwendigen Subhastation unterbrochen werde. Die Frage ist durch alle Instanzen verneint worden. Die Entscheidung ist ganz richtig, die Gründe des Obertr. könnten jedoch mit gleicher Beweiskraft auch für die entgegengesetzte Entscheidung gebraucht werden. Erk. v. 21. Juni 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 105). Die Frage ist eine Folge der Verdunkelung des wahren Rechtsverhältnisses bei Subhastationen durch das preußische Verfahren. Diesem Verfahren mangelt das Erforderniß der vorgängigen Besitznehmung des zu subhastirenden Gegenstandes. Die Subhastation ist ein Verkauf und der Verkäufer kann nicht übergeben (tradiren), was er nicht hat, was in dem Besitze eines Dritten ist. Deshalb kann auch die Adjudikation, die nur ein Surrogat der Tradition, hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen ist, einen quantitativen oder qualitativen Theil des adjudizirten Grundstücks, der im Besitze eines Dritten sich befindet, nicht auf den Käufer übertragen. Das ist der einzige aber auch zureichende Rechtsgrund, warum der dritte Besitzer seinen Besitz durch die ihn nichts angehende Subhastation nicht verlieren kann; nur eine vorhergegangene Vindikation oder Nega-

über, wenn gleich selbiger die erstandene Sache noch nicht in Empfang genommen hat[42b]).

§. 343. Die nach §. 58 aus dem Mißverhältnisse des Werths der Sache zu dem bedungenen Kaufpreise für den Käufer entstehende Vermuthung eines den Kauf entkräftenden Irrthums, kommt demjenigen, der eine Sache bei einem gerichtlichen[43]) nothwendigen oder freiwilligen Verkaufe erstanden hat, nicht zu Statten.

§. 344. In Ansehung der Gewährsleistung[44]) ist ein gerichtlicher nothwendiger Verkauf einem Verkaufe in Pausch und Bogen gleich zu achten. (§. 213.)

§. 345. Die Zahlung der Kaufgelder muß bei einem jeden gerichtlichen Verkaufe allemal, wenn nicht ein Anderes vorbedungen ist, an dem Orte geschehen, wo der Zuschlag erfolgt ist.

§. 346. Bei einem jeden gerichtlichen nothwendigen Verkaufe muß der Käufer[45]) sich gefallen lassen, daß, wenn er die Bezahlung der Kaufgelder zu der festgesetzten Zeit nicht leistet, die Sache zurückgenommen, und auf seine Gefahr und Kosten anderweitig zum gerichtlichen Verkaufe ausgestellt werde[46]).

§. 347. Ein gerichtlicher nothwendiger Verkauf kann wegen begangener Verabsäumung wesentlicher, in den Gesetzen vorgeschriebener Förmlichkeiten widerrufen werden.

---

torienklage der Subhastationsinteressenten würde ihm den Besitz haben entziehen können, wenn die Klage durchführbar gewesen wäre; der Ersteher aber erwirbt als solcher gar kein Recht gegen den dritten Besitzer; er erwirbt nicht mehr als der Subhastat zu übergeben vermochte.

42a) (4. A.) Die Frage: ob bei Auktionen der Ersteher im eigenen Namen oder im Auftrage eines Andern geboten und den Zuschlag erhalten hat, kann nicht allein nach dem Inhalte des Auktionsprotokolls entschieden werden; andere Beweismittel, welche für die eine oder die andere Alternative beigebracht werden, sind nicht ausgeschlossen. Ist der Bieter als Beauftragter im Namen eines Anderen aufgetreten, so wird durch den ihm ertheilten Zuschlag das Eigenthum unmittelbar auf den Machtgeber übertragen. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 2. Oktbr. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 19); Erk. dess. v. 7. Dez. 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 281).

42b) (5. A.) Dem Zuschlagsbescheide ist die Wirkung eines Judikats beizulegen, und der Adjudikatar, welcher durch den Zuschlag zugleich Eigenthümer geworden, ist in seinem Rechte zu schützen, wenn auch ein Grundstück irrthümlich zur Taxe gezogen sein sollte. Erk. dess. vom 27. Nov. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 156). Die Subhastations-Interessenten sind jedoch befugt, eine Suspensivbedingung zur Erlangung des Eigenthums aufzustellen. Erk. dess. vom 8. Juni 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 198).

43) Wohl also bei außergerichtlichen Versteigerungen: diese bleiben Privatverkäufe.

44) Nur in Ansehung der Gewährleistung im Sinne des §. 213 d. T. ist die nothwendige Subhastation dem Verkaufe in Pausch und Bogen gleichgesetzt; dagegen finden die Vorschriften über die Gefahr der Sache bei Verkäufen in Pausch und Bogen ex §§. 117—120 d. T. bei der Subhastation eben so wenig Anwendung, als die über den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer; vielmehr entscheidet über beiderlei Beziehungen rücksichts der nothwendigen Subhastationen nur allein der §. 342. Pr. des Obertr. 536, v. 28. Septr. 1838.

(4. A.) Wird darüber gestritten, was bei einem in nothwendiger Subhastation verkauften Grundstücke als Pertinenzstück anzusehen sei, so ist die thatsächliche Vorfrage die: wie dasselbe ausgeboten und demnächst zugeschlagen worden. Ist es in Pausch und Bogen verkauft worden, so ist Alles, was dabei vorhanden und nach §§. 83 und 84 als Zubehör anzusehen ist, für mit verkauft zu erachten und es kann nur in Frage kommen: ob davon etwas entfernt worden ist und zurückgebracht (gewährt) werden soll, oder ob etwas von dem Vorhandenen als nicht zum Grundstücke gehörig seitens des Erstehers herausgegeben werden soll. Beide Fragen sind nach den Bestimmungen, der §. 83, 84 zu entscheiden. (5. A.) Damit ist das Obertr. einverstanden. Dass. hat erkannt, daß bei dem Verkaufe in Pausch und Bogen, namentlich in nothwendiger Subhastation, die Gutsvorräthe und Früchte, welche sich zur Zeit des geschlossenen Kaufes (d. i. am Tage der Licitation) auf dem Grundstücke befanden und nicht ausgeschlossen sind, dem Käufer und Adjudikatar gehören. Erk. vom 10. Mai 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 88).

45) Auch der dritte Besitzer, wenn das subhastirte Grundstück noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragen ist. S. Pr. 1949b oben in der Anm. 6 zu §. 8. Tit. 10.

46) Vergl. §. 59 der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869.

Stundung des Kaufgeldes, ohne förmliche Uebernahme eingetragener Hypotheken, entzieht den Gläubigern nicht das Recht auf Resubhastation.

§. 348. Für eine solche Verabsäumung wesentlicher Förmlichkeiten ist bei Subhastationen nur zu achten. (Was folgt ist aufgehoben durch die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §. 116 (G.S. S. 421). Aus derselben treten an die Stelle des §. 348 die folgenden Bestimmungen):

§. 27. Beantragt ein Interessent (§. 14), dessen Rechte durch den Zuschlag berührt werden, die Ansetzung eines neuen Versteigerungstermins, so ist dem Antrage stattzugeben, wenn der Interessent sich verpflichtet, für das Meistgebot, sowie für allen aus der Verzögerung des Zuschlags entstehenden Nachtheil und die Kosten zu haften, auch für den zehnten Theil des Meistgebots nach den Bestimmungen des §. 23, Absatz I Sicherheit leistet.

Diese Vorschriften gelten auch in Bezug auf die als eingetragene Gläubiger bei der Subhastation betheiligten Kredit-Systeme. — Die Befugniß derselben, unter anderen Voraussetzungen der Ertheilung des Zuschlages zu widersprechen, tritt außer Kraft.

Von der Sicherheitsleistung sind der Fiskus und die gegenwärtig bestehenden landschaftlichen Kreditinstitute befreit.

§. 28. Wenn sämmtliche Interessenten, deren Rechte durch den Zuschlag berührt werden, im Versteigerungstermine anwesend sind, der Ertheilung des Zuschlages widersprechen und die Ansetzung eines neuen Termins beantragen, so ist diesem Antrage stattzugeben.

§. 39. Außer den Fällen der §§. 27 und 28 ist der Zuschlag zu versagen[47]:

1) wenn das zur Subhastation gestellte Grundstück dem freien Verkehr entzogen ist, oder wenn sich das Meistgebot auf ein anderes Grundstück bezieht;
2) wenn dem Meistbietenden die Fähigkeit zum Abschlusse eines Kaufvertrags oder zum Erwerbe des Grundstücks mangelt, oder das Meistgebot durch einen auch nachträglich nicht legitimirten Vertreter im Namen des Meistbietenden abgegeben ist;
3) wenn das Meistgebot unter anderen, als den gesetzlichen, oder den von allen Interessenten zugelassenen (§. 20) Bedingungen erfolgt ist;
4) wenn die Forderung, wegen deren die Subhastation eingeleitet worden ist, mittelst derselben nicht beigetrieben werden darf;
5) wenn der Subhastationsantrag unter den Voraussetzungen des §. 32 zurückgenommen oder der Schuldner der Vorschrift des §. 33 nachgekommen ist, und der Subhastationsrichter nicht bereits das Verfahren eingestellt hat;
6) wenn der Prozeßrichter dem Subhastationsrichter die im §. 35 gedachte Benachrichtigung hat zugehen lassen oder das im §. 36 erwähnte Ersuchen an ihn gestellt

47) „Der dem §. 39 entsprechende §. 42 des Entwurfs begann mit den Worten: „Die Ertheilung des Zuschlages darf nur versagt werden" und reihte hieran 13 verschiedene Versagungsgründe. Damit war es unzweifelhaft ausgedrückt, daß es andere Versagungsgründe nicht gebe und der Zuschlag wegen sonstiger Unregelmäßigkeit oder Nichtbeobachtung der gesetzlichen Bestimmungen nicht verweigert werden dürfe. Wenn der §. 39 die Aufzählung der Versagungsgründe mit den Worten: „Außer den Fällen der §§. 27 und 28 ist der Zuschlag zu versagen", einleitet, so könnte es scheinen, als sei der bezeichnete Standpunkt des Entwurfs aufgegeben und die Berücksichtigung noch anderer Versagungsgründe, als der im §. 39 benannten, statthaft. Diese Auffassung würde indeß eine irrige sein. Denn nicht bloß heißt es in dem mehrerwähnten Kommissionsbericht (S. 29 zu §. 39) unter I: „Die Kommission trat der Auffassung der Regierungsvorlage bei, daß eine Spezialisirung der Zuschlags-Versagungsgründe erforderlich sei, sowohl um das Meistgebot und den Zuschlag möglichst präzis gegen Anfechtung zu schützen, als weil es zweckmäßig erscheine, die Versagungsgründe zugleich als ausschließliche Beschwerdegründe für die gegen das Zuschlags- oder Versagungs-Erkenntniß statthafte Beschwerde gelten zu lassen", — vergl. §. 49 — sondern der §. 48 giebt auch die Beschwerde an das Appellationsgericht ausdrücklich für den Fall, daß der Zuschlag aus einem anderen Grunde, als den in der Subhastations-Ordnung angegebenen Versagungsgründen, verweigert worden ist." (J.M.Bl. v. 1869, im nichtamtlichen Theil, S. 66, Nr. 7.) Hiernach und da die Handlungs- und Willensfähigkeit schon unter Nr. 3 berücksichtigt worden ist, hat die Meinung, daß aus materiellen Gründen die Anfechtung eines öffentlichen Zwangsverkaufs mittelst einer besonderen Klage zulässig sei, weiter keinen Halt.

hat, oder der Subhastationsrichter die Sicherung des Verfahrens in den Fällen der §§. 35 und 36 beschlossen hat und die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme desselben noch nicht eingetreten sind;

7) wenn das im §. 13, Nr. 7 vorgeschriebene Aufgebot nicht stattgehabt hat;

8) wenn eine der im Gesetze vorgeschriebenen Arten der Bekanntmachung des Versteigerungstermins nicht stattgehabt hat, wobei es jedoch bei einem Aushange nicht darauf ankommt, wie lange derselbe angeheftet gewesen ist;

9) wenn die Frist zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Patents im Regierungs-Amtsblatte erfolgte, und dem Versteigerungstermine um mehr als eine Woche kürzer ist, als die geringste gesetzliche Subhastationsfrist;

10) wenn ein Interessent (§. 14), dessen Rechte durch Ertheilung des Zuschlages beeinträchtigt werden würden, zum Versteigerungstermine nicht gehörig geladen worden ist (§§. 18, 19);

11) wenn der Schuldner von dem Beitritte eines Gläubigers zur Subhastation nicht gemäß §. 19 benachrichtigt worden ist und die Subhastation nur wegen der Forderung dieses Gläubigers fortgesetzt wird;

12) wenn den Bestimmungen im ersten Satze des §. 25 nicht genügt ist[48]).

Anh. §. 15. Aufgehoben durch dieselbe Subhastations-Ordnung a. a. O.

§. 349. Einer gerichtlichen nothwendigen Auktion[56]) ermangelt es nur an der wesentlichen Form:

1) wenn der Termin zur Auktion gar nicht öffentlich bekannt gemacht worden;

2) wenn die Sache ohne ausdrückliche Genehmigung sämmtlicher Interessenten dem Auktionskommissarius oder Ausrufer zugeschlagen worden (§. 21);

3) wenn Sachen, die nach den Gesetzen subhastirt werden sollen, nur durch Auktion verkauft worden sind.

§. 350. Aber auch wegen solcher wesentlicher Mängel kann nur der verkaufende Theil, oder wer sonst bei der Sache ein rechtsgegründetes Interesse hat, niemals aber der Käufer, die Widerrufung des Zuschlags verlangen.

§. 351. Fällt weg[57]).

---

48) Diese Bestimmung lautet: „Die Versteigerung darf nicht vor Ablauf einer Stunde seit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten (§. 21) und falls mehrere Bieter aufgetreten sind, nicht eher geschlossen werden, als bis sich ein Meistbietender ergeben hat."

56) (4. A.) Unten, Anm. 61 b zu §. 360 d. T.

57) Das Verhältniß dieser Vorschrift, nach welcher der Antrag auf Widerrufung des Zuschlags, bei Verlust des Rechts, innerhalb Jahr und Tag nach erfolgtem Zuschlage, bei der vorgesetzten Behörde desjenigen Gerichts, von welchem der Zuschlag geschehen war, angebracht werden mußte, — zur V. v. 14. Dezbr. 1834, §. 27, war vor der Deklaration v. 6. April 1839 nicht ganz klar. Vor Erscheinung dieser V. gab es die Nullitätsklage, über welche der Tit. 16 der Pr.O. handelt, und die im §. 347 d. T. gestattete Klage auf Widerruf des Zuschlags wegen verabsäumter Förmlichkeiten. An die Stelle der Nullitätsklage aus Nr. 2, §. 2, Tit. 16 der Pr.O. tritt die Nichtigkeitsbeschwerde. Es waren nur zwei Fragen, nämlich: ob die Nullitätsklage auf Grund der Nummern 1, 3, 4 und 5, §. 2 das. gegen eine Adjudikatoria zulässig? Das Obertr. hat diese Frage verneint durch das Pr. 65 (s. o. Anm. 48 zu §. 348). Der Gesetzgeber habe augenscheinlich die Gültigkeit des Zuschlagsbescheides lediglich von der Beobachtung der Formlichkeiten abhängig machen wollen. Wenn diese beobachtet seien, werde derjenige, welcher in gutem Glauben gekauft habe, bei seinem Eigenthume geschützt, ähnlich dem Dritten, der auf den Glauben des Hypothekenbuches seine Rechte erworben habe. Sei Jemand dabei durch die Hinterlist eines Interessenten, oder durch Fehler, welche der Richter begangen, gekränkt, so könne er sich nur an denjenigen halten, welcher an der Rechtsverletzung Schuld sei. (Entsch. Bd. II, S. 225.) In Uebereinstimmung hiermit sagt das Obertr. in den Gründen des Pr. 2274, vom 14. Februar 1851: die Nichtigkeitsbeschwerde ist dazu bestimmt, beide Klagen, (die Nullitätsklage und die Klage auf Widerruf des Zuschlags), welche — die erstere für gewisse Fälle — wegfallen sollen, zu ersetzen. §. 27 der V. vom 14. Dezember 1834, Art. 2 der Dekl. vom 6. April 1839 (Entsch. Bd. XX, S. 112). Die Ansicht ist einseitig; sie geht nur von der Anfechtung seitens des

2. Dekl. vom 6. April 1839. (G.S. S. 127.)

Art. 2. c. Jedem dritten Subhastationsinteressenten (außer dem Bieter und Adjudikatar) steht sowohl wegen der in der V. v. 14. Dezember 1833 und in der gegenwärtigen Deklaration aufgestellten Nichtigkeitsgründe, als auch wegen solcher Mängel des Verfahrens, die nach den Bestimmungen des §. 347 und folgende Tit. 11, Th. I des A. L.R. und §. 4 der Verordn. v. 2. Dezember 1837 für eine Versäumung wesentlicher Förmlichkeiten zu achten sind, die Nichtigkeitsbeschwerde zu. Die bisher nach §. 351 zulässig gewesene Klage auf Widerruf des Zuschlages fällt dagegen hinweg.

§. 352. Bei Sachen, die nur durch Auktion verkauft werden dürfen, muß der Widerruf binnen Sechs Wochen nach dem Zuschlage erfolgen[58]).

§. 353. Wird der Zuschlag wieder aufgehoben, so muß dem Käufer das gezahlte Kaufgeld wieder zurückgegeben werden: und er wird nicht nur wegen der Verbesserungen und Verschlimmerungen, sondern auch wegen der Erhaltungskosten und Nutzungen als ein redlicher[59]) Besitzer behandelt.

§. 354. Wegen der Verzinsung des noch nicht erlegten Kaufgeldes findet die Vorschrift §. 292 Anwendung[60]).

§. 355. Der Richter, welcher den Verstoß begangen hat, bleibt wegen Schaden und Kosten den Interessenten verantwortlich.

§. 356. Das Recht des Dritten, an welchen die Sache von dem, der sie als Meistbietender erstanden hatte, gelangt ist, kann nur alsdann[61]) angefochten werden, wenn er überführt werden kann, den vorgefallenen Fehler zur Zeit der Ansichbringung gewußt zu haben.

§. 357. Wegen Verabsäumung anderer Förmlichkeiten findet, nach einmal geschehenem Zuschlage, die Wiederaufhebung desselben weder von einer noch von der andern Seite statt.

---

Verkäufers aus, als wenn nicht auch der Käufer ein Recht dazu haben könnte. S. oben die Anmerk. 48 zu §. 348.

Die andere Frage betraf die Anwendbarkeit der Klage auf Widerruf des Zuschlags aus §. 347 ff. d. T., für welche der wegfallende §. 351 Zeit und Forum bestimmte, noch neben der Nichtigkeitsbeschwerde. Nach einer Meinung konnte gegen Adjudikationsbescheide die Nichtigkeitsbeschwerde nur aus den in der V. vom 14. Dezember 1833 angegebenen Gründen erhoben werden; die Klage auf Widerrufung des Zuschlags wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten nach §. 347 ff. d. T. sollte unabhängig von der Nichtigkeitsbeschwerde bestehen und nur im Wege des ordentlichen, auf Annullirung des Adjudikationserkenntnisses gerichteten Prozesses geltend gemacht werden. Löwenberg, Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde, S. 71, Note*. Dieser Zweifel ist durch den §. 2, lit. c der Deklaration vom 6. April 1839 (Zus. 2) beseitigt; es giebt dieserhalb jetzt kein anderes Angriffsmittel gegen eine Adjudikatoria als die Nichtigkeitsbeschwerde.

58) Dieser Widerruf ist im Wege des ordentlichen Prozesses geltend zu machen; die Klage ist wesentlich die rei vindicatio, beruhend auf der Behauptung, daß der Zuschlag nichtig.

59) Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlags begründet für den Adjudikatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers. Derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten. Pr. des Obertr. 2274, vom 14. Februar 1851 (Entsch. Bd. X, S. 106).

60) Bei nothwendigeu Subhastationen ist in allen Fällen anzunehmen, daß der Käufer Sache und Kaufgeld wider den Willen der Subhastationsinteressenten nutze, wenn und in soweit er im Kaufgelderbelegungstermine nicht Zahlung leistet, obgleich dieserhalb im Lizitationsprotokolle uud folglich im Adjudikationsbescheide nichts enthalten ist. Die Summe aber, welche er bei der Lizitation als Kaution in baarem Gelde erlegt, mit der Erklärung, daß dieselbe im Falle des Zuschlages auf das Kaufgeld angenommen werden solle, muß von der zu verzinsenden Kaufgeldersumme abgerechnet werden. Ist über die Verwendung der Kaution nichts bestimmt, so wird sie nicht abgerechnet, d. h. der Zinsenlauf beginnt vom Tage des Zuschlages von der ganzen Summe.

61) Diese Satzung steht im Widerspruche mit den Grundsätzen über die Verfolgung des Eigenthums. Der Adjudikatar hatte, weil sein Titel nichtig war, kein Eigenthum, folglich konnte er Eigenthum auch nicht auf einen Dritten übertragen. Nach den Grundsätzen des A. L.R. über Redlichkeit (bona fides) hat diese nur auf die Gegenforderungen des redlichen Besitzers Einfluß, sie vermag aber nicht Eigenthum zu verschaffen.

§. 358. Vielmehr wird die dem Richter dabei zur Last fallende Vernachlässigung an ihm verhältnißmäßig geahndet; und er haftet den Interessenten für allen daraus erweislich entstandenen Schaden.

§. 359. Wird aber der Mangel vor erfolgtem Zuschlage gerügt, so muß demselben, auf Kosten desjenigen, welcher Ursache daran ist, abgeholfen werden[61a]).

§. 360. Bei freiwilligen gerichtlichen Verkäufen sind die Rechte und Pflichten der Interessenten unter sich, nach den von ihnen getroffenen Verabredungen, lediglich zu beurtheilen[61b]).

§. 361. Aufgehoben[62]).

§. 362. Im übrigen gelten, auch wegen Wiederaufhebung des Zuschlags[63]), nur die bei Privatkäufen ertheilten gesetzlichen Vorschriften.

## Zweiter Abschnitt.

### Vom Tauschvertrage[1]).

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 1070. Dazu Glück, Erläuterung, Th. XVIII, S. 112 flg. Sintenis, gemeines praktisches Civilrecht, §. 115, Bd. II, S. 590 flg. Heimbach, Tausch (permutatio), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. X. S. 709. — Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 115 flg. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg., Bd. III, §. 352 u. 353.

§. 363. Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch ein Kontrahent gegen den Andern

---

61a) (4. A.) Der Richter, welcher bei Leitung einer nothwendigen Subhastatiou ein Versehen begangen hat, muß, wenn dieses vor dem Zuschlage bemerkt und gehoben worden ist, nicht nur prinzipaliter die hierdurch entstandenen Kosten tragen, sondern er kann noch außerdem, gemäß §. 355, wegen Entschädigung des Interessenten in Anspruch genommen werden. Das Obertr. hat jedoch den Entschädigungsanspruch einem solchen Interessenten, welcher nicht Extrahent oder Adhärent der Subhastation war, abgesprochen, weil derselbe ein Recht, Befriedigung zu verlangen, nicht eher erworben habe, als bis das Grundstück wirklich zugeschlagen worden, und er sich daher gefallen lassen müsse, wenn das Subhastationsverfahren einen Gang nehme, der, dem Gesetze gemäß, seine Erwartung, bei der Vertheilung des Kaufgeldes befriedigt zu werden, nicht erfülle. Erk. vom 11. Juli 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 93, 101). Das ist so fein gewoben, daß sich die logischen Fäden der Wahrnehmung entziehen. Sichtbar bleibt nur, daß das Pfandstück, welches nach der ersten Lizitation den Gläubiger mehr als hinreichend deckte, in Folge des Versehens des Richters verschleudert werden mußte, weil sich unter der Zeit, während welcher der Formfehler verbessert wurde, die Konjunktur verschlechtert hatte und deshalb der Gläubiger wegen des späteren Mindergebots ausfiel. „Daher" — so sagt das Obertr. — „wendet Verklagter mit Recht ein, daß er durch das ihm zur Last gelegte Versehen den Kläger nicht beschädigt habe." (!) (S. 102.) Darauf antwortet der Thatbestand: Ohne das Versehen wäre der Kläger nicht ohne Bezahlung um sein Pfand gebracht worden.

61b) (4. A.) Die freiwillige Auktion ebenso wie die nothwendige schließt ein Kaufkontraktsverhältniß zwischen demjenigen, der die Sache zur Auktion gebracht hat, und dem Ersteher in sich; auch ein solcher Kauf unterliegt hinsichtlich dieser Parteien den allgemeinen Regeln der Kaufverträge, und das rechtliche Verhältniß des Auktionators ist nach den Regeln von Vollmachtsverträgen zu beurtheilen, wenngleich der Auktionator das del credere übernommen hat. Vergl. Erk. des Obertr. v. 21. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 299).

62) S. V. v. 6. April 1839, betreffend das Verfahren bei freiwilligen Subhastationen, §. 2. (G.S. S. 125 und Zus. zu §. 66, Tit. 52 der Proz.-O.) — Der §. 361 schrieb vor, daß das Adjudikationserkenntniß bei solchen Subhastationen die Stelle des Kontrakts vertrete. Nach der angeführten V. vom 6. April 1839, §. 2 aber wird in solchen Subhastationen eine Adjudikatoria nicht mehr abgefaßt.

63) Des Kontrakts. Die freiwilligen Lizitationen stehen den Privatverhandlungen und den daraus hervorgehenden Käufen ganz gleich.

1) Der Tausch gehörte nach R. R. bekanntlich zu den ungenannten Realkontrakten und wurde deshalb erst durch wirkliche Leistung klagbar, wenn nicht eine Stipulation damit verbunden worden war. Nach G. R. hat das nudum pactum die Kraft der Stipulation, in Folge dessen der Tausch in die Kategorie der Konsensualkontrakte tritt. Die Verf. des A. L.R. durften daher nur die von der Praxis angenommenen Grundsätze des G. R. aufnehmen, um den Tausch dem Kaufe so nahe wie möglich zu bringen. Sie hätten noch einen Schritt weiter gehen und den Tausch, dessen wesentliche Eigenthüm-

zur Abtretung des Eigenthums einer Sache, gegen Unterlassung einer andern[2]) sich verpflichtet.

§. 364. Bei dem Tausche ist jeder Kontrahent, in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer, und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten[3]).

§. 365. Unter eben den Umständen, wo ein Käufer, wegen des Mißverhältnisses zwischen dem Werthe der Sache, und dem dafür erlegten Kaufgelde, von dem Kaufe wieder abgehen kann, ist beim Tausche jeder der Kontrahenten, wegen eines solchen Mißverhältnisses zwischen der empfangenen und der dafür gegebenen Sache dazu berechtigt.

§. 366. In einem solchen Falle muß der Werth beider gegen einander vertauschten Sachen durch vereidete Sachverständige ausgemittelt werden.

§. 367. Sind fremde Sachen vertauscht worden, so finden die Vorschriften §. 154 sqq. ebenfalls Anwendung.

§. 368. Doch muß der Geber der fremden Sache, in sofern er überhaupt zur Vertretung verpflichtet ist, dem Empfänger, welchem diese Sache ganz entzogen worden, die von ihm dafür erhaltene Sache zurückgeben[4]).

§. 369. Hat sich aber der Geber der fremden Sache eines Betrugs schuldig gemacht, so hat der Empfänger die Wahl: ob er seine vertauschte Sache zurücknehmen, oder von dem Geber, wegen des aus der Entziehung der eingetauschten Sache erwachsenen Schadens und entgangenen Gewinns, vollständige Genugthuung fordern wolle[5]).

§. 370. Ist einem der Kontrahenten nur ein Theil[6]) der eingetauschten Sache

---

lichkeit nur noch darin besteht, daß Sache gegen Sache gegeben wird, ganz nach den Grundsätzen des Kaufs behandeln können, wozu die Bestimmung des §. 364, daß jeder Theil in Ansehung der ihm gegebenen Sache als Käufer, und rücksichts der dafür gegebenen als Verkäufer anzusehen, genügt hätte.

2) Genau gesprochen im Sinne des A. L.R. müßte es heißen: „gegen Ueberlassung des Eigenthums einer anderen". Das ist auch gemeint. (4. A.) Der eigentliche Gegenstand der Verabredung ist das wechselseitige Geben einer Sache, also keine Handlung (kein facere) im juristischen Sinne. Das Obertr. sagt in einem Erk. vom 22. Mai 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 30): bei Lieferungsverträgen sei die Handlung des Verschaffens der Sache, bei Tauschverträgen hingegen sei der zu bewirkende Umtausch der eigentliche Gegenstand der Verabredung. Diese Unterscheidung ist ein Fehlgriff: der Tauschvertrag hat gar kein Handeln (facere, leisten) sondern ein dare (geben) (§. 123, Tit. 2) zum Gegenstande. Der Lieferungsvertrag hingegen ist ein Vertrag über ein bestimmtes Handeln (leisten, facere). §. 981 d. T. und §. 123, Tit. 2.

Ist die Leistung oder die Gegenleistung aus Sachen und baarem Gelde gemischt, so muß das Geschäft als Tausch behandelt werden. Die Redaktoren haben die Frage absichtlich unentschieden gelassen, weil nach Suarez' Aeußerung, von Entscheidung dieser Frage kein praktischer Nutzen abzusehen sei. (Ges.-Rev. Pens. XIV, Motive zu Tit. 11, §. 63.) Dann hätten sie aber zwischen Kauf und Tausch überhaupt nicht unterscheiden müssen. S. die vor. Anm. 1.

3) Dieser §. wäre ganz allein hinlänglich gewesen für den Tausch. Vergl. die Anm. 1.

4) S. die folg. Anm. 5.

5) Die Bestimmungen, welche in den §§. 368 und 369 gegeben werden, passen nicht zur Theorie des A. L.R. vom Tausche; sie gehören einer bestrittenen Meinung über das R. R. an. Einige hielten nämlich dafür, daß in dem Falle, wo eine fremde Sache gegeben worden, das Geschäft nichtig sei und daher niemals die Kontraktsklage (actio praescriptis verbis), sondern die condictio causa data oder, wenn wissentlich die fremde Sache gegeben worden, auch die actio doli stattfinde, weil sonst der Unterschied zwischen Tausch und Kauf ganz aufhören würde, ein Unterschied, der eben darin bestehe, daß Kauf auch über eine fremde Sache gültig geschlossen werden könne, der Tausch aber nicht. Dieser Grundsatz galt vom Tausche nach R. R., so lange der Tausch ein Realkontrakt war; denn wer eine fremde Sache gab, hatte nicht gehörig geleistet, folglich keinen Realkontrakt geschlossen, konnte also auch nicht die Kontraktsklage gebrauchen. L. 1, §. 3 D. de rerum permut. (XIX, 4). Der Satz hat schon im G. R. keinen inneren Grund mehr, und in das A. L.R. paßt er, wie gesagt, gar nicht.

6) Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall der Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten, §§. 175 ff. d. T., sondern auf den Fall der Entziehung eines Theils oder Pertinenz-

durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden, so müssen beide vertauschte Sachen abgeschätzt [7]), und sodann der Werth des entzogenen Theils verhältnißmäßig bestimmt werden [8]).

§. 371. In allen Fällen, wo bei einem rückgängig gewordenen Kaufe die Nutzungen der Sache, und die Zinsen des Kaufgeldes, gegen einander aufgehoben werden, findet eine gleiche Kompensation in Ansehung der Nutzungen der gegen einander vertauschten Sachen statt.

§. 372. In den Fällen, wo der Käufer, wegen des bevorstehenden Anspruchs eines Dritten auf die erkaufte Sache, das Kaufgeld zurückzuhalten, und gerichtlich niederzulegen berechtigt ist, hat der Tauschende, wenn die eingetauschte Sache von einem Dritten in Anspruch genommen wird, das Recht, die dagegen vertauschte Sache zur gerichtlichen Verwahrung und Verwaltung zu übergeben [9]).

§. 373. Wenn Geld gegen Geld gewechselt wird, so treten die Gesetze von Zahlungen [10]) ein.

§. 374. Medaillen und Münzen, welche der Seltenheit wegen gesucht werden, sind, auch in dieser Beziehung, nicht als Geld anzusehen.

§. 375. Bei dem Kaufe oder Tausche solcher Münzen findet der Einwand der Verletzung über oder unter der Hälfte niemals statt [11]).

## Dritter Abschnitt.

### Von Abtretung der Rechte [1]).

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1019—1024. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVII, S. 4 flg. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. Greifswald 1836. G. F. Puchta, Cession, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II, S. 636 flg. — Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 119 flg. Meine Lehre

stücks der Sache (§§. 164 ff.). Der erste Fall ist vielmehr auch bei dem Tausche nach den §§. 189, 190 zu entscheiden. Pr. des Obertr. 1514, v. 21. Dez. 1844.

7) Da beide Sachen zugleich als Preis für einander dienen, so muß der Werth derselben und auch der des erwähnten Stücks zur Zeit des geschlossenen Tausches geschätzt werden; sonst fällt wegen der möglichen Veränderungen der einen und der anderen Sache durch Verbesserungen und Verschlechterungen das Resultat unrichtig aus.

8) Der Verletzte hat also nicht so, wie in dem gleichen Falle der Käufer, die Wahl zwischen dem Rücktritt und der Schadloshaltung, ihm ist nur die actio quanti minoris gestattet. Auch diese Satzung ist ohne inneren Grund. — Bei der Anwendung der Bestimmung muß übrigens, ebenso wie beim Kaufe, der Werth des entwährten Theils nach Verhältniß des Werths der für das Ganze gegebenen Sache bestimmt werden. Wären z. B. zwei Güter zum Taxwerthe von 50 Tausend und beziehlich von 40 Tausend gerade auf getauscht worden, und es würde von dem ersteren ein Theil, zum Werthe von 12,500 Thlrn., entwährt: so würde er nicht diese Summe, sondern nur den vierten Theil dessen, was er dafür gegeben, nämlich 10,000 Thlr. zu fordern haben.

(5. A.) Verlangt bei einem Tauschvertrage der eine der Kontrahenten wegen Gewährsmängel Entschädigung, so genügt es für ihn zur Begründung der Klage bezüglich des Betrages, daß der Werth des entzogenen Theils unter Beweis gestellt wird; dem anderen Kontrahenten bleibt dagegen der Einwand vorbehalten, daß das Verhältniß des eigentlichen Werthes der vertauschten Sache einen anderen Maßstab und eine Minderung der Vergütung für den entzogenen Theil erfordere, zu welchem Ende eine Taxe der vertauschten Sache beizulegen oder zu extrahiren ist. Erk. des Obertr. vom 27. Febr. 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 171).

9) Diese Bestimmung ist eine Bestätigung für die oben in der Anm. 66 zu §. 222 d. T. vertretene Meinung, daß der Käufer, welcher in dem gesetzten Falle das Retentionsrecht ausüben will, doch zu deponiren schuldig sei. Jener Fall und dieser §. 372 stehen völlig gleich.

10) Zahlung ist ein Tilgungsmittel, aber keine Art, Verbindlichkeiten zu schließen. In der That paßt die Bestimmung auf den Geldwechselverkehr nicht. Geldwechselung ist ein Kauf und Verkauf, wobei die gesuchte oder angebotene Sorte als Waare behandelt wird.

11) Weil solche Münzen einen unschätzbaren Werth haben.

1) Eine der wichtigsten, in den Verkehr des gemeinen Lebens tief eingreifenden Abweichungen des A. L.R. von dem R.R. ist die Behandlung der obligatorischen Rechte als Waare. Das R.R. be-

von dem Uebergange der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des preußischen Rechts in genauer Vergleichung mit dem Gemeinen Rechte ꝛc. Von der Cession, §§. 9—40, Breslau 1837.

§. 376. Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus [2]), wodurch Je- Begriffe und Grundsätze.

trachtete die Obligationen als eng verknüpft mit der Persönlichkeit der Verbundenen (Kreditor und Debitor) dergestalt, daß die Lösung des Bandes auf der einen oder der anderen Seite den Untergang des Verhältnisses zur nothwendigen Folge haben mußte. Daher war die Uebertragung der Aktivobligation (des Gläubigerrechts), der Substanz nach, auf einen Dritten undenkbar. Die Ausübung nur konnte übertragen werden, nachdem das Prinzip der freien Stellvertretung zur Geltung gekommen war, und mittelst dieses Instituts konnte, im praktischen Endresultate, das erreicht werden, was die heutige Cession bezweckt, indem der Prinzipal und der Stellvertreter übereinkamen, daß der letztere die Exigenz für seine eigene Rechnung nehmen- und behalten möge. Dadurch wurde er, was die röm. Juristen procurator in rem suam nannten. Nicht einmal das ist richtig, was das Obertr. in seiner Entsch. Bd. XIV, S. 240 sagt, daß dem röm. R. nur Klagenübertragung bekannt war. Auch das Klagrecht war von dem Gläubiger untrennbar, dergestalt, daß, wenngleich er einen procurator in rem suam bestellt hatte, er dadurch rechtlich nicht gehindert wurde, unmittelbar mit dem Schuldner in Vernehmen zu treten. Das Alles ist nach unserer Rechtsanschauung anders; das absolut Persönliche der Schuldverhältnisse ist zurückgedrängt durch die kaufmännische Auffassung und Behandlung der Forderungsrechte; man sieht darin nicht ein persönliches Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, sondern eine (negative resp. positive) Größe des Vermögensrechts, welches von dem Einen auf den Anderen, in der Idee (nomen), beliebig übertragen werden kann. Die Forderungsrechte können nun, gleich körperlichen Sachen, Gegenstand des freien Verkehrs sein, sie können ebenso wie körperliche Sachen veräußert und erworben werden. Aber die bei körperlichen Sachen hergebrachte Erwerbungsart, die Tradition, ist bei ihnen aus natürlichen Gründen unanwendbar; man kann eine Forderung nicht in die Hand nehmen und dem Anderen übergeben; man bedarf einer juristischen Handlung. Diese ist eben die Cession; die Cession ist für Forderungen der modus acquirendi, wie die Tradition bei körperlichen Sachen, und keine dieser beiden Erwerbungsarten kann mit der anderen beliebig vertauscht werden: die Tradition ist zur Uebertragung einer Forderung nicht tauglich, wie die Cession das Eigenthum einer körperlichen Sache nicht zu geben vermag; beide Erwerbungsarten schließen in ihrem Bereiche einander aus. Vergl. o. die Anm. 13 zu §. 12, Tit. 2, und Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 156. Hierher gehört auch das Pr. des Obertr. 465, v. 7. Mai 1838: Die von einem Erben geleistete Cession des Erbtheils, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf Höhe einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen, den Erbtheil bildenden Gegenständen der Erbschaft. Der Cessionar erlangt vielmehr durch eine solche Abtretung nur einen persönlichen Anspruch an den Erben. (Entsch. Bd. III, S. 302 und Schles. Arch. Bd. IV, S. 12.) Das soll heißen: ein Erbtheil ist kein Forderungsrecht, folglich kann eine bestimmte Summe davon nicht cedirt werden; es kann als ein Inbegriff von Sachen und Rechten Gegenstand nur eines Kaufes sein. Vergl. das Pr. v. 5. März 1846 u. in der Anm. 9 zu 454.

Nach dieser, in das A. L.R. übergegangenen, Theorie ist die Lehre von der Cession hier nicht an der rechten Stelle vorgetragen: sie ist kein Titel, sondern ein Modus und steht der Tradition zur Seite, wie sie denn von gemeinrechtlichen Praktikern auch wirklich eine quasi traditio genannt wird. Kreitmayr, Anmerkungen zum Cod. Maximilianus, P. II, cap. 3, §. 8, Nr. 6.

2) Dieses pactum de cedendo ist der Titel, ohne welchen der Modus (die Cession) keine Wirkung hat. S. die vor. Anm. Ist der Titel simulirt, so ist es wie bei einem mündlichen Titel; wird dieser durch die angenommene Erfüllung rechtsbeständig, so ist es auch die Cession.

Zur Rechtsbeständigkeit einer Cession ist ein vorgängiger, in an sich rechtsbeständiger Form abgeschlossener Vertrag nicht erforderlich; das Cessionsinstrument ist, als die Erfüllung einer mündlichen Verabredung enthaltend, genügend, indem in solchem Falle die Annahme desselben als Vollendung des Cessionsgeschäfts zwischen dem Cessionar und dem Cedenten zu betrachten ist. Vergl. Anm. 18 zu §. 393 d. T. Man hat sich nämlich bei der Abfassung des A. L.R. ursprünglich beide Akte, aus welchen die Cession zusammengesetzt ist, nämlich das pactum de cedendo als causa praecedens, und den actus traditionis (die Cession selbst) als zusammenfallend gedacht und die Abtretung als einen Vertrag (§. 340 des Entw.) definirt, wodurch Jemand sich verpflichte, einem Anderen das Eigenthum seines Rechts gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen; und erst später, in Folge einer Bemerkung von Suarez, ist die im §. 376 enthaltene Definition beliebt worden, wonach die Cession einen Vertrag voraussetzt. Aus dieser Entstehung erklärt sich, warum das A. L.R. über die Form des vorausgesetzten pactum de cedendo schweigt und nur über die Form der Cession selbst besondere Bestimmungen enthält. §§. 393 ff. Es bewendet somit bei den allgemeinen Vorschriften über die Form der Verträge; insbesondere sind die Vorschriften in Betreff der mündlichen Verträge über bewegliche Sachen maßgebend, wenn weiter nichts Schriftliches vorhanden ist, als die Cessionserklärung (der Traditionsakt) des Cedenten. Liegt z. B. nichts weiter vor, als die geschehene Zusendung eines Schuldinstruments an einen Dritten, nebst einer von dem darin genannten Gläubiger an diesen Dritten

mand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung [3]), zu überlassen [3a]).

ausgestellten Cessionsurkunde, so kann aus dem Stillschweigen des Letzteren, und der nicht erfolgten Zurücksendung jener Urkunden, die geschehene Abschließung eines Cessionsgeschäfts nicht gefolgert werden. (Entsch. Bd. IX, S. 213). Hierdurch soll ausgedrückt werden, daß durch das Stillschweigen der Titel, und also auch die Verpflichtung zur Zahlung der Valuta nicht zu Stande komme. Zur Annahme der Cession, als actus traditionis, wäre das stillschweigende Behalten allerdings genügend. (4. A.) Hiernach sagt das Obertrib. in seinem Erk. vom 21. Septbr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 276) so ziemlich richtig: Die Cession setzt zwar einen Vertrag, ein pactum de cedendo, als vorangegangen voraus, ist aber selbst kein Vertrag, sondern die Erfüllung des vorangegangenen Vertrags von Seiten des einen Theils, die Tradition des Rechts oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechts dem Andern übertragen wird. Diese Handlung ist eine einseitige, unterliegt daher nicht den gesetzlichen Erfordernissen eines Vertrags, und die Gegenwart des Cessionars bei der Aufnahme der Cessionsurkunde ist dabei etwas durchaus Unerhebliches. — So ziemlich richtig sei dies, habe ich gesagt. Denn ungenau, um nicht zu sagen unrichtig, ist es, daß die Cession selbst kein Vertrag sei. Das ist sie allerdings, ebenso wie die Tradition ein Vertrag ist, denn ohne die Annahme andererseits (wechselseitige Einwilligung) ist sie Nichts. Aber sie ist ein einseitiger Vertrag, bei welchem die mündliche und selbst die stillschweigende Annahme genügt, wie a. a. O. anerkannt wird. Hieraus erhellet, warum der Cessionarius durch eine solche formlose Annahme nicht verbindlich wird, die Valuta zu bezahlen, wenn er damit noch im Rückstande ist; denn es ist eben in der bloßen Annahme ein gegenseitiges Versprechen enthalten, er ist nur gehalten, das Empfangene, was er nicht bezahlen will, zurückzugewähren. Vergl. Anm. 18 u. 19 zu §. 393 d. T.

Abwegig ist die Ausführung des Obertr. in den Gründen einer, Bd. XXI der Entsch. S. 352 mitgetheilten Entscheidung vom 5. Juli 1851. Es heißt dort: Die schriftliche Erklärung enthält eine rechtsgültige Cession. Sie war auf Uebertragung des Eigenthums der Forderung von Seiten des Beklagten an Kl. gerichtet. Die Annahme der Urkunde seitens des Kl. bindet denselben an den Vertrag. Das Rechtsgeschäft ist gültig geschlossen worden. — Falsch. Das an sich gültig Geschehene ist die Cession. Diese aber ist nicht das Rechtsgeschäft, sondern die Erfüllung desselben, der der Uebergabe gleichstehende Uebertragungsakt. Das Rechtsgeschäft war der vorausgegangene mündliche Kauf. Das beweist das Obertr. unmittelbar vorher selbst. „Die Cession, als solche, ist kein Vertrag, sondern die Erfüllung einer vorgängigen Abrede. Als Erfüllung war die Cession auch im vorliegenden Falle unzweifelhaft deshalb aufzufassen, weil die das pactum de cedendo in sich schließende vorgängige Abrede wirklich vorhanden war." Mit diesen Prämissen hat die Konklusion keinen logischen Zusammenhang. Das Thatsächliche in diesem Falle war eine an sich gültige Uebertragung einer Sache im weiteren Sinne auf Grund eines mündlichen Titels, ohne vollständige Erfüllung von beiden Seiten. Der Fall des I, 5, §. 146, wo ausnahmsweise mündliche Verträge über bewegliche Sachen gelten, war es mithin nicht. Die Behauptung also, daß „das Rechtsgeschäft gültig geschlossen worden", ist völlig grundlos. Mündliche Verträge über bewegliche Sachen haben nur dann Bestand, wenn sie von beiden Seiten erfüllt worden sind. Tit. 5, §. 146.

Zur Erfüllung eines, über Cession einer solchen Schuldforderung, worüber eine briefliche Urkunde vorhanden ist, mündlich geschlossenen Vertrags reicht die bloße Einhändigung der zu cedirenden Schuldurkunde an den Cessionar nicht hin; vielmehr ist die schriftliche Abfassung der Cession zur vollständigen Uebertragung des Eigenthums des abgetretenen Rechts an den neuen Erwerber desselben erforderlich. Pr. des Obertr. 1663, v. 12 Dez. 1845 (Entsch. Bd. XIV. S. 237).

Man trifft übrigens auf ganz absonderliche Vorstellungen über Cession und den einer solchen zum Grunde liegenden Titel. So heißt es z. B. in einem Urtel des Ratiborer Appellationsgerichts vom 1. März 1852 (Neisser Akten, Bd. 444 pro 1850): „Dieser Bestandtheil (das Bekenntniß der empfangenen Valuta) darf allerdings nicht fehlen, weil er ein Essential des der Cession zu Grunde liegenden lästigen Vertrages ist." Also die Quittung über Bezahlung des Kaufgeldes ist ein Essential des Kaufkontrakts! Und dieses soll erst aus dem nachfolgenden Uebertragungsakte hervorgehen müssen! Vergl. übrigens unten die Anm. 18 zu §. 393.

3) Der Gegenstand findet sich im §. 379, ist aber nicht entsprechend ausgedrückt. Das juristisch Wahre dabei ist, daß die Cession, ebenso wie die Tradition, zur Schenkung gebraucht werden, d. h. daß die Schenkung in der Form der Cession, wie bei körperlichen Sachen durch die Uebergabe, geschehen oder vollzogen werden kann. Dabei bleibt die Tradition Tradition, und die Cession Cession. Die praktische Frage aber ist dabei nach der Rechtsbeständigkeit, und in dieser Beziehung kommt es auf die Beobachtung der für die Schenkung vorgeschriebenen äußeren Form an. Dies ist es, was dieser und der §. 379 ausdrücken will. Es ist aber nicht erforderlich, daß aus dem Uebertragungsakte (der Cession) erhelle: ob der zu Grunde liegende Titel ein oneroses oder ein lukratives Geschäft sei; und die Behauptung des Obertr. in den Gründen der Entsch. vom 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 172): daß die Cession schon darin mangelhaft sei, daß ein Bekenntniß, die Valuta empfangen zu haben, fehlt, ist als unbegründet von ihm selbst später widerlegt (s. u. die Anm. 18 zu §. 393); die Entsch. selbst

§. 377. Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession genannt.

§. 378. Wird ein Recht ohne Vergeltung abgetreten, so ist die Handlung [4]) als eine Schenkung anzusehen. (Abschn. 9.)

§. 379. Was Rechtens sei, wenn Jemand eines Theils seines Rechts sich begiebt, um sich dadurch der übrigen zu versichern, ist nach der Lehre von Vergleich zu beurtheilen. (Tit. 16, Abschn. 8.)

§. 380. Die bloße Anweisung einer Schuldforderung ist noch für keine Abtretung derselben zu achten [5]). (Tit. 16, Abschn. 5.)

§. 381. Bei der eigentlichen Cession finden, je nachdem dafür baares Geld, oder eine andere Sache oder Recht gegeben worden, die Regeln des Kaufs [6]) oder Tausches Anwendung.

§. 382. Alle Rechte [6a]), welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind [7]), können Andern abgetreten werden. Was cedirt werden konne.

(das Pr.) ist gleichfalls durch den späteren Pl.-Beschl. v. 16. Januar 1846 verworfen. Wollte man an den Mangel dieses Bekenntnisses eine Folgerung knüpfen, so könnte es doch nur die Vermuthung für eine Schenkung sein. Damit wäre ein Grund, die Cession für ungültig zu halten, gleichfalls nicht gewonnen; denn bewegliche Sachen werden durch die Uebergabe, auch ohne Hinzutritt der schriftlichen Form, gültig geschenkt. §. 1056 d. T. Deshalb findet die Rückforderung eines, dem Cessionar unentgeltlich übereigneten Schuldinstruments aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages, wie überhaupt bei schenkungsweise übergebenen beweglichen Sachen nicht statt. Pr. des Obertr. 1710, v. 21. Febr. 1846 (Entsch. des Obertr. Bd. XIII, S. 190).

3a) (4. A.) Auf Verträge über zu leistende Cessionen (pacta de cedendo) finden die Vorschriften über solche Verträge, deren Hauptgegenstand Handlungen sind (Tit. 5, §§. 408 ff.), keine Anwendung. Erk. des Obertr. vom 28. Juni 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 60 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 294). Wie darüber ein juristischer Zweifel soll zu begründen sein, ist nicht findbar. Vergl. unten, Anm. 18 zu §. 393.

4) Die Handlung der Uebertragung, die Cession selbst. Die Fassung ist durchaus zutreffend. Die Schenkung geschieht hier durch die quasi traditio oder Cession. Vergl. die vor. Anm. 3. (5. A.) Zur Gültigkeit derselben bedarf es nicht der gerichtlichen Form; das Appell.-Gericht zur Arnsberg hatte dies irriger Weise erkannt. Erk. des Obertr. v. 18. Jan. 1864 (Entsch. Bd. LI. S. 122). Vergl. unten, Anm. 34 u. 35 zu §. 1065 d. T.

5) Die Uebertragung der Anweisung aber ist nicht wieder eine Anweisung, sondern eine Cession. Vergl. u. Anm. 7, lit. k. Ist aber eine acceptirte Anweisung weiter übertragen, so hat der neue Erwerber rücksichtlich der Einziehung dieselben Rechte, welche dem ursprünglichen Assignatar zustehen; er ist daher nicht verpflichtet, die angewiesene Summe im Wege des Prozesses von dem Assignaten einzuziehen, sondern kann, wenn dieser nicht zahlte, sofort seinen Autor aus dem zwischen ihm und demselben obwaltenden Schuldverhältnisse in Anspruch nehmen. Pr. des Obertr. 1901, v. 16. Aug. 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 155).

6) Wenn also in einem pactum de cedendo ausbedungen worden ist, daß die Ausstellung der Cession zu einer bestimmten Zeit gegen baare Zahlung der Cessionsvaluta erfolgen solle, so kann der Cedent die erstere verweigern und den Kontrakt aufheben, — ebenso, wie dies beim Kaufvertrage über bewegliche Sachen, unter gleicher Voraussetzung, stattfindet, — sobald ihm die versprochene Zahlung in dem festgesetzten Zeitpunkte nicht geleistet wird. Pr. des Obertr. 2087, v. 13. Nov. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 158).

6a) (4. A.) Ein Erforderniß ist jedoch die Bestimmtheit des abzutretenden Rechts, sowie die Bestimmtheit der zu verkaufenden Sache ein Essentiale des Kaufs ist. Deshalb ist die Cession einer bestimmten Summe aus dem Antheile des Cedenten an einer ihm und anderen Personen gemeinschaftlichen Vermögensmasse ein nichtiges Rechtsgeschäft; der Cessionar erwirbt dadurch gar kein Klagerecht, weil ihm eben keine bestimmte Klage (actio) abgetreten ist. Vergl. Erk. des Obertr. v. 11. Jan. 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 7).

(5. A.) Unter den „Rechten", von welchen der §. 382 spricht, sind nicht solche, welche möglicher Weise in Zukunft entstehen können, sondern solche zu verstehen, für welche bereits ein Objekt vorhanden ist, d. h. solche, welche in einem schon existenten bestimmten Rechtsverhältnisse begründet sind, wenn auch nur unter einer Bedingung. Daher kann z. B. ein Fuhrwerksunternehmer die Frachtforderung, welche er in einem bestimmten, erst künftig kommenden Monate gegen eine gewisse bestimmte Person erwerben werde, mit rechtlicher Wirkung nicht cediren. Erk. des Obertr. vom 28. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 29).

7) S. o. d. Anm. 102 zur Einleitung, §. 99, u. Anm. 105 zu §. 103 daselbst.

Welche Rechte nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, das ist eben die Frage, die auch

in Beziehung auf manche Vermögensrechte — denn von Standes- (Status-), Ehren- und Familienrechten versteht es sich von selbst — zweifelhaft ist. Cessibel sind:

a) Auch Rechte aus zweiseitigen Verträgen. Der Verpflichtete kann aber, wider den Willen des anderen Kontrahenten, seine Verbindlichkeit nicht auf einen Dritten übertragen. Pr 695, v. 11. Juni 1839. Bei einer früheren Entscheidung v. 13. Aug. 1836 hatte das Obertr. ausgesprochen: die Cession von Verbindlichkeiten, namentlich die Cession der Verpflichtung zur Lieferung von Staatspapieren aus einem sog. Zeitkaufsgeschäfte sei nicht statthaft. (Entsch. Bd. I, S. 161.) Dies bezog sich auf das Forderungsrecht auf Zahlung der bedungenen Kaufsumme gegen Empfangnahme der Papiere. Die praktische Frage war mithin gewesen: ob bedingte, namentlich durch eine Gegenleistung bedingte, Forderungsrechte cessibel seien. Den Streit darüber hat der Pl.-Beschl. (Pr. 1669) v. 16. Januar 1846 dahin geschlichtet: Auch die Rechte aus einem Kauf- oder Lieferungsvertrage können von dem einen Kontrahenten, ohne Zuziehung und Genehmigung des anderen, an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeiten des Cedenten die Erfüllung des Vertrags von Seiten des anderen Kontrahenten zu verlangen und darauf zu klagen befugt ist. (Entsch. Bd. XII, S. 10.) Vergl. m. Uebergang der Forderungsr. §. 11, und Schles. Arch. Bd. VI, S. 320, u. Erk. des Obertr. v. 11. und 21. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 174). Derselbe Grundsatz gilt von allen zweiseitigen Verträgen. Erk. dess. v. 4. Okt. 1849 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 188).

b) Alle dinglichen Klagen, insofern sie zur Zeit der Cession begründet (actiones natae) sind, folglich solche, welche die Einziehung von Prästationen zum Gegenstande haben, nur hinsichtlich der fälligen Termine. (4. A.) In Betreff der Vindikationsklage s. m. das Erk. des Obertr. v. 8. Dezbr. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 80).

c) Ansprüche, welche aus Besitzstörungen oder Besitzentziehungen entstanden und auf eine Leistung gerichtet sind. Geht der Anspruch auf eine Unterlassung, z. B. der künftigen Besitzstörung, so ist die Cession nur unter der Voraussetzung denkbar, daß der Cessionar zugleich den Besitz, wegen dessen Störung geklagt werden soll, erhält.

d) Das Recht aus dem Meistgebote bei Subhastationen. Schles. Arch. Bd. IV, S. 511. Wenn nicht alle Subhastationsinteressenten genehmigt haben, so versteht sich, daß ihnen der Cedent für den bei der Resubhastation wegen nicht belegter Kaufgelder sich ergebenden Ausfall verhaftet bleibt, wenn auch das Grundstück unmittelbar dem Cessionar adjudizirt worden ist. (4. A. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 28. Nov. 1851, Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 341.) Auch braucht der Subhastationsrichter nur dann auf die Cession Rücksicht zu nehmen, wenn sie vor ihm selbst, in seinen Prozeßakten, verlautbart worden ist. Pr. des Obertr. vom 5. Jan. 1835 (Schles. Arch. l. c, S. 513).

(4. A.) Wird dem Meistbietenden selbst das Grundstück adjudizirt, so ist der Adjudikatar verpflichtet, mit seinem Cessionar einen Kaufkontrakt nach Inhalt der Cession abzuschließen und ihm das Grundstück zu übergeben. Erk. des Obertr. v. 6. Juli 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 88).

e) Das Recht des Verkäufers aus dem Kaufkontrakte, welches aus der Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers entsteht und den Käufer persönlich verpflichtet, die übernommene Post zu bezahlen oder den Verkäufer von dessen Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu befreien. Dieses Recht kann der Verkäufer an diesen selben Hypothekengläubiger cediren, und Letzterer kann auf Grund dieser Cession sofort auf Zahlung der ihm zustehenden Forderung gegen den persönlich verpflichteten Käufer klagen. Pl.-Beschl. (Pr. 1096) des Obertr. v. 14. Febr. 1842 u. Pr. 1116, v. 19. März 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 298). Vergl. m. Uebergang der Forder. S. 45 ff., S. 356 und 361.

ee) (5. A.) Der Anspruch eines Käufers gegen den Verkäufer auf Verschaffung des Löschungskonsenses in Betreff einer nicht mit übernommenen hypothekarischen Post. Erk. des Obertr. v. 20. März 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 79).

f) Die actio depositi directa auf Herausgabe des deponirten Gegenstandes. Dies ist bei der gerichtlichen Deposition zweifelhaft gefunden worden, weshalb als Pr. d. Obertr. 1996, v. 10. April 1848 eingezeichnet worden ist: „Der Eigenthümer einer zum gerichtlichen Depositorium eingezahlten baaren Geldsumme kann sein Recht auf den Rückempfang dieser Geldsumme gültiger Weise durch Cession auf einen Anderen übertragen." Mit dem darin anerkannten Rechtsgrundsatze harmonirt das Pr. 1928, v. 22. Okt. 1847 schlecht: „Pfandbriefe des landschaftlichen Kreditvereins —, welche zur Deckung noch ungelöschter Hypothekenkapitalien von der Landschaftsdirektion verwahrlich niedergelegt worden, sind Eigenthum des die Pfandbriefschuld kontrahirenden Gutsbesitzers, bilden aber nicht ein Aktivum desselben, und können daher nicht durch Cession oder Anweisung einem Anderen übereignet werden." (Entsch. Bd. XVI, S. 360.) Der Satz ist falsch, und die Begründung ist nicht juristisch. Es soll nämlich von einem Forderungsrechte hier nicht die Rede sein können, weil ja der Gutsbesitzer eben der Schuldner der Pfandbriefe, und kein anderes verpflichtetes Subjekt einer Obligation, in Bezug auf diese Pfandbriefe, vorhanden sei. Den Anspruch, den jener darauf habe, daß die Landschaft ihm *seine* (vorhin war er soeben der Schuldner, hier soll er wieder der Eigenthümer der Pfandbriefe sein) Pfandbriefe nicht gegen die Vorschriften — zurückhalte, sei kein Aktivum, sondern nur ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen. — Darin geht mancher Anklang verschiedener Rechtsbegriffe mit manchem Unrichti-

gen durcheinander. Es ist bekanntlich unrichtig, daß der Anspruch der Deponenten ex contractu depositi kein Forderungsrecht (wahrscheinlich ist ein solches unter dem „Aktivum" gemeint) sei, mag der Deponent seine eigene oder eine fremde Sache deponirt haben. Der beurtheilte Fall ist aber überhaupt falsch aufgefaßt, es ist kein Depositum. Die Pfandbriefe, die nach der eigenen Lehre des Obertr. in die Kategorie der körperlichen Sache gehören, waren ganz richtig Eigenthum des Gutsbesitzers; sie waren aber der Landschaft zur Sicherheit für die übernommene Garantie bis zur Löschung gewisser voreingetragener Hypotheken überlassen; folglich war das Geschäft ein Pfandkontrakt. Auch der Verpfänder hat bekanntlich eine Kontraktsklage, d. h. ein Forderungsrecht. — (5. A.) Jenes Pr. 1996 hat das Obertr. gegen eine neuere Anfechtung aufrecht erhalten. Erk vom 26. Jan. 1863 (Entsch. Bd. L, S. 131).

ff) (4. A.) Die actio mandati contraria gegen den Mandanten auf Befreiung des Mandatars von der bei Ausführung des Auftrags gegen den Dritten übernommenen Verbindlichkeit. Erk. des Obertr. v. 8. Juni 1852 (Arch. für Rechtsf. Bd. V, S. 297).

g) Konventionalstrafen nach ihrer Verwirkung; denn sie sind eine Interessenforderung, durchaus kein „jus personalissimum", wofür sie einmal ein Richter erklärt hatte, um den Cessionar mit der Klage abzuweisen. Schles. Arch. VI, 321. Vergl. Erk. des Obertr. v. 19. Februar 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 37). (Hier ist das Erk. unrichtig vom 1. Februar datirt, nach Entsch. Bd. LIV, S. 28.) Vor ihrer Verwirkung kann sie als ein selbstständiges Recht weder cedirt, noch auch, bei Cession des Hauptrechts, vorbehalten werden. Erk. des Obertr. v. 11. Dezbr. 1857 und v. 19. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 11 u. Entsch. Bd. XXXVIII, S. 35 ff. u. Bd. LIV, S. 28). (5. A.) Vielmehr ist angenommen, daß sie ein von der wirklich cedirten Hauptforderung ungetrenntes Annexum derselben geblieben, daß der Cessionar allein als daran dem Schuldner gegenüber berechtigtes Subjekt nach Anleitung des §. 308, Tit. 5 darüber zu bestimmen habe, ob ihre Entrichtung überhaupt verlangt werden solle, und daß ebenso der Cessionar der Hauptforderung allein Macht habe, beim Empfange der erst nach Verwirkung der Konventionalstrafe erfolgenden Zahlung der Hauptforderung nach Anleitung des §. 307, Tit. 5 entweder das Recht auf die Konventionalstrafe vorzubehatten oder einen solchen Vorbehalt nicht zu machen, wodurch dann nach diesem §. 307, Tit. 5 die Verpflichtung des Schuldners zur Entrichtung der Konventionalstrafe erlöschen muß. Erk. des Obertr. v. 12. Juni 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 27).

h) Die Forderung an den Fiduziarius auf Herausgabe eines Universalfideikommisses. Tit. 12, §. 467.

i) Das Witthum einer Wittwe. Pr. des Obertr. v. 14. Okt. 1837. (Entsch. Bd. III, S. 324.)

k) Assignationen. „Der Gläubiger, welcher im Wege der Exekution durch richterliche Verfügung ermächtigt worden, eine Forderung des Schuldners mit den Rechten eines Assignatars selbst einzuklagen, und bis zum Betrage seiner Forderung einzuziehen, ist berechtigt, die, aus der gerichtlichen Ueberweisungsverfügung erworbenen Rechte zu cediren." Pr. des Obertr. v. 18. März 1839. (Entsch. Bd. IV, S. 224.) Vergl. auch das Pr. 1901 o. in der Anm. 5 zu §. 380 d. T. u. Erk. v. 14. Juni 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 351). — (5. A.) Rechte aus Anweisungen sind nur durch Cession, nicht auch durch Blankogiro übertragbar. Erk. des Obertr. vom 18. Febr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 145).

l) (4. A.) Die Ansprüche des Finders und Muthers auf Bergwerkseigenthum. Erk. des Obertr. vom 10. Febr. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 268). Die Abtretung einer Muthung oder eines Theiles derselben kann nicht als Veräußerung einer res sperata angesehen werden, welche bloß deshalb rückgängig gemacht werden könnte, weil die Muthung nicht den gehofften Erfolg hat, d. h. die Beleihung versagt wird. Erk. des Obertr. vom 30. März 1860 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 141). (5. A.) Dieselbe enthält eine emtio spei im Sinne des §. 528 d. T., und kann nur mit der actio doli, wenn deren Voraussetzungen bewiesen werden können, angegriffen werden. Vergl. Erk dess. vom 9. Mai 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 420).

m) Der Anspruch des Cessionars an seinen Cedenten auf Gewährleistung für die Sicherheit oder Erstattung des Ausfalles bei der Einziehung der cedirten Forderung, d. h. der weitere Cessionar kann auch den ersten Cedenten aus dessen Cession in Anspruch nehmen. Vergl. Anm. 72* zu §. 440. Es ist Rechtsunkunde, die Nichtcessibilität, wie von einem Appellationsgerichte geschehen ist, zu behaupten.

n) Wechselforderungen, auch theilweise, nur giebt die Cession dem Cessionar nicht, wie ein Indossament, Wechselrechte gegen den Cedenten, sondern überträgt nur dasjenige Wechselrecht, welches der Cedent selbst gegen andere Wechselverbundene hat. Erk. des Obertr. vom 13. März 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 266).

Nicht cessibel sind z. B.

a) Rechte auf übernommene Postfahrten und Postritte. Cirk. des Gen.-Postamts vom 7. November 1803, 2. Februar 1805 und K.O. vom 19. Februar 1790 (Rabe, Bd. VII, S. 514 und Bd. VIII, S. 242).

b) Besoldungen und Pensionen der königl. Offizianten. Publ. vom 18. November 1802 (Rabe Bd. VII, S. 272). (4. A.) Eben so wenig müßte das Gehalt und das Dienstlohn der Privatoffizianten und des Gesindes cessibel, folglich auch nicht im Wege der Exekution überweisbar sein, wenn nicht von Rückständen die Rede ist. Denn wenn der Cessionar das laufende Lohn künftig bei der

§. 383. Auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ist erlaubt[8]).

§. 384. Durch die Cession einer rechtshängigen Sache wird weder in Ansehung des Gerichtsstandes, noch der Lage des Prozesses selbst[8a]) etwas geändert[9]).

---

Fälligkeit erheben will, muß er auch die Dienste verrichten, was er ohne den Willen des Dienstherrn zu thun gar nicht im Stande ist. Die Ueberweisungen des laufenden Dienstlohns sind widersinnig.

c) Das dauernde Recht des Obereigenthümers auf wiederkehrende Leistungen; nur durch Veräußerung des Obereigenthums selbst ist es übertragbar. Pr. des Obertr. 1288, vom 7. April 1843. Kann nur noch auf Lehen Anwendung finden.

d) Das Mitbaurecht des Grundherrn oder vielmehr der Anspruch darauf, vor eingelegter Muthung. Pr. des Obertr. 2322, v. 24. Nov. 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 385).

e) Das Vorkaufsrecht. I, 20, §. 594. Ist nach G. R. streitig.

f) (5. A.) Grundgerechtigkeiten; denn solche können als selbstständige persönliche Gerechtsame nicht bestehen, sie können mithin von dem herrschenden Grundstücke in der Regel nicht abgetrennt und auf eine Person übertragen und somit nicht in eine dauernde vererbliche Personal-Servitut verwandelt werden. Tit. 19, §. 23 und Anm. 19 dazu. Daher kann das dem Besitzer eines, an einem Privatflusse belegenen Grundstücks gesetzlich zustehende Recht zur Benutzung des daran vorüberfließenden Wassers, als ein selbstständiges Recht, und abgesondert von dem Eigenthumsrechte am Grundstücke einem Dritten für dessen Person (als ein subjektiv-persönliches Recht) gültig nicht abgetreten werden. Erk. des Obertr. vom 6. Okt. 1864 (Entsch. Bd. LII. S. 113).

g) (5. A.) Alimentensummen, welche nicht gefordert, nicht verwendet und auch zur Deckung einer für Gewährung des Unterhalts seitens eines Dritten hergegebenen Summe nicht erforderlich sind. Erk. des Obertr. v. 3. Juni 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 115). Vergl. oben lit. b.

8) Eine Abänderung des G. R., welches die Abtretung einer res litigiosa verbietet. Dieser §. 383 steht übrigens mit dem §. 48, lit. c, Tit. 7 der Pr.O. nicht in Widerspruch; denn jede Stelle handelt von etwas Anderem. Der §. 48 bezieht sich auf den veräußernden Beklagten und auf dessen Verhältniß zum Vindikanten; der §. 383 d. T. handelt von der Cession des Gläubigers (Klägers), und der ebenfalls hierher gehörige §. 9, Tit. 24 der Pr.-O. bezieht sich auf den erwerbenden Dritten.

(3. A.) „Die Bestimmung im §. 9, Tit. 24 der Pr.-P., nach welcher derjenige, welcher einen im Streite befangenen Gegenstand nach Insinuation der Klage erwirbt, sich Demjenigen unterwerfen muß, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden wird, schließt den Anspruch auf Vergütigung dessen, was für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet ist, noch nicht unbedingt aus. Ob ein solcher Anspruch zu begründen, ist vielmehr davon abhängig, ob der Erwerber der rechtshängigen Sache auf redliche oder unredliche Weise zu dem Besitze gelangt ist, insbesondere, ob derselbe zur Zeit der Erwerbung Kenntniß von der Rechtshängigkeit gehabt hat." Pr. des Obertr. 2619, vom 4. April 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 204).

8a) (2. A.) Unter der Lage des Prozesses selbst ist nicht allein der Sachverhalt in Ansehung des Streitgegenstandes zu verstehen, sondern auch das persönliche Verhältniß der Parteien zu einander, wie es in Ansehung der Verbindlichkeit zur Erfüllung des Urtels, und der Prozeßschäden und Kosten, durch die Litiskontestation begründet worden ist. Der Prozeß ist ein Rechtsgeschäft, aus welchem eine wechselseitige Verbindlichkeit entsteht. Daher kann der Kläger, durch willkürliche Cession, sich für seine Person nicht aus der Sache ziehen; er bleibt, wenngleich der Bekl. die Cession nicht hindern kann, doch der wahre Prozeßgegner des Bekl., und muß ihm für Alles, was der Bekl. erstreitet, aufkommen. Der Cessionar ist, dem Bekl. gegenüber, nur der Vertreter des Klägers, doch als procurator in rem suam, so daß er dem Bekl. gleichfalls verhaftet wird. Wenn also z. B. ein Ausländer, dem der in Anspruch genommene Inländer die dilatorische Einrede der Kautionsbestellung entgegensetzt, von dem Richter für schuldig erachtet wird, cautio pro expensis zu bestellen, so kann er sich davon durch Cession seiner rechtshängigen Sache an einen Inländer nicht freimachen, und dem Bekl. keinen anderen Schuldner — denn er ist hinsichtlich der Schäden- und Kostenerstattung und der Sicherheitsbestellung der persönliche Schuldner des Bekl. geworden — aufdringen. Könnte das geschehen, so wäre ein Ausländer auch befugt, nach der Kautionsbestellung, wenn er merkt, daß er den Prozeß verlieren wird, denselben einem dazu angeworbenen vermögenslosen Inländer zu cediren und seine Kaution zurückzufordern, nachdem er dem Gegner mehrere hundert Thaler Kosten verursacht hätte. Das wäre absurd. Aber ein Appellationsgericht hat es doch behauptet.

(4. A.) Das Obertr. hat in einem Rechtsfalle in Betreff dieser Frage angenommen und resolvirt, daß, wenn in erster Instanz einer Partei der ihr von dem Gegentheile de veritate deferirte und von ihr acceptirte Eid durch Erkenntniß auferlegt ist, und dieselbe hiernächst in zweiter Instanz die eingeklagte Forderung an einen Dritten cedirt, nicht ohne Weiteres der Cessionar zu einem Eide de ignorantia verstattet werden könne, vielmehr vorher darüber: von wem und in welcher Weise der Eid zu leisten, unter den Parteien zu verhandeln sei. Erk. vom 12. Juli 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III. S. 44). Wie demnächst in dieser Sache schließlich erkannt worden, findet sich nicht veröffentlicht.

§. 385. Richterliche Personen und Rechtsanwalte können streitige Rechte, deren Erörterung vor den Gerichtshof, bei welchem sie angestellt sind, es sei in erster, oder in einer der folgenden [10]) Instanzen, gehören würde, nicht an sich lösen [11]).

---

(5. A.) In einer anderen Sache hat das Obertr. später ganz richtig erkannt, daß es der Vorschrift des §. 384 widerstreitet, wenn der Kläger, nachdem ihm in erster Instanz ein Eid de veritate auferlegt worden, im Laufe der zweiten Instanz die Forderung (muß heißen: die rechtshängige Sache; Forderung und rechtshängige Sache sind ein unzerlegbares Ganzes) cedirt, und der Appellationsrichter, wie in der Sache geschehen war, den dem Kläger auferlegten Veritätseid nun für dessen Cessionar in einen Ignoranzeid umwandelt. Erk. vom 17. April 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 290).

9) Die Bestimmung dieses §. findet auch in dem Falle Anwendung, wo nicht die Sache selbst, welche Gegenstand des Prozesses, sondern nur das zur Sicherheit eines Anspruchs bestellte Pfand durante lite und in specie im Laufe der Exekutionsinstanz von dem Schuldner veräußert worden ist. Pr. des Obertr. 265, vom 2. Juni 1837. Die Subhastation eines zur Hypothek bestellten Grundstücks kann mithin auch gegen den, welcher dasselbe nach Insinuation der Mandats-, resp. Kündigungsklage erworben hat, ohne neue Klage eingeleitet werden. — (2. A.) Der J.M. erklärt es in dem Beschl. vom 3. Juli 1839 auch für zulässig, daß, wenn der Gläubiger, auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses, die erstrittene Forderung auf das Grundstück des Schuldners hat eintragen lassen, und darauf der Schuldner das Grundstück veräußert, — der Gläubiger innerhalb der Exekutionsfrist auch gegen den dritten Erwerber die Subhastation des Grundstücks ohne eine neue Klage nachsuchen könne. (J.M.Bl. S. 247.) (3. A. Auch das Obertr. hat sich für diesen Grundsatz erklärt durch das Pr. 2575, Nr. 1 vom 8. Dez. 1854, lautend: „Der spätere Erwerber eines Grundstücks, auf welchem eine judikatmäßige Forderung im Wege der Exekution eingetragen ist, muß sich, sofern die Exekution aus dem betreffenden Erkenntnisse überhaupt noch zulässig ist, auch die Subhastation jenes Grundstücks gefallen lassen, und kann namentlich nicht verlangen, daß die gedachte Forderung noch einmal gegen ihn besonders eingeklagt werde." Entsch. Bd. XXX, S. 212.) Das ist mir zweifelhaft. Das zu vollstreckende Urtel hat das Grundstück nicht zum Gegenstande des Richterspruchs, es betrifft eine persönliche Forderung. Die bloße Hypothekneh mung macht das Grundstück auch nicht zur res litigiosa, sondern giebt erst ganz neu dem Personalgläubiger ein dingliches Verfolgungsrecht, für welches ihm aber, gegen den Dritten, noch der exekutorische Titel fehlt. (3. A. Das Obertr. erinnert zwar gegen diesen Zweifelsgrund, S. 251 a. a. O.: daß dabei der Begriff eines im Streite befangenen Gegenstandes zu eng aufgefaßt werde, indem der §. 9, Tit. 24 Pr.-O. nicht bloß dann, wenn die Sache selbst, welche Gegenstand des Prozesses, sondern nur das zur Sicherheit eines Anspruchs bestellte Pfand durante lite und in specie im Laufe der Exekutionsinstanz von dem Schuldner veräußert worden, Anwendung finde, wie schon das Pr. 265 feststelle. Das widerlegt jedoch nicht den Zweifelsgrund. Denn es ist außer Streit, daß, wenn wegen einer bereits bestehenden Hypothek die zuständige Real- [Mandats-] Klage gebraucht wird, dadurch das Pfandstück angegriffen, also streitig wird. Davon ist aber hier nicht Rede, vielmehr ist die Frage die: ob die Hypothekneh mung für eine Personalforderung auf Grund eines Judikats dem Gebrauche der erst dadurch begründeten Klage [actio] selbst gleichzustellen. Das bleibt zu erweisen. Durch die Begründung oder ursprüngliche Erwerbung einer Hypothek auf ein Grundstück wird ja dieses Grundstück noch gar nicht in Angriff genommen oder streitig; der Gläubiger erwirbt vielmehr erst dadurch die Hypothekarklage, welche ihm das Mittel sein soll, das Grundstück künftig gegen einen Dritten in Angriff zu nehmen, wenn er nicht bezahlt wird.) In keinem Falle aber kann der ausgesprochene Satz zur Anwendung kommen, wenn das Grundstück schon vor der Eintragung veräußert und die Eintragung nur auf den Glauben des Hypothekenbuchs (§. 410, Tit. 20) geschehen war: dann muß der dritte Besitzer, dem der Einwand der mala fides zusteht (oben, Anm. 8 zu §. 10, Tit. 10), vor der Exekution rechtlich gehört werden.

(5. A.) Der bei Anstellung der Klage legitimirte Negatorienkläger verliert seine Legitimation zur Hauptsache, wenn er nach diesem Zeitpunkte das Eigenthum und den Besitz seines Grundstückes an einen Anderen übertragen hat. Erk. des Obertr. v. 14. März u. 7. Mai 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 184).

10) Nach dem Wortlaute sind auch die Richter und Rechtsanwalte bei dem Obertr. betroffen. Doch nimmt man an, daß diese Beamten nur bei den Gerichten erster und zweiter Instanz gemeint sind; sonst wären jene im ganzen Lande von der Erwerbung einer streitigen Forderung ausgeschlossen. Vergl. das Pr. des Obertr. v. 30. Juli 1836 (Ulrich, Arch. Bd. III, S. 581).

11) An sich lösen, d. h. ankaufen. Denn das Verbot bezweckt nur, das arglistige Vorschieben eines beschwerlichen Gegners und die Erschwerung der Vertheidigung des Schuldners zu verhindern. Den Grundsatz hat auch das Obertr. anerkannt in dem Pr. 1625 vom 11. Okt. 1845: „Diese Gesetze (§§. 385 ff.) hindern die gedachten Personen nicht, Forderungen, welche vor Gericht gehören, bei denen sie angestellt sind, für den Schuldner an den Gläubiger zu bezahlen, und den wirklichen bezahlten Betrag nach §. 43 ff., Tit. 16 von dem Schuldner zurückzufordern." — Auch richterliche Ueberweisungen im Wege der Exekution sind hierdurch nicht verboten; sowie Assignationen überhaupt nicht.

Anh. §. 16. Auch Actuarii[12]) dieses Gerichts gehören in dieser Beziehung zu den richterlichen Personen.

§. 386. Streitig[13]) heißen hier alle[14]) Rechte, welche zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten ganz oder zum Theil nicht anerkannt worden.

§. 387. Haben dergleichen Personen (§. 385) sich auf solche Cessionen dennoch eingelassen, so sind dieselben nichtig, und der Cessionarius bleibt dem Cedenten, sowie dem Schuldner, zur Schadloshaltung, dem Staate aber nach näherer Bestimmung der Kriminalgesetze[15]), zur Strafe verhaftet.

Anh. §. 17. Durch die Genehmigung des Vorgesetzten kann nur die Strafe des Cessionarii, nicht aber das Privatinteresse des Schuldners aufgehoben werden.

§. 388. Injurienklagen können niemals Andern abgetreten werden.

§. 389. Wohl aber ist die Abtretung des Rechts zur Schadloshaltung erlaubt, in sofern letztere einer Schätzung nach Gelde fähig ist.

Von der Valuta bei Cessionen.

§. 390. Was für das abgetretene Recht bezahlt oder gegeben werden soll, hängt lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien ab[16]).

---

12) Darunter werden alle Subalternbeamten der Justizbehörden, insbesondere auch die Sekretäre verstanden. Vergl. die Entsch. des Obertr. vom 30. Juli 1836 in Ulrich, Arch. Bd. III, S. 581.

13) Streitig in dieser Hinsicht heißen nicht Rechte, wenn es zur Zeit der Cession bloß an einem ausdrücklichen Anerkenntnisse des Rechts von Seiten des Verpflichteten mangelt, sondern nur dann, wenn das Recht zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten ganz oder zum Theil, gerichtlich oder außergerichtlich, bestritten worden. Pr. des Obertr. 1144, lit. a, vom 30. April 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 395). In keinem Falle Hypothekenrechte, gegen welche der Schuldner vor der Cession noch keine Einwendung oder Protestation erhoben hat. Durch dieses Pr. ist die Auslegung, welche der J.M. in dem Erl. v. 17. Nov. 1823 (Jahrb. Bd. XXII, S. 164) u. v. 19. Aug. 1836 (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 207) macht, beseitigt. (3. A.) Der Grundsatz des Pr. 1144 findet auch auf Kautionsforderungen Anwendung. Denn solche sind keineswegs als ihrer Natur nach bestritten anzusehen; sie sind nur bedingte oder beschränkte. Pr. des Obertr. v. 19. Dez. 1855 (Entsch. Bd. XXXII, S. 60).

Bei einer hiernach gültigen Cession hat der Umstand, daß die cedirte Forderung zur Zeit derselben in der Exekution befangen ist, nur Einfluß auf die Strafbarkeit des Justizbeamten, der sich auf die Cession eingelassen hat, nicht aber auf die Rechtsbeständigkeit der letzteren. Dass. Pr. lit. b. Dieses Pr. bezieht sich auf den §. 404, Tit. 20, Th. II des A. L.R., wo von Forderungen, die in Prozessen oder in der Exekution befangen sind, Rede ist. Diese Bestimmung ist seitdem mit dem Tit. 20 selbst weggefallen. Dadurch sind manche Zweifel beseitigt, welche die ungleich lautenden Stellen des Tit. 20, §§. 404 ff. und 1339 veranlaßt hatten.

14) Das Obertr. sagt in dem Pr. 953, v. 27. Nov. 1840: „In diesen §§. ist nur die Cession nicht anerkannter eigentlicher Forderungen an die bezeichneten Justizbeamten verboten. Auf die Uebertragung körperlicher Sachen, deren Eigenthum nicht anerkannt oder sogar bestritten, worüber aber noch kein Rechtsstreit anhängig ist, beziehen sich jene Vorschriften nicht." Der Sinn ist unklar. Man kann unter den „eigentlichen Forderungen" Geldforderungen verstehen, im Gegensatze zu Forderungen, deren Gegenstand etwas Anderes, als eine Geldsumme ist. Das würde dem Wortlaute des Gesetzes: „alle Rechte" geradezu widersprechen. Es kann aber auch der Fall gemeint sein, wenn ein Justizbeamter eine körperliche Sache kauft, deren Eigenthum dem Verkäufer von einem Dritten streitig gemacht worden ist. So würde das Pr. mit dem Gesetze harmoniren. Dann aber ist der Ausdruck „eigentlicher Forderungen" unpassend, denn hier ist gar keine Forderung, also auch nicht eine uneigentliche, Gegenstand der Erwerbung. Ueberhaupt ist die Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Forderungen nicht bekannt, man weiß nicht, was man sich unter dem Gegensatze von eigentlichen Forderungen juristisch zu denken hat. — (2. A.) Nach dem jüngeren Pr. v. 27. Febr. 1852 wird das Gesetz nicht auf Geldforderungen beschränkt: „Rechte aus dem Meistgebote können, wenn dem Zuschlage aus irgend einem Grunde widersprochen wird, an einen bei dem subhastirenden Gerichte angestellten Rechtsanwalt nicht abgetreten werden; eine solche Cession ist vielmehr nichtig." (Entsch. Bd. XXIII, S. 95.)

15) Die Strafbestimmungen der §§. 406, 407 und 1339, Tit. 20, Th. II des A. L.R. sind in das neue Strafgesetzbuch nicht übergegangen. Deswegen werden aber die gedachten Justizbeamten, welche verbotswidrig streitige Forderungen „an sich lösen", nicht straflos bleiben; sie werden unter den sehr allgemein lautenden und außerordentlich elastischen §. 1 des Disziplinargesetzes fallen.

16) Aufhebung der lex Anastasiana. (4. A.) Diese Satzung des R.R., bestehend aus zwei Verordnungen, nämlich von Anastasius (L. 22 C. mandati, IV, 35), von dem sie den Namen hat, und von Justinian (L. 23 C. eodem), entzieht dem Ankäufer einer auf eine Geldforderung gehenden Klage

§. 391. Der Verpflichtete kann sich also gegen den Inhaber damit, daß dieser die Forderung für einen wohlfeilern Preis an sich gelöset hat, nicht schützen [17]).

§. 392. Es soll aber jeder bei einem solchen Geschäfte vorgefallene Betrug — untersucht, und nach Vorschrift der Kriminalgesetze bestraft werden.

§. 393. Durch die Erklärung [17a]) des Cedenten, daß der Andere das abgetre- Form.

---

das Klagerecht auf den Betrag derjenigen Summe, welche dem Cedenten unter dem Nominalwerthe der Forderung gezahlt worden ist. Diese anomale Satzung paßt auf den Geldverkehr der Neuzeit gar nicht und hat daher in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis viele Kontroversen hervorgerufen. Die neueren allgemeinen Gesetzgebungen haben sie als unpassend meistens beseitigt, namentlich hier das A. L.R., nach ihm das österr. bürg. G.B. §. 1394, das Badensche Landrecht, und besondere Partikulargesetze in Württemberg, Sachsen-Weimar, Kurhessen, Nassau, Waldeck, und für ganz Deutschland in Betreff der Handelssachen das A. D. H.G.B. Art. 299. Der franz. Code civil hat dies nicht gethan, er hat sie nur durch präzise Bestimmung des Falles, wo sie noch Anwendung finden soll, dahin modifizirt, daß der Schuldner, wider welchen ein streitiges Klagerecht übertragen worden ist, sich seiner Verbindlichkeit gegen den Cessionar dadurch entledigen kann, daß er ihm den wirklichen Preis der Uebertragung, den der Cessionar gezahlt hat, mit Zinsen und Kosten vergütet. (Artt. 1699 bis 1701.) Auf diese Forderungsarten hatte es Anastasius, nach seinen Erwägungen, auch eigentlich abgesehen, die franz. Gesetzgebung hat daher dessen Verordnung auch ganz richtig aufgefaßt und auf ihren wahren praktischen Werth zurückgeführt. Dies gilt denn auch im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln in allen Sachen, welche nicht Handelssachen sind, noch jetzt. (Die Notiz, welche der Berichterstatter des Abgg.-Hauses v. J. 1863 über den von der Regierung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes wegen Aufhebung der lex Anastasiana etc., Drucks. Nr. 73, S. 2, dahin giebt, daß dieselbe durch die franz. Gesetzgebung Art. 1689 seq des franz. Civilrechts beseitigt ist, ist demnach ungenau.) In den preußischen Landestheilen des Gemeinen Rechts, namentlich in dem Bezirke des Justizsenats zu Ehrenbreitenstein, des Appellationsgerichts zu Greifswald und in den Hohenzollernschen Landen, war dieselbe noch bis zum Jahre 1863 in Geltung. In der Session des Landtages von diesem Jahre legte die Staatsregierung demselben einen Gesetzentwurf wegen Aufhebung der lex Anastasiana in den bezeichneten Landestheilen zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme vor. Beide Häuser des Landtages vereinigten sich auch über den verfügenden Inhalt desselben; aber über die Fassung des Eingangs kam die Einigung nicht zu Stande, weil das Abgg.-Haus die Worte: „nach Anhörung der Provinziallandtage der Rheinprovinz und der Provinz Pommern", nicht gutheißen wollte, indem die Provinziallandtage als verfassungsmäßige Faktoren der Gesetzgebung nicht angesehen werden dürften und daher die völlig unnöthige Heranziehung derselben bei der Zustandebringung eines Gesetzes für eine tendenziöse zu halten sei. Das Herrenhaus stellte jedoch diese vom Abgg.-Hause gestrichenen Worte wieder her, und daran scheiterte das Zustandekommen des Gesetzes. — (5. A.) In der folgenden Landtagsdiät (1864) wurde der Entwurf, mit Weglassung des früher beanstandeten Zwischensatzes, wieder vorgelegt, nun allseitig angenommen und demnächst als Gesetz vom 1. Februar 1864 publizirt. (G.S. S. 33.) Uebrigens ist nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer das Anastasische Gesetz auch da nicht anwendbar, wo die Natur des Geschäfts eine genaue Ausmittelung der Summe, welche für die abgetretene Forderung gegeben wurde, unmöglich macht, und dies ist der Fall, wenn für eine Gesammtheit von Forderungen eine deren Nominalbetrag nicht erreichende Summe in Pausch und Bogen gezahlt wurde. Erk. des Obertr. vom 10. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 104). (4. A.) War dem Cedenten und dem Cessionar zur Zeit der Cession bekannt, daß die Forderung gar nicht bestand, so kann der Cedent die Cessionsvaluta auch in dem Falle nicht fordern, wenn ihm der Cessionar die Gewährleistung ausdrücklich erlassen hat. Erk. des Obertr. v. 11. Sept. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 127).

(4. A.) Die Bestimmungen der §§. 322—325 d. T. über die unter einem Kaufe und vorbehaltenem Wiederkaufe verborgenen wucherlichen Darlehnsgeschäfte finden auch auf Cessionen und vorbedungene Rückcessionen von Forderungen Anwendung. Erk. des Obertr. vom 10. März 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 345).

Enthält die Cessionsurkunde keine Angabe des Betrages der Valuta, sondern nur die Erklärung des Cedenten, daß er den Preis der Verabredung gemäß bezahlt erhalten habe, so muß der Cessionar seine Behauptung, er habe den Nominalwerth der Forderung als Valuta bezahlt, beweisen. Erk. des Obertr. vom 9. Okt. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 195).

17) Der Schuldner darf nach dem Preise, um welchen der Cessionar die Forderung an sich gebracht hat, nicht fragen, er muß seine Schuld ganz bezahlen. (4. A.) Darin ändert auch der Umstand nichts, daß die Cession an einem Orte, wo die lex Anastasiana gilt, abgeschlossen worden ist. Vergl. oben, Anm. 90, Abs. 3 zu §. 111, Tit. 5.

17a) (4. A.) Diese Erklärung wird durch das bloße Anerkenntniß des Cedenten, daß dem Cessionar dies Recht zustehe, nicht entbehrlich. Erk. des Obertr. vom 9. Dez. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 158).

tene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll[18]), und durch die Annahme[19]) dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst[19a]) auf den neuen Inhaber über.

---

Zur Wirksamkeit dieser Erklärung ist die Aushändigung der darüber aufgenommenen Urkunde an den Cessionar mit Wissen und Willen des Cedenten erforderlich. Wenn daher die Cessionsurkunde und das cedirte Dokument seitens des von dem Cedenten hierzu nicht beauftragten Notars an den Cessionar ausgehändigt wird, so ist eine rechtsgültige Cession nicht zu Stande gekommen. Vergl. Erk. des Obertr. vom 21. Sept. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 47).

18) Andere Bestandtheile als diese Erklärung des Cedenten und die Annahme des Cessionars hat die Cession nicht. Die Erklärung, daß Valuta gezahlt sei, ist zu deren Gültigkeit nicht nothwendig. Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 253. Insbesondere ist die Gültigkeit einer Cession nicht davon abhängig, daß aus dem Cessionsinstrumente die über die Zahlung der Valuta getroffenen Verabredungen ersichtlich sind. Vergl. Erk. des Obertr. vom 11. und 21. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 174). Es genügt auch eine darüber stattgefundene, der Cession vorhergegangene, im Laufe des Prozesses ihrem Inhalte nach anerkannte mündliche Verabredung. Pr. des Obertr. 1573, vom 2. Juni 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 204). Aber doch nur unter der Voraussetzung, daß der Cessionarius die mündliche Verabredung erfüllt hat oder noch erfüllt. Sonst befindet er sich in keiner anderen Lage, als der, welcher die Erfüllung eines mündlich geschlossenen Vertrages von dem Anderen angenommen hat; er ist nun ebenfalls verbunden, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, oder das Empfangene zurückzugeben. Vergl. o. die Anm. 2 zu §. 376 d. T. und Erk. des Obertr. v. 27. Febr. 1817 (Entsch. Bd. I, S. 159), wo das Richtige genau getroffen ist. Vergl. die folg. Anm. 19. (4. A.) Hierbei notire ich ein Erk. des Obertr. vom 6. Jan. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXII, S. 104) als eine juristische Eigenheit. Dort ist entschieden, daß die allgemeinen Vorschriften über einseitige Erfüllung mündlicher Verträge bei dem mündlichen pacto de cedendo ausgeschlossen bleiben müßten, weil dieses pactum ein Vertrag über Handlungen sei und folglich gemäß §. 165, Tit. 5 die mündlich verabredete Valuta nach geleisteter Handlung (Cession) unbedingt bezahlt werden müsse. Einer Widerlegung könnte man sich überheben; ich mache hier dazu nur diese Bemerkung: Nach dieser Theorie wäre jeder Vertrag ein Vertrag über Handlungen im Sinne des §. 165 und des Tit. 11, Abschn. 8, insbesondere wäre auch der Sachkaufkontrakt und Tausch ein solcher Vertrag über Handlungen. Der Kaufkontrakt und das pactum de cedendo über ein gegen Geldzahlung abzutretendes Forderungsrecht sind in der in Rede stehenden Hinsicht ganz gleichartig: nach jenem soll der Verkäufer dem Käufer eine Sache, und nach diesem eine Forderung zu Eigenthumsrechten geben oder übertragen; jenes geschieht durch die Uebergabe, dieses durch den Cessionsakt, beides durch eine einmalige momentane Leistung, wodurch der Vertrag für alle Zeit erfüllt ist. Ich habe mich indeß eingehend auf diese Lehre einer Darlegung des Irrthums in meiner Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, Th. I, §. 121, Nr. I, unterzogen und verweise darauf. M. vergl. auch die eigene ältere Meinung des Obertribunals oben, in der Anm. 50, Abs. 2 zu §. 165, T. 5. — (5. A.) Das Obertr. ist von seiner unrichtigen Lehre zurückgekommen. In dem Erk. v. 28. Juni 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 60 und Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 294) führt es aus: daß der Akt der Cession als bloßer Akt der Uebergabe nicht Gegenstand, sondern nur Folge des Vertrages sei, daß sonach auch auf den ihr vorangegangenen Vertrag (das pactum de cedendo), zumal wenn die Gegenleistung des Erwerbers in baarem Gelde besteht, die §§. 408 ff., I, 5 des A. L.R. so wenig, wie auf Kaufverträge, Anwendung fänden. Damit ist die rechte Bahn wieder betreten. — Später ist das Obertr. wieder rückfällig geworden. S. die folg. Anm. 19, Abs. 1 a. E.

19) Die Acceptation der Cession von Seiten des Cessionars kann auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, rechtsbeständig geschehen. S. auch Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 163, und o. Anm. 2, Abs. 3 zu §. 376. Aber nur, was eben die Vollziehung des Traditionsakts betrifft. Ist die Frage von der Verbindlichkeit des Cessionars zur nachträglichen Erfüllung des der Cession zum Grunde liegenden lästigen Geschäfts, so genügt dazu die stillschweigende Acceptation der Cession nicht; weil die Acceptation eines Versprechens oder Thuns kein Modus zur Verbindlichmachung des Acceptanten ist: nicht der Acceptant, sondern der Promittent macht sich verbindlich. S. o. die Anm. 2 zu §. 376 d. T. Das Obertribunal sagt in einem Erk. v. 4. Jan. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 149), die schriftliche Form des Cessionsakts, in Verbindung mit der Aushändigung der Cessionsurkunde an den Cessionar und deren Annahme durch den Letzteren, ergänzt die fehlende schriftliche Form des pacti de cedendo. Dies ist in Betreff des Cessionars nur dann wahr, wenn die Annahme desselben gleichfalls die schriftliche Form hat und die Cessionsvaluta, falls sie noch unbezahlt ist, in der Urkunde sich bestimmt ausgedrückt findet. — Die stillschweigende Annahme der einseitig vollzogenen Cessionsurkunde giebt auch keinen Beweis für den Inhalt des mündlich verabredeten pactum de cedendo gegen den Cessionar, zumal wenn dieser ein Analphabet ist; denn die Urkunde ist ein scriptum proprium des Beweisführenden. Vergl. die in Mathis Bd. I, S. 236 ff. mitgetheilte richtige Entscheidung des Appellationssenats des Kammergerichts v. 7. Januar 1805 über einen solchen Rechtsfall.

§. 394. Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind[20]), cedirt, so muß[20a]) auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich[21]) erfolgen.

---

(5. A.) In einem Erk. v. 29. Sept. 1863 bringt das Obertr. seine eigenthümliche Theorie wieder zur Geltung, indem es sagt: „Der §. 156, I, 5 des A. L.R., in soweit er ein Wahlrecht der Kontrahenten anerkennt, muß bei Cessionsverträgen dann, wenn die Cession bereits geleistet und vom Cessionar angenommen ist, außer Anwendung bleiben, weil zur Uebertragung des Eigenthums verbriefter Forderungen nach den §§. 393, 394 d. T. nur von Seiten des Cedenten schriftliche Erklärung erforderlich ist." (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 294.) Die Deduktion ist völlig unschlüssig. Es handelt sich nicht um die Gültigkeit des Uebertragungsakts in Beziehung auf das Forderungsrecht, sondern die Frage ist die: ob die geforderte Gegenleistung rechtsverbindlich versprochen worden. Dieses kann das Obertr. nicht beweisen, es springt über die Frage hinweg. — In einem späteren Erk. vom 8. Sept. 1864 unternimmt es die Beweisführung und sagt: „Der Betrag (der vereinbarten Valuta) brauchte in der Cessionsurkunde nicht angegeben zu werden. — Schreibt nun das Gesetz der in gehöriger Form geschehenen angenommenen Cession (§. 394) die unbedingte Wirkung zu, daß das Recht von dem Cedenten auf den neuen Inhaber übergeht, so wird eben dadurch jeder willkürliche Rücktritt des neuen Inhabers ausgeschlossen. Die Form der Uebertragung deckt hier zugleich diejenige der Verabredung der Valuta, indem die Annahme der Uebertragung vom Gesetze als eine genügende Konstatirung der Existenz einer Verabredung über die Valuta angesehen wird." (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 220.) Dieser vermeintliche Beweis enthält gar nichts weiter als zwei Behauptungen. Nach der einen soll die förmliche Cession zugleich die Form des derselben zum Grunde liegenden Vertrages (Titels) decken. Diese Behauptung ist die bestrittene und soll eben bewiesen werden; die §§. 376 ff. berühren die Form des vorausgesetzten Vertrages durchaus gar nicht, sie beschäftigen sich lediglich mit der Erfüllung desselben. Nach der anderen soll die acceptirte Cession zugleich eine Konstatirung der Existenz der Verabredung über die Valuta sein. Dies ist eine ganz willkührliche, durch gar nichts berechtigte Fiktion, die nicht einmal Gründe einer praesumtio hominis für sich hat. Wo existirt diese Verabredung, wenn der vorausgesetzte Vertrag oder Cessionstitel ein Innominatkontrakt do ut des ist? Oder soll etwa eine sich darauf gründende formell rechtsgültige Cession von Anfang null und nichtig sein? Dieses zu behaupten würde doch wohl widersinnig sein. Kann solches das Obertr. nicht behaupten und beweisen, so muß es seine Theorie aufgeben. Für dieselbe beruft es sich noch auf eine Analogie und sagt: „Der Fall ist analog der mündlichen Verabredung der Valuta eines Wechsels, welche, wie das Obertr. auch schon ausgesprochen, durch die Schriftlichkeit des Wechsels gedeckt wird." Die Richtigkeit dieses Satzes aber ist nach der Theorie des Landrechts durchaus zu bestreiten für alle Fälle, wo das fragliche Wechselgeschäft nicht als Handelsgeschäft gelten kann oder wo sonst die Schriftform nicht erforderlich ist. Zuletzt greift das Obertr. wieder zurück auf seine früher schon einmal wieder aufgegebene Auffassung der Cession als eines Vertrages über Handlungen (s. die vor. Note 18), indem es fortfährt: „Es ist also nicht einmal nöthig, wie in den früheren Deduktionen mitunter geschehen ist, auf den §. 165, I, 5 hinzuweisen, und das pactum de cedendo als einen Vertrag über eine Handlung (Cession) aufzufassen, obwohl auch dies dem §. 377, I, 11 entspricht." Damit widerspricht es sich selbst. Daß das sog. pactum de cedendo kein Vertrag über Handlungen im Sinne des §. 165, I, 5, sondern, wenn ein Preis verabredet worden, ein Kauf ist, kann man, da das Landrecht die Sache stillschweigend voraussetzt und nichts Neues erfunden hat, aus dessen Quelle, nämlich aus dem Digestentitel de hereditate et actione vendita (L. 4—5, L. 14 pr., L. 17, 19, 23), ersehen. Die L. 17 sagt: „Nomina — — et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest." Die Rechtshandlung, welche wir Cession nennen, ist wesentlich nichts weiter als die Erfüllung des Kaufs seitens des Verkäufers, gleich der Tradition bei dem Sachkaufe, wie allgemein bekannt.

Wenn dem Hypothekenrichter eine formgemäße Cession vorgelegt wird, um sie einzutragen, so hat er von Amtswegen die Annahme nicht zu bezweifeln und der Eintragung nicht Anstand zu geben. R. des J.M. vom 6. März 1840 (J.M.Bl. S. 96).

19a) (5. A.) D. h. bei einer Obligation das Recht der Forderung; keineswegs kann der Cessionar für den Besitzer desjenigen Geldes gelten, welches der debitor cessus in Folge der Seitens der Gläubiger des Cedenten auf die cedirte Forderung ausgebrachten Beschlaglegungen nicht an ihn, den Cessionar, sondern zum gerichtlichen Depositorium eingezahlt, und über welches das Gericht, behufs der Vertheilung unter die Gläubiger des Cedenten, ein Prioritätsverfahren eingeleitet hat. Erk. des Obertr. vom 26. März 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 133). Besitzer des Geldes ist der Cessionar freilich nicht; daraus folgt aber nicht, daß die Gläubiger des Cedenten, eine ernstlich gemeinte Cession vorausgesetzt, sich daraus bezahlt machen können, die Beschlagnahme müßte denn älter als die Cession sein, was nicht erhellet; die Cession war jedoch simulirt, dabei aber war es unerheblich, daß der Cessionar nicht Besitzer des Geldes war, er war ebenso wenig Eigenthümer der Forderung geworden.

20) Sind keine schriftlichen Urkunden vorhanden, so bedarf der Cessionar doch des Ausweises bei

§. 395. Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments[22]), und einer schriftlichen[23]) auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt[24]).

---

dem Schuldner und auch bei dem Richter im Falle der Klage. Er muß deshalb eine Schrift des Cedenten oder die mündliche Erklärung desselben beibringen. (3. A.) Bei Hypothekenposten muß überdies zur Cession ein Instrument nachträglich ausgefertigt werden. Hypothekenordnung Tit. 2, §. 205 und Ges. v. 24. Mai 1853, §. 17. Auch ist es nützlich, bei der Cession einer solchen bis dahin unverbrieften Post den Schuldner zuzuziehen. Denn der Realschuldner, welcher eine bezahlte Realschuld löschen zu lassen versäumt hat, ist, wenn die Forderung demnächst weiter cedirt worden, seines Zahlungseinwandes gegen den Cessionar nicht verlustig, wenn über die eingetragene Forderung kein Schuldokument vorhanden war. Die nachträgliche, von dem Hypothekenrichter veranlaßte Anfertigung eines solchen Dokuments kann diesen Einwand nur beseitigen, wenn aus diesem Dokumente nicht die schon erfolgte Tilgung an den damaligen rechtmäßigen Gläubiger ersichtlich ist. Pr. des Obertr. v. 11. Juni 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 222).

20a) (5. A.) Muß. In dem vorausgesetzten Falle ist die schriftliche Form der Cession wesentlich im Sinne des §. 109, Tit. 5, mithin ist die mündliche Cession ohne Unterschied der Summe rechtsungültig. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 83). — Vergl. Anm. 16, Abs. 2 zu §. 15, Tit. 20.

21) S. o. die Anm. 6 zu §. 506, Tit. 9.

Zur Erfüllung eines über die Cession einer solchen Schuldforderung, worüber eine briefliche Urkunde vorhanden ist, mündlich geschlossenen Vertrags reicht die bloße Einhändigung der mündlich cedirten Schuldurkunde nicht hin; vielmehr ist die schriftliche Abfassung der Cession zur vollständigen Uebertragung des Eigenthums des abgetretenen Rechts an den neuen Erwerber desselben erforderlich. Pr. des Obertr. vom 12. Dezember 1845 (Entsch. Bd. XIV, S. 237).

Wenn die Uebertragung einer Forderung, worüber ein Dokument vorhanden ist, vereinbart, und dem neuen Erwerber jenes Dokument mit der zum Zeichen der Uebertragung darunter gesetzten Namensunterschrift des Cedenten ausgehändigt worden ist, so kann der Cedent der Gültigkeit des Cessionsgeschäfts den Einwand nicht entgegenstellen, daß es an einer schriftlichen Cession fehle. Pr. des Obertr. 1965, v. 20. Dezember 1847. Bei einer späteren Berathung in einer ähnlichen Prozeßsache ist folgender Zusatz beschlossen: „Vorausgesetzt, daß ein wirkliches Blanko-Giro vorhanden, also über der Namensunterschrift des Cedenten Raum zur Erfüllung gelassen ist." (Entsch. Bd. XVI, S. 142.) In Beziehung auf Eisenbahn-Quittungsbogen ist angenommen, daß die Cession derselben auch durch Blanko-Unterschrift und demnächstige Aushändigung des Quittungsbogens an den Cessionar geschehen könne. Erk. des Obertr. vom 12. November 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 9). Das entgegengesetzt lautende ältere Pr. v. 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 161) ist durch den Pl.-Beschl. vom 16. Januar 1846 (Anm. 7a) in diesem Punkte nicht beseitigt und wird auch nicht gründlich widerlegt. Angewendet findet es sich auch in der, im Schles. Arch. Bd. VI, S. 265 ff. mitgetheilten Entscheidung v. 30. Januar 1846. Eine Cession in blanco ist entweder gar keine Cession (wenn der Auftrag zur Ausfüllung fehlt), oder nur eine mündliche. (4. A.) Uebrigens versteht sich, daß bei Anwendung jenes Pr. 1965 derjenige, welcher sich auf eine Cession oder Verpfändung in Blanko beruft, zunächst die stattgefundene Vereinbarung beweisen muß. Erk. des Obertr. v. 12. Januar 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 140). Jedenfalls darf der Blankocession nicht Wirkung über den ersten Nehmer (Cessionar) hinaus beigelegt und solchergestalt der Blankocession nicht unbedingt die Bedeutung der im §. 394 bei dem Vorhandensein einer Urkunde über die Forderung ausdrücklich vorgeschriebenen schriftlichen Cession beigelegt werden. Deshalb ist ein Cessionar des ersten Blankocessionars, zumal ohne Ausfüllung der angeblichen Blankocession, durch den bloßen Besitz des Papiers, als Erwerber der Obligation und zur Klage nicht legitimirt. Er kann auch nicht als redlicher Erwerber des Papiers angesehen werden, wenn er verabsäumte, sich bei dem ersten Gläubiger über die Bedeutung seiner, des Gläubigers, Namensunterschrift zu erkundigen, wenn sich demnächst findet, daß diese Unterschrift nicht in der Absicht, die Forderung zu cediren, auf den Schuldschein gesetzt worden ist. I. 7, §. 15. S. Erk. des Obertr. v. 18. Juni 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 289).

S. auch das Pr. 2230 u. in der Anm. zu §. 1065 d. T.

(4. A.) Die gesetzlichen Formen und Normen für Rechtsübertragungen können durch bloße Privatwillkür nicht geändert oder beseitigt werden. Doch können Schuldscheine, welche auf die „Waarenkredit-Gesellschaft" zu Berlin über eine Forderung derselben ausgestellt sind, wenn sie auch auf Order der berechtigten Gesellschaft lauten, oder wenn sich auch der Aussteller, nach den auf deren Rückseite befindlichen Bedingungen, der Uebertragung durch Blankogiro unterworfen hat, durch bloßes Blankogiro nicht, vielmehr lediglich durch schriftliche Cession resp. einen den wesentlichen Requisiten einer solchen entsprechenden Vermerk übertragen werden. Erk des Obertr. v. 26. März 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 366).

22) Deshalb gehört die Aushändigung des Instruments mit zur vollständigen Uebergabe oder Er-

§. 396. Nach geleisteter Zahlung muß er sich das Instrument ausantworten, oder wenn es nur eine Abschlagszahlung war, dieselbe auf dem Instrumente vermerken lassen.

---

füllung des pactum de cedendo, wenngleich nicht wesentlich zur Uebereignung des Forderungsrechts selbst. (4. A. Daher sagt das Obertrib. in dem Erk. vom 7. November 1862, Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 151, richtig: „Im Verhältnisse zu dem Eigenthume an der Hypothekenforderung bildet nicht nur das Recht auf den Besitz des bezüglichen Schuldokumentes, sondern auch das Recht auf gerichtliche oder notarielle Anerkennung der Privatquittung (Cession), ein Zubehör; beiderlei Rechte müssen daher mit der Cession der Forderung als abgetreten angesehen werden. Vergl. auch Erk. dess. vom 28. April 1868, Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 314.) Der Fall der Cession einer verbrieften Forderung, zumal einer Hypothekenforderung, ohne Aushändigung des Instruments, hat Aehnlichkeit mit der Uebergabe eines Grundstücks, von welchem der Tradent die Besitztitelberichtigung nicht vorbereitet; der Erwerber kann sich des Gegenstandes dann nicht bedienen. Es macht, in Beziehung auf den Uebergang des Rechts auf den Cessionar, keinen Unterschied hinsichtlich der Aushändigung des Instruments, ob die Forderung ganz oder nur theilweise cedirt worden ist. Das Obertr. hat darüber in dem Pr. 193, v. 25. März 1837, ausgesprochen: Das Eigenthum einer cedirten Forderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, geht auch bei Partialcessionen auf den Cessionar durch die bloße schriftliche Erklärung des Cedenten, ohne Uebergabe des betreffenden Dokuments, oder der davon abzuzweigenden Urkunde, über. Ob die Forderung eine bloß persönliche, oder eine hypothekarische ist, macht dabei keinen Unterschied (Entsch. Bd. II, S. 332). Der Satz ist aber doch nur in Beziehung auf den Cedenten unbedingt wahr, nicht in dem Verhältnisse des Cessionars zu dem Schuldner und zu einem Dritten. Der Schuldner braucht denjenigen, der bloß eine schriftliche Erklärung des Cedenten hat, für seinen Gläubiger nicht anzunehmen; er kann nur an den Inhaber des Instruments in Folge der Erklärung des bisherigen Gläubigers (Cedenten) sicher zahlen. Hat der Gläubiger die Post an Mehrere nach einander cedirt, so hat, die Redlichkeit vorausgesetzt, derjenige von ihnen, dem das Instrument ausgehändigt worden ist, das Forderungsrecht wirklich erworben, wenn auch seine Cession die jüngste wäre. Dies erkennt das Obertr. selbst in einem späteren Pr. v. 5. Mai 1838 an, welches lautet: „I. Zur Gültigkeit der gänzlichen oder theilweisen Cession einer Forderung ist die Uebergabe der, über die letztere sprechenden Urkunde nicht nothwendig. II. Wenn jedoch ein Aktivum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Autor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuldurkunde in gutem Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die, durch frühere Cessionen erworbenen Ansprüche der Uebrigen aus." (Entsch. Bd. IV, S. 70.) Der zweite Satz hebt den ersten in Beziehung auf das Verhältniß des Cessionars zu dem Schuldner und zu dritten Personen wieder auf. Beide Sätze schließen sich einander aus. Ist der zweite Satz wahr, so enthalten der erste Satz und das vorgedachte Pr. 193 keine Rechtswahrheit. Denn wenn das Eigenthum des Rechts wirklich auf den ersten Cessionar übergegangen ist, so ist es rechtlich ganz unmöglich, daß der Veräußerer ebendasselbe Recht hinterdrein auf einen zweiten Cessionar übertragen kann. Zur Uebertragung des Eigenthums ist also die Aushändigung des vorhandenen Schuldinstruments im Grunde doch nothwendig, bei Hypotheken nämlich (§. 397); anders bei Personalforderungen (Tit. 16, §§. 126, 127). — Es ist aber, sagt das Obertr., bei verbrieften Forderungen eine gültige Uebergabe, wenn der Gläubiger die Urkunde dem Schuldner zurückgiebt, diesen eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars oder Beschenkten ausstellen läßt, und Letzterer solche annimmt. Pr. des Obertr. 1709, vom 21. Febr. 1846. Eigentlich ist das eine Delegation, welche als Mittel zur Schenkung gebraucht wird. S. u. d. Anm. zu §. 1037.

Ueber die rechtlichen Folgen der unterbliebenen Aushändigung des Instruments an den Cessionar: unten, Anm. 49 zu §. 522, Tit. 20.

23) S. o. das Pr. 1663 in der Anm. 21 zu §. 394 d. T.

24) Die Einrede der Simulation steht dem debitor cessus gegen die Klage des Cessionars, die sich auf eine der Form nach gültige Cession gründet, in der Regel nicht zu, ist vielmehr für eine exceptio de jure tertii zu erachten. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch ein, wenn der debitor cessus den §. 2 des Gesetzes vom 26. April 1835 (jetzt §. 5 des G. v. 9. Mai 1855) über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger für sich in Anspruch zu nehmen befugt ist. Pr. des Obertr. 1654, vom 8. Dezember 1855. — Eine andere Ausnahme erkennt an das Pr. 2074, und in der Anm. 44 zu §. 412 d. T.. — (4. A.) Ueberhaupt ist dieser Einwand keine exceptio de jure tertii, wenn der debitor cessus dabei ein eigenes Interesse hat und somit die Einrede aus seinem eigenen Rechte und nicht bloß aus dem Rechte eines Dritten ableitet. Vergl. Erk. des Obertr. v. 6. Nov. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 91), und v. 28. September 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIX, S. 85).

Der debitor cessus kann überhaupt zu irgend einer Leistung an den Cessionar oder zu Gunsten desselben nicht angehalten werden, ist also auch auf des Letzteren Aufforderung zur Vertragserfüllung, wenngleich dieselbe nicht in Zahlung besteht, hierzu so lange nicht verbunden, als dieser den Nachweis der ihm ertheilten Cession schuldig geblieben ist. Erk. des Obertr. v. 29. Sept. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 272).

§. 397. Hat der Schuldner diese Vorschriften (§§. 395, 396) vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen [25]).

§. 398. Der Cedent aber muß die Zahlung wider sich gelten lassen, wenn die von ihm an den Empfänger wirklich geleistete Cession [25a]) auch nur auf andere Art [26]) erwiesen werden kann.

§. 399. Wird von mehreren in einem Instrumente enthaltenen Forderungen nur eine [27]) cedirt, so muß von dem Instrumente eine beglaubte Abschrift gefertigt; — [27a]) auf dem Hauptinstrumente aber, daß und welche der darin enthaltenen Forderungen cedirt sei, bemerkt werden [28]).

28. V. v. 8. Februar 1811, betr. die Kündigung und Abzweigung oder Partialcession der Schuldverschreibungen. (G.S. S. 150.)

Wir ꝛc. haben von den Zweifeln und Bedenklichkeiten Kenntniß genommen, welche bei einigen Gerichtshöfen über die Kündigung und Abzweigung oder Partialcession ausstehender Forderungen entstanden sind.

---

25) Die §§. 395—397 beziehen sich auf Hypothekenforderungen, die §§. 407 und 413 d. T. dagegen, sowie die §§. 126, 127, Tit. 16 auf bloße Personalforderungen. Außerdem sind die beiden Gruppen von Stellen nicht miteinander zu vereinigen. — Cedirte Hypothekenforderungen kann der Cessionar, ohne Beibringung des Instruments, auch nicht zur Kompensation verwenden.

(4. A.) Bei richtiger Beziehung des §. 397 schwindet jedoch der scheinbare Widerspruch. Unter dem „dritten redlichen Inhaber der Forderung" muß derjenige verstanden werden, der es schon zur Zeit der Zahlung war, nicht jeder spätere Cessionar, an welchen der Zahlungsempfänger die Post hinterdrein cedirt hat. Denn vorher geschah die Zahlung an den rechten Gläubiger und der Schuldner vernachlässigte nichts in der Legitimationsfeststellung; folglich muß sich der Cessionar des rechtmäßigen Zahlungsnehmers die Zahlung entgegensetzen lassen. Wäre aber die Cession schon vor der Zahlung geschehen, so würde der Schuldner an den unrechten gezahlt haben, und müßte die Folgen seiner Unvorsichtigkeit, ohne Nachweis der Legitimation gezahlt zu haben, tragen. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 7. Februar 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 91).

25a) (4. A.) Unter der „wirklich geleisteten Cession" ist auch die ganz formlose mündliche Cession inbegriffen, selbst wenn an sich die Cession schriftlich hätte folgen sollen. Erk. des Obertr. v. 16. Nov. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 327). (5. A.) Der Cedent hat die Zahlung veranlaßt, er muß seine Handlung gegen sich gelten lassen, er hat es so gewollt, ihm steht die exceptio doli entgegen.

26) Hierdurch wird die Regel, daß bei verbrieften Forderungen die Cession schriftlich sein muß (§. 394), nicht aufgehoben.

27) Oder ein Theil der darin enthaltenen Forderungen (Partialcession). Vergl. o. die Anm. 22. Wird eine Hypothekenforderung in Theile zerlegt und an verschiedene Gläubiger (Cessionarien) gebracht, so haben Alle gleiche Rechte und nehmen aus dem unzulänglichen Unterpfande verhältnißmäßige Befriedigung. Streitig war der Fall, wo nicht die Hauptforderung getheilt, sondern nur die Accessorien (Zinsen) in anderen Händen waren. Eine Meinung wollte den Inhaber der Zinsenforderung bevorzugen, die andere Meinung wollte auch hier verhältnißmäßige Befriedigung der beiden Gläubiger eintreten lassen. Die Praxis hat sich durch den Plenarbeschluß des Obertr. (Pr. 783) v. 14. Okt. 1839 (Entsch. Bd. V, S. 74 ff.) für die erste Meinung entschieden auf Grund des §. 153, Tit. 16 und die Pr.-O. Tit. 50, §. 512. Diese Bestimmungen beziehen sich jedoch nur auf das Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger, in Betreff der Anrechnung von Abschlagszahlungen, und berechtigen den Gläubiger zu seinem Vortheile die Theilzahlung zuerst auf Kosten, dann auf Zinsen und zuletzt auf das Kapital zu rechnen, sie haben nicht die Kollision mehrerer Gläubiger unter einander zum Gegenstande. Die andere Meinung stützt sich auf die juristische Natur der Forderungen, wonach die Accessorien nicht selbstständige Forderungen, sondern bloße Erweiterungen und somit Theile der Forderung sind.

27a) (3. A.) Hier fallen die Worte: „auf diese die Cession gesetzt", aus, da nach der Vorschrift des G. v. 24. Mai 1853, §§. 16 u. 9 (G.S. S. 521) die Cessionen nicht mehr mit dem Instrumente und der davon genommenen vidimirten Abschrift verbunden werden.

28) Die Vorschrift gilt auch von Hypothekenforderungen, und es ist durch die neuere allgemeine Vorschrift des A. L.R. die ältere Bestimmung der Hypothekenordnung Tit. II. §. 208 aufgehoben. R. v. 31. Dezember 1830. (Jahrb. Bd. XVI, S. 255.)

Um allen ferneren Streit darüber zu heben, verordnen Wir hiermit Folgendes:

1) Der Gläubiger, welcher das Recht hat, eine ganze Schuldforderung aufzukündigen, ist auch zur Kündigung eines Theils derselben befugt.

2) Eben diese Befugniß steht auch dem Schuldner zu.

3) Beide, der Gläubiger wie der Schuldner, sind berechtigt, auf die ihnen geschehene Partialkündigung, sofort die ganze Schuld zu kündigen.

4) Kündigungsfähige Schuldverschreibungen können mit gleicher Wirkung, wie im Ganzen, so auch zum Theil Andern abgetreten werden.

5) Es ist dabei eben so zu verfahren, wie in dem Falle, wenn von mehreren in einem Instrumente enthaltenen Forderungen Eine cedirt wird. (A. L.R. Th. I, Tit. 11, §. 399.)

6) Derjenige, welchem auf solche Art ein bestimmter Antheil einer kündigungsfähigen Schuldverschreibung abgetreten worden, ist befugt, diesen seinen Antheil dem Schuldner zu kündigen.

7) Die Kündigung muß jedoch dem Schuldner dergestalt zeitig bekannt gemacht werden, daß derselbe die Freiheit behalte, auch zugleich von seinem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen und sich der ganzen Schuld auf einen Tag durch volle Zahlung zu entledigen.

8) Der Einwand des Schuldners, daß nicht ein Theilnehmer allein, sondern nur alle Theilnehmer zusammen zur Kündigung berechtigt seien, findet nicht statt[28a]).

9) Diese Verordnung soll nicht nur auf künftige Fälle, sondern auch auf frühere Schuldverschreibungen, Cessionen und Kündigungen, vorausgesetzt, daß der Streit nicht schon rechtskräftig entschieden oder verglichen ist, angewendet werden.

3. K.O. v. 6. November 1834, über die Vidimation der Urkunden und die Abzweigung der Schuldokumente. (G.S. S. 180.)

Auf Ihren gemeinschaftlichen Antrag bestimme Ich, zur Beseitigung der Bedenken über die Anwendung der Vorschriften des §. 28, Tit. 3, Th. II und des §. 81, Tit. 7, Th. III der Allg. G.O., daß beglaubte Abschriften gerichtlich aufgenommener oder konfirmirter Instrumente, wenn sie auch nicht von demselben Gerichte, von welchem das Original aufgenommen oder bestätigt worden, sondern von einem andern inländischen Richter oder von einem inländischen Notarius ausgefertigt sind, die Stelle des Originals mit voller Wirkung zu vertreten geeignet sein sollen[29]). Bei Abzweigung von Schuldokumenten haben die Gerichte und Notarien die Vorschriften der Hypothekenordnung §§. 207, 208, Tit. 2 sorgfältig zu beobachten, und bei eigener Vertretung die über die Cessionsverhandlung aufgenommene Registratur[29a]) auf das in den Händen des Cedenten zurückbleibende Original dergestalt zu setzen, daß sie von demselben nicht getrennt werden könne[30]).

---

28a) (4. A.) Auch in Ansehung der für das ganze Kapital festgesetzten Kündigungsmaßgabe, wie z. B., daß von dem Ganzen jährlich nur eine bestimmte Summe gekündigt werden dürfe, findet der Einwand nicht statt; das Kündigungsrecht eines jeden Partialgläubigers ist nur dahin beschränkt, daß im Ganzen genommen von ihnen nur die festgesetzte Summe gekündigt werden kann, gleichviel: wer von ihnen dieses, das Ganze nicht überschreitende Kündigungsrecht ausübt. Erk. des Obertr. v. 9. Juli 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 90).

(5. A.) Auch eine auf verschiedenen Rechtsgründen beruhende Gesammtforderung, z. B. der Gesammtbetrag der Rechnung eines Baumeisters, deren verschiedene Posten aus verschiedenen Rechtsgründen herrühren, kann in einzelnen Theilen cedirt werden. Jeder Einzelne der verschiedenen Cessionarien je eines bestimmten Betrages der auf verschiedenen Rechtsgründen beruhenden Gesammtforderung des Cedenten ist für sich allein zur Einklagung des ihm abgetretenen Betrages berechtigt, wobei freilich alle verschiedenen Positionen der Gesammtsumme zur Erörterung kommen können. Erk. des Obertr. vom 7. Juli 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 173).

29) Hierdurch soll die von einigen Gerichten aufgestellte Ansicht beseitigt werden, daß die Anfertigung der vidimirten Abschriften, welche bei Partialcessionen hypothekarischer Forderungen an die Stelle der Originalinstrumente zu treten bestimmt sind, mit voller Wirkung nur durch den betroffenen Hypothekenrichter, also nicht durch andere Gerichte oder Notarien erfolgen könne. In allen übrigen Punkten hat dadurch in dem Verfahren bei der Aufnahme der Partialcessionen nichts geändert werden sollen, und es verbleibt daher auch ferner bei der Bestimmung des §. 399 d. T. R. v. 21. Febr. 1835. (Jahrb. Bd. XLV, S. 224.)

29a) (3. A.) Unter dieser Registratur ist nur der im §. 399 angeordnete Vermerk zu verstehen.

3ª. G. betr. einige Abänderungen der Hypothekenordnung v. 20. Dezember 1783. V. v. 24. Mai 1853. (G.S. S. 521.)

§. 9. Cessionen und Verpfändungen werden nicht auf dem Instrumente über die cedirte oder verpfändete Post ganz oder zum Theil niedergeschrieben und mit demselben verbunden, sondern müssen abgesondert ausgefertigt und nebst den dazu gehörigen Legitimationsurkunden des Cedenten oder Verpfänders der Hypothekenbehörde eingereicht werden.

§. 400. Von den Cessionen der in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen — [31]) ist das Nöthige gehörigen Orts besonders vorgeschrieben. (Tit. 20, Absch. 1. —) [31a]).

§. 401. Bei Instrumenten, die auf jeden Inhaber lauten, bedarf es zur Uebertragung des Eigenthums keiner Cession [32]).

Wirkungen der Cession zwischen dem Cessionario und dem Schuldner.

§. 402. Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte [33]) und damit verbundenen Pflichten [33a]) des Cedenten [34]).

---

R. vom 21. Februar 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 224); Instr. v. 3. August 1853 Art. 9 (J.M.Bl. S. 275).

30) Durch den Schlußsatz der K.O. vom 6. November 1834 sind die §§. 206—208, Tit. II der Hypothekenordnung nicht abgeändert worden; der Zweck derselben ist vielmehr nur der, die Anstände zu beseitigen, welche der §. 28, Tit. 3, Th. II der A. G.O. durch die Vorschrift herbeiführte, daß nur solche vidimirte Abschriften mit dem Originale gleiche Kraft haben sollen, deren Beglaubigung bei demselben Gerichte erfolgt, welches das Original aufgenommen oder bestätigt hat. R. v. 17. September 1835. (Jahrb. Bd. XLVI, S. 128.) Vergl. die vor. Anm. — Die Vorschrift des gedachten §. 28 hat aber doch ihre vernünftigen Gründe.

31) „Ingleichen der Wechsel oder Anweisungen unter Kaufleuten", hieß es hier unter Bezugnahme auf Th. II, Tit 8, Abschn. 8 u. 9. Diese beiden Abschnitte sind aufgehoben.

31ª) (3. A.) Dort ist im §. 512 wieder auf den 11ten Titel verwiesen.

32) Solche Instrumente werden wie körperliche Sachen behandelt und können nur durch körperliche Uebergabe auf Andere eigenthümlich übertragen werden. Vergl. Pr. des Obertr. vom 7. April 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 154), und Entsch. Bd. XVI, S. 116. In Beziehung auf diese rechtliche Beschaffenheit des Papiers macht es keinen Unterschied, ob der Aussteller eine öffentliche oder eine Privatperson ist. Eine andere Frage ist: ob dergleichen Privatpapiere Geltung haben. (5. A.) Das Gleiche gilt auch von mit einem Blanko-Giro versehenen Wechseln, indem den Wechselbriefen durch das Blanko-Giro in dieser Beziehung der Charakter eines Werthpapiers auf den Inhaber gegeben wird. Erk. dess. vom 6. September 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 232). Vergl. Artt. 13, 36 der A. D. W.O. u. Anm. 41 zu Art. 12.

33) S. u. die Anm. 37 zu §. 404 d. T. — (2. A.) Wenn der Kurator einer Konkursmasse mit der, die Aufhebung eines zwischen dem Gemeinschuldner und einem Dritten vor eröffnetem Konkurse geschlossenen lästigen Vertrages bezweckenden, auf Grund des §. 55, Tit. 50 Pr.O. wider den Letzteren erhobenen Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, so kommt diese Entscheidung auch demjenigen, der die veräußerte Sache von jenem Dritten erworben hat; dergestalt zu Statten, daß er wegen Herausgabe derselben auf Grund des §. 56 a. a. O. ebenfalls nicht weiter in Anspruch genommen werden kann. Pr. des Obertr. 2237, v. 11. Dez. 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 123). Der Fall betraf Cession von Forderungen eines Gemeinschuldners, auf deren Rescission der Kurator gegen den Cessionar vergeblich geklagt hatte, wonächst er die Rückforderungsklage noch gegen den weiteren Cessionar anbrachte. Das Obertr. spricht in den Motiven aus, daß die Wirkung des von dem ersten Cessionar erstrittenen Judikats, vermöge des §. 402 d. T., auf den weiteren Cessionar übergehe.

Die Frage ist: welche Rechte für abgetreten erachtet werden müssen, in Beziehnng auf accessorische Rechte, namentlich Unterpfand und Bürgschaft. Bei dem eigentlichen Pfande kann kein Zweifel sein, weil die körperliche Uebergabe entscheidet. Bei Hypothekenforderungen ist gleichfalls durch die vorausgesetzte oder ausdrücklich bedungene Eigenschaft jedes Bedenken abgeschnitten. Zweifelhaft könnte, bei den weitern Cessionen, schon scheinen: ob die Gewährleistung, welche der erste Cessionar sich für die Sicherheit besonders ausbedungen hat, in seiner weiteren Cession für mit abgetreten zu erachten. Doch ist auch das nur Schein; denn in Wahrheit cedirt er sein ganzes Recht aus diesem Verhältnisse, wenn er sich nichts vorbehält. Vergl. auch den §. 100 der Einleitung. Wirklich zweifelhaft aber ist der Fall der Bürgschaft für die cedirte Forderung. Dieser Fall ist einer zwiefachen Auffassung empfänglich, je nach der Auffassung der Bürgschaft. Nach der Natur der Bürgschaft ist der Bürge Korrealschuldner, d. h. er ist Schuldner für dieselbe Schuld, wofür schon ein Anderer verbindlich gemacht ist, mit der Wirkung, daß die Obligation gelöst ist, wenn der Eine oder der Andere gezahlt hat.

§. 403. Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit [33]) beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über.

§. 404. Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, in

---

Der Umstand, daß der Bürge durch eine besondere Handlung in dieses Schuldverhältniß eingetreten, ist unwesentlich. Eine andere Auffassung ist sich selbst unklar und deshalb auch für Andere nicht verständlich; sie liegt dem Pr. 1028 zu Grunde, wovon gleich Rede sein wird. Wenn ich es recht verstehe, so wird vorausgesetzt (ausgesprochen ist es nicht): soviel ungleichzeitige Erklärungen, soviel verschiedene Obligationen. Hiernach kommt man zu dem Resultate, daß die Rechte des Gläubigers aus einer Bürgschaft für mit abgetreten gelten, wenn die Bürgschaft in derselben Schrift, welche die Obligation des ersten (Haupt-) Schuldners enthält, niedergeschrieben worden ist. Denn das Pr. 1028, v. 4. August 1841, lautet so: „Bei Schuldforderungen, für welche in einer besonderen Urkunde eine Bürgschaft mit oder ohne beneficium ordinis bestellt ist, bedarf es zur Legitimation für den Cessionar des Gläubigers gegen den Bürgen einer ausdrücklichen Cession; und es beschränkt sich die bloße Cession der Schuld lediglich auf die dem Cedenten gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechte, weil die Bürgschaft als Recht gegen einen Dritten weder ein Accessorium der Hauptforderung, noch den besonderen der Forderung ihrer Qualität nach beiwohnenden Vorrechten beizuzählen ist." Was die Bürgschaft nicht ist, wissen wir wohl. Das hilft uns zu nichts, wir müssen wissen, was sie positiv ist. Der, im Pr. selbst ausgedrückte Rechtsgrund enthält nichts Bestimmendes. Nach R. R. kann man nicht wohl in solchen Zweifel kommen, denn dasselbe kennt nur Klagenübertragung, und jede Klage gegen eine bestimmte Person aus irgend einem Grunde ist ein Individuum. Allein nach unserem heutigen Rechte ist die Sache eine ganz andere: wir betrachten die Forderung ihrer Substanz nach, als Ganzes in allen ihren Beziehungen, als Gegenstand des Handels, als Waare, je mehr Schuldner dafür einstehen, um so besser ist sie; ein Wechsel mit Indossamenten ist beliebter als ein Wechsel ohne Giro. Bei dieser Behandlung der Forderungsrechte zerlegt man solche nicht in verschiedene Ansprüche an die einzelnen Schuldner. Deshalb läßt sich behaupten, daß die Cession einer Forderung, für welche ein Bürge in einer besonderen Urkunde aufgetreten ist, nichts anderes ist als die Cession einer Korrealverbindlichkeit, daß folglich jene Bürgschaft eben so gut, wie die Verbindlichkeit eines Jeden der mehreren Korrealschuldner, für mit abgetreten gelten muß. Dafür hat das A. L.R. auch eine positive Bestimmung in dem §. 100 der Einleitung. Nach dieser theoretischen Darlegung betrachte man doch das praktische Ergebniß. Wäre jene Bürgschaft nicht als mit der Forderung verbunden, folglich nicht für mit abgetreten anzusehen, so würde sie dem Cedenten verblieben sein. Was soll er aber damit machen? Welchen Vortheil hat er davon? Gebrauch davon kann er durchaus nicht machen, das ist etwas Undenkbares. Der Vorbehalt der Bürgschaftsklage ist mithin ganz und gar ohne praktischen Zweck. Das wäre ein jus ohne alle juristische Bedeutung. Anders sieht es von dem Standpunkte der römischen Klagübertragung aus.

Auch die Rechte, welche Jemand vermöge eines persönlichen oder Standesprivilegiums erworben hat, z. B. Zinsen zu einem höheren als dem allgemein erlaubten Satze zu nehmen, erwirbt der Cessionar für die Zukunft nicht, weil ihm ein Verbotsgesetz entgegen steht.

33a) Der Cessionar muß daher die dem Cedenten aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte obliegenden Gegenleistungen gewähren, wenn er die ihm abgetretenen Vor- und Nachleistungen realisiren will. §. 408 d. T. Der debitor cessus hat jedoch, aus der Cession allein, noch kein Klagerecht gegen den Cessionar. Wenn aber der Cessionar den debitor cessus aus dem Geschäfte, worauf die Cession sich bezieht, in Anspruch genommen und wider den Letzteren ein Judikat erstritten hat, wodurch derselbe zu einer Zahlung oder Leistung gegen eine dem Cessionar obliegende Gegenleistung verurtheilt worden ist, so giebt dies zwar dem debitor cessus noch kein Exekutionsrecht, doch kann er in Folge dessen ebenfalls den Cessionar in Anspruch nehmen, um die ausdrückliche Verurtheilung desselben zur Gewährung dessen, was ihm aus jenem Geschäfte zukommt, zu bewirken. Pr. des Obertr. v. 28. Oktober 1851. (Entsch. Bd. XXII, S. 25.)

(4. A.) Der Cedent einer eingetragenen Darlehnsforderung wird durch die bloße Cession von seiner Verbindlichkeit, dem Schuldner die nicht gezahlte Darlehnsvaluta zu zahlen, oder die Hypothek löschen zu lassen, nicht befreit. Erk. des Obertr. v. 21. Nov. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 94).

(4. A.) Der Cessionar von Eisenbahn-Quittungsbogen ist, dem Cedenten gegenüber, verpflichtet, die nach geschehener Cession ausgeschriebenen Einzahlungen zu leisten und folglich dem Cedenten die von ihm an die Gesellschaftskasse geleisteten Einzahlungen aus der gedachten Zeit zu erstatten. Erk. des Obertr. vom 12. Nov. 1850 (Archiv f. Rechtsf. Bd. II, S. 9).

34) Dieser Satz ändert das Verhältniß mehrerer Mitschuldner, von welchen Einer die Schuld gegen jura cessa bezahlt hat, unter sich nicht. S. o. die Anm. 39 zu §. 445, Tit 5. — Vergl auch u. die Anm. zu §. 231, Tit. 1, Th. II.

35) Die privilegia causae. Vergl. die folg. Anm. 37.

Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers[36]), zukommen; nicht aber bloße persönliche Befugnisse[37]), welche, wie die Vorrechte des Fiskus wegen — der Sportelfreiheit, bloß bei Gelegenheit der cedirten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden konnten.

§. 405. Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte[38]) gegen den Schuldner so wenig als gegen die übrigen Gläubiger desselben bedienen.

§. 406. Es kommen also auch dem Fiskus, Kirchen, milden Stiftungen und andern privilegirten moralischen Personen, welche von andern Privatpersonen Forderungen an sich lösen, in Ansehung derselben diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen.

§. 407. Der Schuldner einer cedirten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen[39]), die er gegen den Cedenten[40]) rügen konnte, auch dem Cessionario entgegen setzen[41]).

---

36) Beispiel: Proz.-O. Tit. 50, §. 413, wonach eine Ehefrau das ihr in der IV. Klasse verliehene Vorzugsrecht cediren kann. Der §. 413 ist zwar mit dem ganzen 50sten Titel der Pr.-O. durch die Konk.-O. vom 8. Mai 1855 aufgehoben, damit ist jedoch der in Rede stehende Rechtsgrundsatz, der seinen Sitz im A. L.R. hat, nicht gefallen.

37) Dergleichen persönliche Befugnisse, außer der Sportelfreiheit und dem nun aufgehobenen privilegirten Gerichtsstande, sind z. B. noch: a) das fiskalische Exekutionsrecht (V. v. 26. Dezbr. 1808, §§. 4, 14, 41); b) das Exekutionsrecht der gerichtlichen Generaldepositorien (Dep.-O., Tit. I, §. 53; Tit. II, §§. 352, 353); c) die Begünstigungen des Fiskus und der gleichberechtigten juristischen Personen bei der Verjährung (Tit. 9, §§. 636—639); d) die verdoppelte Appellations- und Revisionsfrist der juristischen Personen und der Minderjährigen; e) die Berechtigungen der Kreditinstitute (Landschaften); f) die Befugnisse der Korporationen und mancher anderen juristischen Personen hinsichtlich der Einziehung ihrer Gebührnisse. Die für gewisse Forderungen vorgeschriebene Prozeßform des Mandats ist keine solche persönliche Befugniß, daher kann der Cessionar einer solchen Forderung, z. B. der Gebührenforderung eines Rechtsanwalts, gleichfalls im Mandatsprozesse verfahren. Das Gleiche gilt von dem durch das Rechtsverhältniß selbst begründeten Gerichtsstande, z. B. dem foram contractus, administrationis, hereditatis. In diesem Sinne spricht sich auch ein Bescheid des J.M. v. 10. Dezember 1836 aus (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 457).

Die §§. 403 und 404 sollen die Schwierigkeit heben, in welche man durch die naturwidrige Behandlung der Forderungsrechte gekommen ist. Die Forderungsrechte erhalten eben ihre Besonderheiten zum Theile mit von den persönlichen Eigenschaften und Zuständen des Gläubigers und Schuldners, mit deren Personen sie verknüpft sind. Das machte in der röm. Rechtsanwendung keine Schwierigkeit, indem der procurator in rem suam eben nur Prokurator des Gläubigers war. Jetzt, wo die Forderung von der Person des Gläubigers abgetrennt und als ein absoluter Gegenstand des Verkehrs einem Anderen gleichsam übergeben werden soll, sucht man vergeblich nach einem leitenden Prinzip. Die Vorrechte und Begünstigungen des bisherigen Gläubigers soll der neue Gläubiger, der Cessionar, nicht alle erhalten und aus seiner eigenen Person soll er sich dergleichen auch nicht bedienen dürfen. §. 405. Das Eine ist so sachwidrig wie das Andere.

38) Nicht seine Vorrechte, aber er wird doch seine bloßen persönlichen Befugnisse bei Gelegenheit der cedirten Forderung ausüben dürfen. S. die vor. Anm. 37. Doch auch das ist nicht durchgängig der Fall.

Das Obertr. hat durch das Pr. 297, vom 17. Juni 1837 ausgesprochen: „Ein pr. Unterthan, dem von einem Ausländer eine Forderung cedirt worden ist, welche diesem an einen anderen Ausländer zustand, kann sich nach §. 405 wegen dieser ihm cedirten Forderung gegen den ausländischen debitor cessus des, sonst jedem Ausländer zustehenden Vorrechts, in hiesigen Landen gegen einen durchreisenden ausländischen Schuldner einen Personalarrest bei einem preuß. Gerichte auszubringen und demnächst in foro arresti klagen zu können, nicht bedienen, wenn nicht einer der im §. 88, I, 29 A. G.O. bemerkten Ausnahmefälle vorhanden ist." Allein die Zuständigkeit eines Arrestschlags ist kein Vorrecht. Es fühlt sich wohl die Richtigkeit des ausgesprochenen Satzes, aber er kann aus der Theorie des A. L.R. nicht bewiesen werden.

Welcher der mancherlei persönlichen Befugnisse der Cessionar sich bedienen könne, läßt sich gleichfalls nicht durch ein Prinzip bestimmen, man muß sich mit einer zweifelhaften Kasuistik begnügen. Zugestanden wird die Sportelfreiheit, die Begünstigung bei der Verjährung und bei Einlegung der Rechtsmittel, die Restitution. Versagt wird das Exekutionsrecht des Fiskus, der Korporationen und der Generaldepositorien. Streitig ist die Befugniß zu höheren als landüblichen Verzugszinsen; sie muß aber dem Cessionar zugestanden werden, weil Verzugszinsen nicht aus der cedirten causa, sondern aus der dazu tretenden Verletzung des Cessionars entstehen und eine Schadloshaltung desselben sind.

§. 408. Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Andern niemals erschwert werden[41a]).

§. 409. Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig.

§. 410. Hat der Schuldner, besonderer Umstände wegen, Grund, zu besorgen, daß er von seinen Einwendungen oder Gegenforderungen wider den Cedenten, gegen den Cessionarium nicht werde Gebrauch machen können: so ist er, wegen dieser Einwendungen und Gegenforderungen, Kaution von dem Cedenten zu verlangen berechtigt.

§. 411. Der Unterschied des Standes, der Religion, und des Gewerbes bei dem Cessionario kann, als gefährlich für den Schuldner, nicht angesehen werden.

§. 412. Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger[41b]) wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise[42])

---

39) Vergl. §. 313, Tit. 16 und das in der Anmerk. dazu mitgetheilte Pr. 1141c u. Pr. 2275; so wie das Erk. v. 19. März 1859.

Wenn der Cessionar in dem Prozesse wider den debitur cessus verurtheilt wird, sich die Abrechnung einer Gegenforderung des debitor cessus an den Cedenten gefallen zu lassen, so gilt dies einer von ihm für den Cedenten geleisteten Zahlung gleich; und der Cedent muß ihm, insoweit die cedirte Forderung solchergestalt durch Kompensation getilgt wird, Ersatz leisten, wenn ihm auch bei der Cession die Gewährleistung für die Richtigkeit und Güte der cedirten Forderung erlassen worden ist. Pr. des Obertr. vom 2. August 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 238)

40) Nur gegen den ersten Cedenten (ursprünglichen Gläubiger). §. 313, Tit. 16. Denn die Lage des Schuldners soll durch die Cession nicht verschlechtert werden. §. 408 d. T. Die Zwischencessionarien berühren ihn in dieser Hinsicht in der Regel nicht. §. 316, Tit. 16. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Schuldner sich mit einem derselben in ein Schuldverhältniß besonders eingelassen, d. h. ihn als seinen Gläubiger ausdrücklich anerkannt hat, dieser steht dem „ursprünglichen Inhaber" in Beziehung auf den Schuldner gleich. Tit. 16, §. 315.

(4 A.) Vergl. Anm. 25 Abs. 2 zu §. 397 d. T.

Ist dem Schuldner eine erfolgte Cession bekannt gemacht worden und tritt er mit dem Cessionar wegen der cedirten Forderung durch Zahlung oder sonst in Beziehung, so ist dieser Cessionar, wenn er demnächst die Forderung weiter cedirt, im Sinne des §. 407 der Cedent, dessen Cessionar sich alle Einwendungen entgegen setzen lassen muß, welche der Schuldner jenem würde haben entgegen setzen können. Vergl. Erk. des Obertr. vom 7. Februar 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 89).

41) S. o. die Anm. 25 zu §. 397 d. T. Eine Ausnahme machen Hypothekenforderungen, wenn der Cessionar die Einwendungen bei Eingehung des Cessionsgeschäfts nicht gekannt hat. Zu vergl. Tit. 20, §§. 423, 511, Anh. dazu §. 53 und die dort. Anm. 39, u. §. 522.

41a) (4. A.) Gleichwohl ist angenommen worden, daß der Cessionar einer Brautschatzforderung dem dritten Besitzer des dafür verpfändeten Grundstücks dieselbe zu kündigen berechtigt sei, wenngleich die gesetzlich vorgesehenen Fälle ihrer Rückforderung nicht vorhanden sind. Erk. des Obertr. vom 18. Juni 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 183).

(4. A.) Mit der an einen Dritten erfolgenden Cession des Eingebrachten der Ehefrau ist die Beibehaltung der Natur des Eingebrachten und die Fortdauer der dem Manne daran zustehenden maritalischen Rechte nicht vereinbar, und wird mithin durch die Cession die Natur dieses Vermögens verändert. Erk. des Obertr. vom 24. Mai u. 7. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 307). Der Satz bezieht sich auf die Anfechtbarkeit der Forderungen der Ehefrau an den überschuldeten Mann, seitens eines nachgesetzten Gläubigers (Konk.-Ordn. §§. 109, 375, 393, Nr. 4), und bezweckt, den Cessionar der Illatenforderung, welche, wenn sie noch in den Händen der Frau wäre, hätte angefochten werden können, gegen dergleichen Anfechtungen zu schützen. Dieser Fall, mag die Entscheidung richtig sein oder nicht, ist sehr verschieden von dem im ersten Abs. gedachten Falle. Denn bei der Cession der Illatenforderung hatte ja der Schuldner (der Ehemann) mitgewirkt, bei der Brautschatzforderung (Abs. 1) aber war die Cession eine fremde Handlung für den Schuldner, durch welche der Schuldner nicht schlechter gestellt werden konnte.

41b) (4. A.) Für seinen neuen Gläubiger. S. die folg. Anm. 43. Auch ein Darlehnsschuldner, welcher den Cessionar als seinen neuen Gläubiger ohne Vorbehalt rechtsgültig anerkannt hat, haftet demselben aus diesem Anerkenntnisse, wenngleich er dem ursprünglichen Gläubiger zu Nichts verpflichtet war. Er kann mithin die ihm gegen den Letzteren zugestandene Einrede der nicht erhaltenen Valuta dem solchergestalt anerkannten Cessionar nicht entgegensetzen. Erk. des Obertr. v. 2. September 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 278).

42) In Vertragsform; denn es soll ein unmittelbares obligatorisches Verhältniß zwischen dem

einmal anerkannt[42]): so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen[44]). (Tit. 5, §§. 37, 38, 185, 192.)

---

Cessionar und dem Schuldner (Novation) hergestellt werden. S. die folg. Anm. Die Erklärung auf Seiten des Schuldners, der eine materielle Veränderung in seinem Verhältnisse bewirken will, muß deshalb in Worten und in rechtsverbindlicher Form ausgedrückt sein. Dagegen kann die Zustimmung des Cessionars (die bloße Acceptation) auch stillschweigend geschehen. Der Pl.-Beschl. (Pr. 1945) v. 6. Dezbr. 1847 erkennt dies an: „Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger, wegen einer nach Qualität und Quantität bestimmten Forderung, auch nur in einer einseitigen schriftlichen, vom Cessionar auch nur stillschweigend acceptirten Erklärung einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, dem Cessionar entgegen zu setzen. Eines besonderen, von beiden Seiten schriftlichen Vertrages, zwischen dem Schuldner und dem Cessionar, bedarf es, um jene rechtliche Wirkung herbeizuführen, nicht." (Entsch. Bd. XVI, S. 31.)

43) Nach ihrer Innerlichkeit muß die Erklärung des Schuldners in der bestimmten Absicht gegeben sein, die Beziehungen zu dem alten Gläubiger (Cedenten) und die ihm daraus etwa erwachsenen Vortheile aufzugeben und sein obligatorisches Verhältniß aus der cedirten causa an die Person des Cessionars zu knüpfen. Der Schuldner muß den Cessionar nicht etwa bloß als solchen, sondern als eigenen Gläubiger anerkennen. (4. A. Auch das Obertr. hat in dem Erk. v. 6. Oktober 1853 [Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 185] angenommen, daß die bloße Anerkennung des Cessionars als solchen seitens des Schuldners den Verlust der dem Letzteren gegen den Cedenten zustehenden Einreden nicht zur Folge habe.) Die Anerkennung z. B. der Cession, oder der Unterschrift des Schuldners unter seinem Schuldscheine oder die Mitunterschrift des Schuldners unter der Cession, entspricht daher den Erfordernissen eines solchen, eine Verzichtleistung enthaltenden Anerkenntnisses nicht; sie kann auf andere Weise genügend erklärt werden, ohne daß man genöthigt ist, jene Absicht hineinzulegen. Ganz richtig sagt daher das Obertr. in dem Pr. 1368, v. 11. Novbr. 1843: „Eine Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers kann nur alsdann, als von dem debitor cessus erklärt, angenommen werden, wenn aus der betreffenden Erklärung die Aufhebung des ursprünglichen Schuldverhältnisses sich entnehmen läßt. Die bloße Bitte des debitor cessus an den ihm bekannt gewordenen Cessionar, um Gestattung von Zahlungsfristen, enthält eine solche Wirkung noch nicht. (Entscheid. Bd. XI, S. 251.) (5. A.) Der §. 412 knüpft den Verlust der Einwendungen und Gegenforderungen ex persona cedentis nicht an die wiederholte Anerkennung der Forderung in ihrer Objektivität, sondern lediglich an die Anerkennung des Cessionars als eigenen Gläubigers; denn die Aufhebung des ursprünglichen Schuldverhältnisses, in welcher dieser Verlust liegt, kann nicht durch die bloße Anerkennung der Forderung in ihrer Objektivität herbeigeführt werden. Erk. des Obertr. v. 22. Dezbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 191). — Zur Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers Seitens des Schuldners gehört, daß aus der Willenserklärung des Schuldners die Absicht zu erkennen ist, das Rechtsverhältniß, aus dem seine Verbindlichkeit entsprungen und in das der Cessionar eingetreten ist, aufzuheben und in der Person des Cessionars neu zu begründen. Erk. dess. vom 14. September 1866 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 338).

44) Oben, Anm. 41b. Der gegen die Cession dem abgetretenen Schuldner sonst nicht zustehende Einwand der Simulation ist dann zulässig, wenn der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hat, und es darauf ankommt: ob Jener Diesem Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegensetzen darf. Pr. des Obertr. 2074, v. 6. Dezbr. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 164). Vergl. oben, Anm. 24 zu §. 395.

Das von dem Käufer dem Verkäufer in dem Kaufvertrage geleistete Versprechen, das Kaufgeld zur Bezahlung einer Schuld des Verkäufers an einen Dritten verwenden zu wollen, ist für sich allein, und ohne Beitritt dieses Dritten zu dem Kaufvertrage abgegeben, für kein unter die Vorschrift des §. 412 zu stellendes Anerkenntniß zu achten. Pr. des Obertr. 1406, lit. b, v. 27. Januar 1844. Ein wirklich juristischer Zweifelsgrund läßt sich nicht finden.

Die einem solchen Versprechen des Käufers gegen den Verkäufer gesetzlich dahin beigelegte Wirkung, daß in dem gedachten Falle der Käufer, zum Nachtheile eines solchen Gläubigers des Verkäufers, mit anderen ihm an den Letzteren zustehenden Forderungen nicht kompensiren kann, tritt zunächst, als Folge einer Festsetzung im Kaufvertrage, nur unter den, den letzteren abschließenden Kontrahenten selbst ein. Der Dritte, zu dessen Vortheile das Versprechen vom Käufer dem Verkäufer geleistet worden ist, erlangt aus demselben ein Recht gegen den Käufer erst durch einen, mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritt zum Vertrage. Dass. Präj. lit. c.

Wenn ein Miether die Cession der Miethzinsforderungen genehmigt, so kann es, je nachdem man die terminweise zu zahlende Miethzinsforderung aus einem für einen gewissen Zeitraum geschlossenen Kontrakte auffaßt, zweifelhaft sein, in wie weit der Miether noch Abzüge wegen der erst später eintretenden kontraktswidrigen Entziehung der Sache an der schon fällig gewordenen Miethe dem Cessio-

§. 413. So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig[44a]) bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig[45]).

---

nar zu machen befugt ist. Die Miethsforderung ist ihrer Natur nach eine durch die kontraktmäßige vollständige Erfüllung seitens des Vermiethers bedingte, einzige, die ganze Miethsperiode umfassende, Forderung, welche nur in soweit zur Entstehung kommt, als der Vermiether kontraktmäßig vorleistet; sie beträgt mithin von selbst soviel weniger, als der Miether an Entschädigung wegen kontraktswidriger Entziehung der Sache, so zu sagen, zu fordern hat; denn eine Forderung hat er eigentlich nicht, er ist nur soviel weniger schuldig geworden. Die Zahlungstermine machen aus der Forderung nicht mehrere einzelne Forderungen, sie sind nur Termine für Theilzahlungen. Die Anerkennung des Cessionars seitens des Miethers hat nur auf die Vergangenheit Einfluß; sie schließt nur diejenigen Reduktionen aus, deren Entstehungsgrund schon in die Zeit vor der Anerkennung fällt. Hinsichtlich der Zukunft muß der Cessionar für die Obliegenheiten des Vermiethers einstehen. §. 402 d. T. Naturwidrig ist die Zerlegung der Miethzinsforderung aus dem ganzen Kontrakte in soviel einzelne selbstständige Forderungen, als Zinszahlungstermine vorfallen. Auf dieser Auffassung beruht eine Entscheidung des Obertr. (III. S.) v. 23. Jan. 1849 in der Sache Funke w. Sans, $^{417}/_{1423}$ III, 48, daß, wenn die Forderung des Vermiethers an den Miether aus dem Miethskontrakte cedirt worden ist und der Miether die Cession genehmigt hat, er dem Cessionar bei Einforderung der fällig gewordenen Miethzinsraten nicht einwenden könne, daß ihm der Vermiether nach der Fälligkeit des fraglichen Zinszahlungstermins kontraktswidrig gekündigt habe, und daß ihm, wegen zu früher Entziehung der Sache, Schadloshaltung gebühre, um deren Betrag seine Schuld sich von selbst vermindere. Das ist aus den vorhin angedeuteten Gründen unrichtig. Der Cessionar kann nur unter Erfüllung aller Obliegenheiten des Cedenten von dem cedirten Rechte Gebrauch machen. §. 402 und Anmerk. 33a.

(4. A. Daß zu den hiernach verloren gehenden Einwendungen der Einwand nicht erhaltener Darlehnsvaluta zu zählen ist, und daß dies nicht minder bei Hypothekenforderungen wie bei bloßen persönlichen zutrifft, sofern die gesetzliche Frist zur Eintragung einer Protestation nicht inne gehalten ist, hat die Praxis des Obertr. anerkannt. (Vergl. Anm. 41b.) Das Gegentheil muß indeß angenommen werden, wenn die Anerkennung des Cessionars während des Laufes dieser Frist erfolgt, und die Eintragung einer Protestation in Gemäßheit des §. 738 d. T. rechtzeitig bewirkt ist. Erk. des Obertr. vom 22. Septbr. 1862 (Archiv für Rechtsf. Bd. XLVI, S. 226 u. Entsch. Bd. XLVIII, S. 64).

44a) (4. A.) Für gehörig bekannt gemacht gilt die Cession in folgenden Fällen: 1. wenn der Cedent dem Schuldner Anzeige davon macht; 2. wenn von Gerichtswegen die Cession dem Schuldner bekannt gemacht wird (§. 414); 3. wenn der Cessionar dem Schuldner die Cession anzeigt und dabei oder binnen 3 Tagen die Cession sammt dem Instrumente vorzeigt, oder auf andere Weise die Richtigkeit seiner Angabe bescheinigt (§. 415); 4. wenn der Cessionar dem Schuldner die Cession ohne Bescheinigung seiner Angabe bekannt macht und der bisherige Gläubiger, indem der Schuldner nach Ablauf der Frist (diese muß er jedenfalls abwarten, ehe er sich mit dem angeblichen Cedenten einläßt) mit ihm Verhandlungen über die Forderungen vornehmen will, die Richtigkeit der vorgeblichen Cession nicht ableugnet (§. 416), was eine Nachfrage seitens des Schuldners voraussetzt; denn die Verhandlung ist nur dann gültig, wenn der Gläubiger die Cession wirklich in Abrede stellt. Vergl. Erk. des Obertr. v. 7. November 1856 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 83.) (5. A.) Nur eine solche gehörig geschehene Bekanntmachung der Cession macht die fernere Verhandlung des Schuldners mit dem Cedenten ungültig. Erk. dess. v. 5. Novbr. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 71).

45) S. o. die Anm. 25 zu §. 397. Die Bekanntmachung vermittelt erst das Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Schuldner. — Was der Cedent nach der Cession von dem Schuldner erhoben hat, muß er, wie sich von selbst versteht, an den Cessionar ausantworten, wie ein Geschäftsbesorger. (4. A.) In Uebereinstimmung hiermit sagt auch das Obertr. in dem Erk. v. 25. Juni 1863, „daß der Cedent dasjenige, was er nach geleisteter Cession auf das cedirte Aktivum selbst noch erhoben, dem Cessionar herauszugeben resp. zu erstatten habe.". (Arch. für Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 365.) Nur in der Begründung (causa) der Abforderung weicht dasselbe ab. Es heißt dort: „Die Sache liegt so, daß — die Einziehung seitens des Cedenten — dem dazu allein berechtigten Cessionar gegenüber, zu Unrecht geschehen ist, und daß die Masse des Cedenten die eingezogene Summe, dem klagenden Cessionar gegenüber, ohne Rechtsgrund hinter sich hat. Das rechtliche Fundament des klägerischen Anspruchs ist somit in das der condictio sine causa zu setzen. Der Satz, welcher der gemeinrechtlichen condictio sine causa zum Grunde liegt, daß nämlich Niemand ein Vermögensstück, welches er von einem Anderen an sich genommen hat, ohne allen Rechtsgrund behalten darf, sondern das Empfangene — herausgeben muß, ist auch der Gesetzgebung des A. L.R. bei Zahlungen — nicht fremd. Die Voraussetzungen dieses Satzes sind für vorliegend zu erachten." (S. 365.) Das ist nicht richtig; die Voraussetzungen liegen nicht vor. Die condictio sine causa steht nur dem Geber zu; der Cessionar war nicht der Geber gewesen, dieser war der Schuldner (debitor cessus) gewesen, folglich fehlte dem Cessionar, nach dem

§. 414. Jede von dem Cedenten oder von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ist hinreichend, den Schuldner zu verpflichten, daß er sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einlasse.

§. 415. Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe, durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen [46]) Instruments, oder sonst, innerhalb Dreier Tage bescheinigen. (§. 394 sqq.)

§. 416. Wird diese Frist nicht inne gehalten, und der ursprüngliche Inhaber der

---

Princip der condictio sine causa, die s. g. Aktivlegitimation. Das Obertr. hat jedoch noch einen Hülfsgrund. „Zudem kommt in Betracht, daß sich aus dem der Cession unterliegenden Cessionsvertrage die Verpflichtung des Cedenten ableiten würde, dasjenige, was er nach geleisteter Cession auf das cedirte Aktivum selbst noch erhoben, dem Cessionar herauszugeben resp. zu erstatten." Das ist unter der, jedoch nicht festgestellten, Voraussetzung, daß das unterliegende Geschäft ein lästiges war, richtig und ist schon vor 20 Jahren von dem damaligen Oberlandsgerichte zu Breslau angewendet worden, indem dass. in einer Appellationsentscheidung, die rechtskräftig wurde, sagt: „Es ist in der Natur des Cessionsvertrages begründet, daß der Cedent dem Cessionar das Objekt der Forderung, das er nach geleisteter Cession selbst überkommt, herausgeben muß. Dies folgt aus dem der Cession zum Grunde liegenden Vertrage, da der Cessionar sich die Forderung gekauft hat. Jeder Verkäufer muß die mit der Sache verbundenen Hebungen, deren Einziehung er dem Käufer überlassen muß, welche er aber dennoch selbst einzieht, dem Käufer in Gefolge der Kaufsklage herausgeben (§. 107, I, 11), und dasselbe muß also auch gelten, wenn von einem reinen Cessionsvertrage die Rede ist. (§. 381 ebd.)." Damit stimmt die L. 23, §. 1 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4): „Nominis venditor quidquid vel compensatione, vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellitur." In solchen Fällen ist also die richtige Klage die Kaufsklage. Mit derselben konkurrirt die actio negotiorum gestorum. Das Obertr. meint zwar, daß eine wirkliche negotiorum gestio hierin überall nicht vorliege. (S. 364.) Darin irrt es aber ebenso, wie es in Betreff der condictio sine causa irrt. Das cedirte Aktivum ist für den Cedenten, nach der Cession, eine fremde Sache; die Einziehung dieser Forderung ist ein Geschäft, welches des Cessionars ist. Unternimmt der Cedent die Einziehung ohne Auftrag, so besorgt er ein fremdes Geschäft ohne Auftrag. Läßt sich der Geschäftsherr das gefallen, d. h. läßt er die Zahlung gelten, was er vielleicht nicht zu thun braucht, was ihm aber vortheilhaft sein kann, wenn z. B. der Schuldner unterdeß verarmt wäre; so steht ihm die Geschäftsführungsklage zu. Hoc jure utimur. Der Cessionar hat sonach in Fällen des Kaufs ꝛc. zwei Klagen gegen den Cedenten nach seiner Wahl, er kann sie auch kumuliren; und in Fällen, wo nicht zugleich die Kaufsklage gegeben ist, hat er die negot. gest. actio.

(4. A.) Vor gehöriger Bekanntmachnng ist zwar der Schuldner befugt aber nicht verpflichtet, sich mit dem Cedenten noch einzulassen, wenn ihm die Cession anderweit bekannt geworden ist. Das Verhältniß ist dieses: Nach der Cession dauern die Beziehungen zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger fort, bis die Bekanntmachung dem Schuldner gehörig (Anm. 44a) geschehen ist. In der Zwischenzeit ist Zahlung an den Gläubiger oder Verhandlung mit demselben unter drei Voraussetzungen denkbar: a) Der Schuldner hat von der Cession nichts erfahren. Hier versteht sich die Gültigkeit der Zahlung oder der Verhandlung für den Schuldner von selbst. b) Der Schuldner hat von der Cession in ungehöriger Art Kenntniß erhalten. Dann ist er noch immer befugt, sich mit dem Gläubiger, ohne dadurch in Nachtheil zu kommen, einzulassen; aber wenn er sich dazu nicht verstehen will, kann ihn der Gläubiger dazu nicht zwingen; die Weigerung ist keine exceptio de jure tertii. c) Der Schuldner hat in dem Falle b sich mit dem Gläubiger doloser Weise, um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionars zu befördern, eingelassen. Dann sind alle seine Verhandlungen mit dem Gläubiger ungültig. (§. 417.) Vergl. in Beziehung auf den Fall b das Erk. des Obertr. vom 30. März 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 28).

(4. A.) Der Schuldner kann vor der Bekanntmachung der Cession auch verlangen, daß der Gläubiger die Leistung annehme. Hat daher ein Lieferant das zu liefern versprochene Getreide dem Anderen zur Annahme angeboten, dieser ihm aber unter dem Vorgeben, nicht mehr Eigenthümer der Forderung zu sein, und den Inhaber des Schlußscheins nicht zu kennen, die Abnahme verweigert; so tritt auf seiner Seite mora accipiendi ein, die den Lieferanten von den Folgen der unterbliebenen Lieferung frei macht. Erk. des Obertr. v. 9. Septbr. 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 214).

(5. A.) Hat ein debitor cessus nach erfolgter Cession auf die cedirte Forderung wegen illiquider Gegenforderungen an den Cendenten Arrest ausgebracht, so braucht der Cessionar solchen Arrest resp. die Deposition nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn auch dem Schuldner zur Zeit der Arrestlegung resp. Deposition die Cession noch nicht bekannt gemacht worden war; denn ein solcher Arrest resp. Deposition sind keine zwischen dem debitor cessus und dem Cedenten vorgefallene Verhandlungen im Sinne des §. 413. Erk. des Obertr. vom 27. Oktober 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVII, S. 43).

46) D. h. auf den Namen des Cessionarius umgeschriebenen.

Forderung leugnet die Richtigkeit der vorgeblichen Cession[46a]); so kann der Schuldner gültige Verhandlungen über die Forderung mit Letzterem vornehmen.

§. 417. Doch sind alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und Schuldner, nach wirklich erfolgter Cession, ungültig; wenn klar erhellet[47]), daß der Schuldner die Cession gewußt, und[48]) nur um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen habe.

§. 418. Ist die Cession unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung geleistet, und dieses dem Schuldner gehörig bekannt gemacht worden, so kann Letzterer, vor völlig ausgemachter Sache weder mit dem Cedenten, noch mit dem Cessionario einseitig, gültige Verhandlungen vornehmen.

§. 419. Will der Schuldner vor ausgemachter Sache Zahlung leisten, oder wird er dazu wegen des abgelaufenen Termins, von einem oder dem andern Theile aufgefordert; so muß die Zahlung, auf Kosten des Cedenten, in das gerichtliche Depositum geschehen[49]).

§. 420. Der Cedent ist dem Cessionario für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit[50]) der abgetretenen Forderung[50a]) zu haften[51]) verpflichtet[52]). zwischen dem Cedenten und Cessionario.

---

46a) (5. A.) Diese Voraussetzung muß der Schuldner, welcher dem Cessionar dergleichen Verhandlungen, z. B. spätere Kompensation entgegensetzen will, beweisen. Erk. des Obertr. v. 4. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 88).

47) Damit soll nichts anderes gesagt werden als: wenn bewiesen wird; doch findet der nothwendige Eid nicht statt, denn wenn man auf den kommt, so erhellet die Thatsache eben nicht klar, und durch den Eid, der nur ein formeller Beweis ist, wird sie auch nicht klar.

48) Beides muß zusammentreffen: die Wissenschaft und die Kollusion.

49) Ist die Schuld im Hypothekenbuche eingetragen, so muß die zur Löschung oder Disposition dem Schuldner nöthige Quittung von Beiden, dem Cedenten und dem Cessionarius, ertheilt werden, so lange die Praxis den gerichtlichen Depositionsschein mit dem die Deposition für rechtmäßig und gültig erklärenden Urtel einer Quittung des Gläubigers in der Wirkung nicht gleichstellt. Der deponirende Hypothekenschuldner muß allenfalls gegen Beide auf Löschung klagen.

50) Zur Zeit der Cession (§§. 431, 433), auch bei bedingten oder betagten Forderungen. (§. 436.) Dazu gehört: a) daß das cedirte Recht an sich begründet und klagbar sei, und ihm auch keine perpetuirlichen Einreden entgegenstehen; für dilatorische Einreden, z. B. die des Indults, des beneficii competentiae, haftet der Cedent, außer dem Falle des Dolus (§. 421), nicht; b) daß auch die mit der Hauptverbindlichkeit zugleich versprochenen accessorischen Rechte und Vorzüge gegründet seien, daß mithin bei Hypothekenforderungen die Hypothek an sich, und besonders auch bei gesetzlichen Pfandrechten das zugesicherte Alter richtig, und bei Bürgschaften die Verbindlichkeit des Bürgen nicht ungültig sei; nicht aber, daß keine anderen Unterpfandsgläubiger vorgehen.

50a) (4. A.) Ein Pfandbrief ist keine Forderung im Sinne des §. 420. Wer daher durch eine formelle Cession Pfandbriefe cedirt, muß, weil Pfandbriefe nicht Gegenstand der Cession sein können, und somit eine im gesetzlichen Sinne unrichtige Forderung cedirt ist, die Cessionsvaluta erstatten. Erk. des Obertr. v. 18. Dezbr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 197).

51) Wenn in einem Cessionsvertrage für die Richtigkeit der cedirten Forderung Gewähr versprochen worden, so kann der Gegenstand dieser Gewährleistung nicht über den Betrag der gegebenen Valuta ausgedehnt werden, es sei denn etwas Anderes stipulirt worden. Pr. des Obertr. 1701, vom 11. Februar 1846. — (4. A.) Vermöge dieser Haftung ist der Kläger selbst dann noch befugt, die im ersten Urtel verneinte Rechtsgiltigkeit der Forderung im Wege der Appellation zur Anerkennung zu bringen, wenn er die Forderung bereits vor der Fällung jenes Urtheils cedirt hat. Erk. des Obertr. v. 23. April 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 78). (5. A.) Dadurch allein, daß der Kläger eine eingeklagte Forderung während des Laufes des Prozesses cedirt, verliert er noch nicht seine Legitimation zur Fortführung des angefangenen Prozesses. Erk. d. Obertr. v. 25. Februar 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 159). — Vergl. oben Anm. 9 a. E. zu §. 384.

52) Ein Schuldner, dessen Forderung an einen Dritten seinem Gläubiger im Wege der Exekution nach Vorschrift des Gesetzes vom 4. Juli 1822 mit der Wirkung einer Angabe an Zahlungsstatt übereignet wird, haftet diesem Gläubiger für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der demselben überwiesenen Forderung ebenso, wie bei einer auf einem Vertrage beruhenden Cession der Cedent dem Cessionario nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung, gemäß §. 420 d. T. Die Ausnahmen des §. 444 d. T. bei nothwendigen Cessionen finden auf den Fall einer solchen Uebereignung einer Forderung im Wege der Exekution nicht Anwendung. Pr. des Obertr. 2012, vom

in Ansehung der Richtigkeit.

§. 421. Ist die Forderung ausdrücklich[53]) als zweifelhaft abgetreten, oder dem Cedenten die Gewährsleistung ausdrücklich erlassen worden[54]); so haftet letzterer nur alsdann, wenn er dem Cessionario die ihm bekannte wahre Beschaffenheit der Sache verschwiegen, oder sich sonst eines Betruges schuldig gemacht hat.

§. 422. Hat der Cedent eine offenbar unrichtige Forderung, wider besseres Wissen, nur als zweifelhaft angegeben, so ist er einem Betrüger gleich zu achten.

§. 423. Ein Cedent, welcher die Richtigkeit der cedirten Forderung zu vertreten schuldig ist, muß, bei sich ergebender Unrichtigkeit, dem Cessionario auch alle Schäden[55]) und Kosten erstatten.

§. 424. Hat er betrüglich[56]) gehandelt, so muß er dem Cessionario das volle Interesse[57]) vergüten.

§. 425. Diese Verbindlichkeit ist jedoch auf diejenige Summe, um welche die cedirte Forderung dasjenige, was der Cessionarius dafür gegeben hat, übersteigt, und die also der letztere bei dem Geschäfte zu gewinnen gedachte, niemals auszudehnen[58]).

---

26. April 1848. (Entsch. Bd. XVII, S. 167.) (4. A.) Dies ist wiederholt ausgesprochen und angewendet in dem Erk. dess. v. 16. März 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 68), und v. 28. Juni 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 134). Doch halte ich den Satz für unrichtig, wenn nicht etwa der Exequende bei der Ueberweisung durch Bezeichnung des Aktivi als Exekutionsobjekt oder sonst durch seine Gutheißung mitgewirkt hat. Wenn aber die Ueberweisung ohne sein Vorwissen oder gar auf seine Anzeige, daß er nichts zu fordern habe, geschieht, so giebt es gar keinen Rechtsgrund, vermöge dessen er zur Gewährleistung verbindlich geworden sein könnte. Es verhält sich hier so wie in dem Falle der Abpfändung einer fremden Sache, von welcher der Exequende sagt, daß ihm solche nicht gehöre, und welche demnächst der Eigenthümer interveniendo vindizirt. Wie soll da der Exequende dazu kommen, Eviktion zu leisten!

Betreffs der Cession einer Anweisung s. das Pr. 1901 oben in der Anmerkung 5 zu §. 380.

53) Ist eine Forderung nicht ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten, oder die Gewährleistung dem Cedenten nicht ausdrücklich erlassen, so wird die Pflicht zur Gewährleistung für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der cedirten Forderung dadurch nicht ausgeschlossen, daß dieselbe kraft eines Gesetzes ungültig war, und dieses dem Cessionar bekannt sein mußte. Pr. des Obertr. 1808, vom 13. November 1846.

54) S. o. die Anm. 39 zu §. 407 d. T.

55) Dazu gehören nicht Zinsen von der zu erstattenden Valuta. §§. 155, 162 und 163 d. T. — Vergl. Anm. 51 zu §. 420.

56) Das grobe Versehen ist hier dem Dolus nicht gleich zu stellen. (§. 285, Tit. 5.) Denn es wird nicht bloßer Vorsatz, sondern Betrug vorausgesetzt.

57) Das kann nicht leicht in etwas Anderem bestehen, als in landüblichen Zinsen von der gezahlten Valuta. (4. A.) Oder in denjenigen Vortheilen, die er mit der Valuta anderweitig hätte erzielen können, sagt das Obertr. in dem Erk. vom 22. April 1852 (Arch. für Rechtsf. Bd. VI, S. 116). Das ist wohl wenig mehr als eine Illusion; nachweisbar werden dergleichen „anderweite Vortheile" schwerlich sein.

58) Auch dann nicht, wenn der Cedent sich zur Gewährleistung für die Richtigkeit besonders verpflichtet hat. S. o. die Anm. 51 zu §. 420. (4. A.) Oder wenn er für den Nennwerth Gewähr zu leisten versprochen hat. Erk. des Obertr. vom 11. März 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 217). Dies halte ich für unrichtig; der §. 425 bestimmt lediglich die Feststellung des Interesses wegen mangelhafter Kontraktserfüllung, hat es aber gar nicht zu thun mit der Klage aus einer ausdrücklichen Stipulation und kann deshalb nicht als ein positives Verbotsgesetz, welches zuwiderlaufende Verträge für unerlaubt und deshalb für nichtig erklärte, angesehen werden. Dies behauptet jedoch das Obertr. von neuem in dem Erk. v. 16. Juli 1859 und hat dabei seine Meinung durch ein Pr., Nr. 2708, als einen Rechtssatz festgestellt, die Beweisführung überzeugt aber nicht von der Rechtswahrheit (Entsch. Bd. XLI. S. 103). — (5. A.) Das Obertr. sagt jedoch von seinem Standpunkte, wonach die Vorschriften der §§. 425, 440, 441 den Charakter von Verbotsgesetzen gegen entgegenstehende Verträge haben sollen, aus: „Dieses trifft aber nur für solche Cessionsgeschäfte zu, welche nach preuß. Gesetzen abgeschlossen sind und deren dadurch erzeugte Obligation unter der Herrschaft dieser Gesetze ihren Sitz hat. Erk. v. 19. Februar 1867 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 324.) Wäre die Auffassung richtig, so gehörten diese §§. 425, 440, 441 zu den sog. Wuchergesetzen und hätten nach dem Sinne des Gesetzes vom 14. November 1867 §. 1 (Bundes-Ges.-Bl. S. 159), wenngleich ausdrücklich nur von Aufhebung der Zinsbeschränkungen gehandelt wird, ihren Charakter verloren. Es ist aber ein diesen

§. 426. Ein Cessionarius, welchem die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der an sich gelöseten Forderung bestritten wird, muß, wegen Aufforderung des Cedenten zur Vertretung, alles das beobachten, was dem Käufer, der wegen der gekauften Sache in Anspruch genommen wird, vorgeschrieben ist. (§. 143 sqq.)

§. 427. Ist eine in das Hypothekenbuch eingetragene Forderung cedirt worden, so haftet der Cedent für die Sicherheit[59]) derselben nur alsdann, wenn er solches ausdrücklich übernommen hat[60]). in Ansehung der Sicherheit[58a]).

---

Paragraphen entgegenstehender Vertrag nirgend verboten. — Das Obertr. hat, von seinem Standpunkt aus, gegen die Meinung des Appellationsgerichts, auch erkannt, daß, sowie unzweifelhaft (?) eine Vereinbarung, daß der Cedent den vollen Nominalbetrag der cedirten Forderung dem Cessionar zahlen solle, wenn dieser seine Befriedigung von dem Hauptschuldner nicht zu erlangen vermag, über die Höhe der gezahlten Valuta hinaus keine Gültigkeit und rechtsverbindliche Kraft hat, es auch ebenso unzweifelhaft ist, daß ein Gleiches gelten muß, wenn der Cedent sich, dem Cessionar gegenüber, für allen Ausfall an Kapital und Zinsen, welchen die cedirte Forderung bei der Subhastation des verpfändeten Grundstückes erleiden wird, als Selbstschuldner für verhaftet erklärt hat." Erk. v. 26. März 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 251).

Uebrigens darf der Fall dieser Gewährleistung nicht aufgefaßt werden als Rückgängigkeit oder Aufhebung des Vertrages, wie es von dem Obertr. in seiner Entsch. Bd. III, S. 331 geschieht. Im Gegentheil, die Eviktionsleistung ist eine Folge der Wirksamkeit des Vertrages; es ist die Kontraktsklage, keinesweges eine Kondiktion anwendbar.

58a) (4. A.) Bei der Gewähr für die Sicherheit einer cedirten Forderung sind die §§. 427 bis 441 d. T. nicht allein und ausschließlich des §. 285, Tit. 5 anwendbar, vielmehr findet außer und neben ihnen auch der allgemeine Grundsatz dieses §. 285 Anwendung. Wenn daher z. B. der Cessionar einer Hypothekenpost von 10000 Thlrn. in dem Cessionsvertrage versichert, daß die vorstehenden 37000 Thlr. bezahlt und gelöscht seien, und dieses sich hinterdrein als unwahr ergiebt, dieserhalb aber der Cessionar bei der Subhastation des verpfändeten Grundstücks ausfällt, so muß der Cedent für den Ausfall auf Höhe der Cessionsvaluta, wegen seiner kontraktlichen Versicherung, aufkommen. Sehr gut ausgeführt in dem Erk. des Obertr. v. 7. Februar 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 116).

59) Die Haftung für die Sicherheit ist ein Analogon der Gewährleistung für natürliche Fehler bei körperlichen Sachen. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie eine subsidiarische Intercession und muß nach den Grundsätzen derselben behandelt werden. Vergl. auch Simon, Rechtspr. Bd. IV, S. 63. (5. A.) Wenn auch nach §. 427 der Cedent einer Hypothekenforderung für die Sicherheit derselben nur haftet, falls er solches ausdrücklich übernommen hat, so folgt daraus — sagt das Obertr. im Widerspruch mit den beiden Instanzgerichten (dem Stadtgericht und dem Kammergericht zu Berlin) — doch keineswegs, daß die Uebernahme dieser Garantie eine Intercession für den Hypothekenschuldner, oder den etwa persönlich Verhafteten darstellt; es liegt darin vielmehr nichts weiter, als eine unter kontraktsmäßiger Regulirung des Rechtsgeschäfts Seitens des Cedenten getroffene Disposition über das ihm zustehende Recht; — und sowie einerseits der Cedent die Cessions-Valuta als Aequivalent für sich erhebt, so kann er andererseits sich nicht weigern, den mit dem Cessionar abgeschlossenen Vertrag in allen seinen Theilen zu erfüllen. Erk. vom 5. Dezbr. 1867 (Entsch. Bd. LIX, S. 111). — Das Gesagte enthält nichts, wodurch es widerlegt wird, daß das Versprechen der Gewährleistung für die Sicherheit seiner rechtlichen Natur nach eine Intercession ist; die dem Cedenten gewährte Gegenleistung enthält nur eine Bezahlung für die ganze Leistung, also zugleich eine Versicherungsprämie, und daraus folgt, daß eine Frauensperson sich nicht auf die Rechtswohlthaten der Weiber berufen kann. Die rechtliche Natur des Nebenpakts wird dadurch keine andere. Die Entscheidung ist sonach zwar rechtfertig, aber die Gründe sind unzutreffend.

60) Wenn bei der Cession einer hypothekarischen Forderung der Cedent dem Cessionar auch für die Sicherheit derselben Gewähr geleistet hat, so tritt das Recht, diese zu fordern, sofort nach Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek ein, und der Cessionar kann nicht genöthigt werden, vorher noch den persönlichen Schuldner der abgetretenen Forderung in Anspruch zu nehmen. Pr. des Obertr. 2032, v. 9. Juni 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 173). Auch angewendet in dem Erk. v. 14. Januar 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. I, S. 183). — S. auch Pr. 2202, in der Anm. 63 zu §. 430, und Pr. 106, in der Anm. 66 zu §. 434. Dagegen s. meine Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, Th. I, §. 138, Nr. II.

(4. A.) Der Cessionar, welcher nach erfolgter Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek bei der stattgehabten Subhastation des Grundstücks den Cedenten, der für die Sicherheit dieser Hypothekenforderung die Gewährleistung übernommen hat, in Anspruch nehmen will, ist nicht gehalten, vorher den Adjudikatar auf Nachzahlung der Kaufgelder, welche der Subhastationsrichter — obgleich irrig —

§. 428. Was bei Wechsel-Indossirungen — Rechtens sei, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 8, Abschnitt 8.)

§. 429. Auch bei andern cedirten Forderungen darf der Cedent für die Sicherheit nicht haften, sobald der Cessionarius die Forderung für eine geringere Summe, als ihr Betrag ist, an sich gebracht, und sich die Gewährsleistung nicht ausdrücklich vorbedungen hat.

§. 430. Außer diesen Fällen (§§. 427, 428, 429) haftet der Cedent auch für die Sicherheit[61]) der abgetretenen Forderung, wenn ihm nicht die Gewährsleistung

---

für vollständig berichtigt attestirt hat, zu belangen. Erk. des Obertr. vom 13. und 18. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 26). — (5. A.) Der Gläubiger einer Hypothekenforderung, in dessen Person Forderungsrecht und persönliche Schuld unter Ausschluß der sonstigen Wirkungen der Konfusion (Anh. §. 52) vereinigt ist, erscheint aber berechtigt, die Hypothek unter ausdrücklichem Ausschluß seiner persönlichen Haftung weiter zu cediren. Erk. dess. vom 4. Januar 1864 (Archiv für Rechtsf. Bd. LIII, S. 50). Also auch Cession „ohne Obligo". Ein neuer Fall einer Forderung ohne einen persönlichen Schuldner.

(4. A.) Der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung bezahlt und an einen Dritten weiter überträgt, ist dem Cessionar für die cedirte Forderung nicht persönlich verhaftet. Erk. des Obertr. vom 10. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 158). Dabei ist vorauszusetzen, daß der cedirende Besitzer nicht ursprünglicher persönlicher Schuldner sei. S. unten, Anm. 6, Nr. II, 3, lit. a zu §. 52 des Anh. zu §. 484, Tit. 16.

61) Die Haftung für die Sicherheit (Bonität, Gülte) ist hiernach ein Naturale des der Cession zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, das gerade Gegentheil des R. R. L. 4 und 5 D. de hered. vel. act. vend. (XVIII, 4); L. 74, §. 3 D. de evict. (XXI, 2). Deshalb fand die Satzung von Anfang Gegner. Suarez hielt sie aber aufrecht und suchte sie bei der revis. monitor. zu begründen. Er sagte: „Die Sache ist allerdings sehr zweifelhaft. Ex natura negotii, ex intentione praesumta contrahentium und ex analogia juris ist wohl anzunehmen, daß die im Entwurfe adoptirte neue Theorie ihre Richtigkeit habe. Eine inexigible Forderung ist so gut, wie gar keine, und da nicht zu präsumiren ist, daß Jemand, der etwas kauft, die Gefahr, der rei emtae niemals genußbar zu werden, übernehmen wolle, so ist es Sache des Verkäufers, wenn er diese Gefahr auf den emtorem devolviren will, sich darüber deutlich auszudrücken, id est, sich die Gewährleistung promittiren zu lassen. (Im Gegentheil, den Erlaß!) Wissen beide Theile, daß die Sicherheit des nominis emti bedenklich sei, id est, wenn solches ausdrücklich als zweifelhaft angegeben worden, so ist eine bloße emtio spei vorhanden und die Sache muß alsdann nach der Lehre von gewagten Geschäften beurtheilt werden. Alle die Besorgnisse der Herren Monenten wegen der aus dem angenommenen Prinzipio entstehenden Prozesse treten auch ein, wenn man das Gegentheil annimmt, sobald sich der Cessionarius bonitatem nominis ausdrücklich versprechen läßt, welches man ihm doch nicht wehren kann, und überhaupt ist es einmal nicht möglich, aller Veranlassung zu Prozessen durch das Gesetz vorzubeugen. De regula kennt doch der Cedent die Umstände seines bisherigen Schuldners, die Beschaffenheit und Sicherheit des Unterpfandes u. s. w. besser als der Cessionarius. Es ist also billiger, daß das Gesetz für den letzteren sorge, und ersterem überlasse, sich durch pacta adjecta zu prospiziren." (Ges.-Revis. Pens. XIV, Mot. zu Tit. 11, S. 88.) M. s. weiter die Erwiderung auf die erneuerten Monita unten in der Anm. 65.

In dem Vortrage über die Schlußrevision dreht er die Sache um und sagt: „Die Regel des R. R., daß in cessione nominis der Cedent nur veritatem, nicht aber bonitatem, nisi specialiter promissam prästiren dürfe, ist hier zwar beibehalten, aber davon die Ausnahme statuirt, wenn die Forderung im Hypothekenbuche nicht eingetragen ist, und der Cedent die volle Valutam der abgetretenen Forderung von dem Cessionario erhalten hat. In diesem Falle soll der Cedent auch citra pactum expressum für die bonitatem nominis tempore factae cessionis haften. Der Grund dieser Abweichung liegt in der Nothwendigkeit, Treu und Glauben im bürgerlichen Verkehre möglichst aufrecht zu erhalten. Schon de jure romano muß der Cedent vertreten: quando sciverit, debitorem non esse solvendo. Diese Wissenschaft förmlich zu beweisen, ist äußerst schwer, und es dabei, wie die Dd. anrathen, auf den Eid des Cedenten ankommen zu lassen, höchst bedenklich. Wenn der Cessionar die cedirte Forderung, wie in §§. 434, 435 ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, sofort einzuziehen oder beizutreiben Anstalt macht, und sich dabei gleichwohl findet, daß der Debitor nicht solvendo sei, so ist es höchst wahrscheinlich, daß nicht nur der Debitor schon zur Zeit der Cession in diesem Zustande sich befunden habe, sondern daß auch solches dem Cedenten bekannt gewesen. Eine Forderung, die nicht richtig, und eine solche, die nicht zahlbar ist, sind wohl im Grunde von gleichem Werthe. Es ist daher wider die natürliche Billigkeit, wenn der Cessionar, einer seinen juristischen Distinktion zu Gefallen, seinen Regreß verlieren soll; zumalen er ja dadurch, daß er die valutam nominis cessi vollständig

ausdrücklich[62]) erlassen oder die Forderung als zweifelhaft[63]) in Ansehung der Sicherheit cedirt worden.

§. 431. Selbst in denjenigen Fällen, wo, nach vorstehenden Grundsätzen, der Cedent für die Sicherheit haften muß, treffen dennoch alle Veränderungen, welche sich darin, nach der Cession, ohne sein Zuthun ereignen, den Cessionarium als Eigenthümer.

§. 432. Auch ein solcher Verlust, welcher durch das eigene selbst nur geringe Versehen[63a]) des Cessionarii erstanden ist, bleibt demselben in allen Fällen zur Last.

§. 433. Auch Zufälle, welche die Beitreibung der Forderung verhindern, treffen den Cessionarium.

§. 434. Hat der Cessionarius die Forderung, nach Ablauf der Verfallzeit, nicht sofort[64]) beigetrieben, oder dem Schuldner freiwillige[65]) Nachsicht, ohne ausdrück-

---

bezahlte, deutlich genug zu erkennen gab, daß er nicht eine bloße Aktion auf Gewinn und Verlust, sondern ein wirkliches nomen verum et bonum kaufen wollte." Jahrb. Bd. XLI, S. 10.

62) In dem Erlasse der Gewährleistung für die Richtigkeit ist nicht auch der Erlaß für die Sicherheit, wie das Kleinere im Größeren, begriffen, denn beide Verbindlichkeiten verhalten sich nicht zu einander wie das majus zum minus, sie sind ungleichartig. Der Verkäufer einer Forderung kann eine peremtorische Einrede für zulässig und begründet halten und sich deshalb zur Gewährleistung für die Richtigkeit nicht verstehen wollen, und der Käufer, von der Grundlosigkeit der Einrede überzeugt, kann ihm diese Gewährleistung gerne erlassen, während er sich zum Erlasse der Gewährleistung für die Sicherheit nicht verstehen würde.

63) Dadurch allein, daß der Cedent dem Cessionar bei der Cession einer Hypothekenpost, oder einer demselben als zweifelhaft abgetretenen persönlichen Forderung, den einen oder den anderen ihm bekannten, auf die Sicherheit sich beziehenden Umstand anzuzeigen, unterlassen hat, wird Letzterer nach erlittenem Ausfalle zur Anfechtung der stattgefundenen Cession noch nicht berechtigt. Pr. des Obertr. 2202, v. 1. März 1850. (Entsch. Bd. XIX, S. 482.)

63a) (4. A.) Für ein den Regreß ausschließendes Versehen im Betriebe der Exekution ist es nicht zu erachten, wenn der Cessionar nur die Subhastation, nicht aber auch die Sequestration des verpfändeten Grundstücks nachgesucht hat. Erk. des Obertr. vom 1. Febr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 242).

64) Statim (L. 21, §. 1 D. de constituta pecunia, XIII, 5), d. h. sobald wie möglich, so daß dem Cessionar keine nicht entschuldbare Zögerung vorzuwerfen ist, was der Richter nach den Umständen zu ermessen hat. Das Gleiche spricht das Obertr. durch das Pr. vom 16. November 1844 so aus: „Wenn der Cessionar, um sich den Regreß gegen den Cedenten zu erhalten, nach §. 434 d. T. die Forderung nach Ablauf der Verfallzeit „sofort beitreiben" muß, so ist unter diesem Ausdrucke nicht gerade eine schon am nächsten Tage anzustellende Klage zu verstehen, es bleibt vielmehr die Deutung dem Ermessen des Richters überlassen." (Entsch. Bd. X, S. 372.) (4. A.) Ebenso muß nach den jedesmaligen Umständen entschieden werden: ob es für eine die Gewährleistung ausschließende Verzögerung zu erachten ist, wenn der Cessionar die Subhastation des für die cedirte Forderung verpfändeten Grundstücks erst mehrere Wochen nach Ablauf der in dem Zahlungsbefehle dem Schuldner gestellten vierwöchentlichen Frist nachsucht. Erk. des Obertr. v. 14. Januar 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 182). — (5. A.) Gegen den Vorwurf der die Gewährleistung aufhebenden Säumniß kann der säumige Cessionar sich damit nicht schützen, daß die Subhastation von einem anderen Gläubiger, aber später als er selbst es hätte thun können, ausgebracht sei. Die Replik, daß auch eine von ihm einige Monate früher ausgebrachte und durchgeführte Subhastation kein anderes Resultat als den gänzlichen Ausfall der Forderung herbeigeführt haben würde, ist unzulässig. Erk. des Obertr. vom 23. Oktbr. 1862 (Entsch. Bd. L, S. 135).

(4. A.) Ist in einer nach gewissen Jahren zahlbaren hypothekarischen Obligation von der nicht prompten Zinsenzahlung die frühere Fälligkeit des Kapitals abhängig gemacht, demnächst aber die Obligation mit Gewährleistung cedirt worden; so muß der Cessionar bei Verlust seines Regresses beim Ausbleiben einer Zinszahlung sogleich zur Auskagung des Kapitals schreiten. Erk. dess. v. 1. Febr. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 242). Dieser Satz ist von dem Herausgeber des Archivs a. a. O. S. 246 angezweifelt; mir scheint er juristisch folgerichtig zu sein.

65) D. i. eine solche, zu welcher der Gläubiger durch keine Rechtsgründe genöthigt wird. Das Obertr. soll, nach einer Mittheilung der Revisoren (Pens. XIV, Motive zu Tit. 11, S. 89), angenommen haben, daß darunter nicht jede ohne ausdrückliche Genehmigung des Cedenten bewilligte Zahlungsfrist, sondern eine durch die Umstände nicht gerechtfertigte Nachsicht verstanden werden müsse. Die Vorschrift ist unbedingt. Die Gegensätze sind eine Zahlungsfrist, wozu zwingende Gründe nöthigen

liche Genehmigung des Cedenten, zugestanden, so verliert er seinen Regreß an Letztern [66]).

§. 435. Forderungen, welche erst nach vorhergegangener Aufkündigung zahlbar sind, muß der Cessionarius, bei Verlust seines Regresses, binnen Drei Monaten nach erfolgter Cession [67]) gerichtlich [68]) aufkündigen [69]).

---

(unfreiwillige), und eine Frist, wozu kein Grund nöthiget (freiwillige). Letztere darf der Cessionar eben so wenig wie der Assignatar geben. Beide besorgen bei der Einziehung zugleich fremde Geschäfte, und es ist, nach Suarez (s. o. Anm. 61), auf eine sorgfältige Besorgung besonders gerechnet, weshalb man um so weniger die Einwendungen gegen die Satzung des §. 430 berücksichtigt hat. Die Monita hatten sich gegen den gedruckten Entwurf erneuert. Man sagte: in der Natur einer Cession liege nichts weiter, als daß der Cedent für die Veritär haften müsse, weil der Handel sich auf nichts weiter erstrecke, als auf das Recht an der Forderung nicht aber auf das Objekt derselben. Es enthalte auch eine Unbilligkeit, demjenigen, welcher sich wegen der etwa möglichen Unsicherheit schon bei der Bestimmung des Kaufpreises vorsehen könne, dennoch die Gewährleistung zu bewilligen. Dies errege selbst einen Widerspruch mit der Aufhebung der lex Anastasiana. Zugleich werde es fast unmöglich sein, vollständige Gesetze zu geben, welche den aus dieser Vorschrift so häufig entspringenden Streitigkeiten Genüge leisten würden.

Goßler bemerkte hierzu, daß das Monitum sehr erheblich scheine, und selbst Suarez äußerte in der rev. mon.:

Gegen den §. 385 haben mehrere Monenten opponirt. Ihre Gründe sind die nämlichen, aus welchen ich bei der ersten Ausarbeitung die Richtigkeit und Zuträglichkeit dieser neuen von der bisherigen ganz abweichenden Theorie bezweifelt habe. Da nun damals auf selbige nicht reflektirt worden, so wird es auch wohl jetzt nicht geschehen.

Jedenfalls war Suarez der Meinung:

1) ad §. 386 (432 A.L.R.), daß der Cessionar culpam levissimam in exigendo vertreten,
2) ad §. 388 (welcher bestimmte, daß unvermeidliche Vorfälle, welche die Beitreibung der Schuld verhindert hätten, den Cessionar von der Verantwortung befreiten), daß er auch casum, der sich in seiner Person ereignete, tragen müsse, wenn nicht klar sei, daß dieser casus auch in der Person des Cedenten sich ereignet haben würde;
3) daß jeder casus, der sich an der Sicherheit selbst post cessionem ereigne, den Cessionar als dominus treffe.

Diese Vorschläge wurden genehmigt und überdies konkludirt:

Wenn der Cessionar weniger bezahlt hat, so ist praesumtio, daß er das periculum übernommen habe.

Hiernach wurde der Entwurf umgearbeitet, und der §. 433 h. t. anfangs der Revisionsbemerkung ad 2 gemäß gefaßt, demnächst aber dieser Fassung die des §. 433 substituirt.

(Gesetz-Revis. Pens. XIV, Motive a. a. O. S. 88.)

66) Die Vorschriften der §§. 434, 438 und 439 sind auch auf den Fall einer kontraktlich übernommenen Gewährleistung für eine Hypothekenforderung anwendbar. Pr. des Obertr. 106, vom 20. Februar 1836. S. auch die Anm. 69, Abs. 2 zu §. 435 d. T.

67) Die Pflicht des Cessionars, binnen drei Monaten nach erfolgter Cession die vorbehaltene Kündigung gegen den Schuldner vorzunehmen, tritt bei solchen Forderungen, die bis zu einem gewissen Zeitpunkte unaufkündlich sind, erst mit dem Eintritte dieses Zeitpunkts ein. Pr. des Obertr. v. 16. Novbr. 1844, Nr. 2. (Entsch. Bd. X, S. 372.)

(4. A.) War die Forderung bereits vor der Cession von dem Cedenten selbst gekündigt, so kommt dem Cessionar die dreimonatliche Frist zur gerichtlichen Aufkündigung nicht zu Statten; er muß vielmehr die Forderung nach Ablauf der, durch die bereits früher erfolgte Kündigung bestimmten Verfallzeit sofort einklagen. Erk. des Obertr. vom 15. April 1856 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXI, S. 87).

68) Die Form der Kündigung ist für die Wirksamkeit derselben zwar gleichgültig, denn die Mahnung ist eine juristische Thatsache, keine Rechtshandlung. Allein es kommt bei der Einziehung einer cedirten Forderung auf Zeitersparung an, damit der Schuldner im Verlaufe der Zeit nicht zahlungsunfähig werde; und da eine außergerichtliche Kündigung in der Beweisführung oder auch in der gehörigen Anbringung Weitläuftigkeiten und Zeitverlust verursachen kann, so ist dem Cessionar eine gerichtliche Kündigung vorgeschrieben. Unterläßt er diese und wählt er die außergerichtliche Kündigung, so geschieht es auf seine Gefahr, wenn der Debitor darüber zahlungsunfähig wird.

69) Kann der Cessionar nachweisen, daß der Schuldner bereits in anderen Sachen als zahlungsunfähig befunden worden, d. h. daß Exekutionsvollstreckungen sich als erfolglos erwiesen haben, alsdann kann er auch ohne vorgänge Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährleistung zurückgehen. Pr. des Obertrib. 639, v. 8. März 1839. Vergl. das Erk. dess. v. 5. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 39), wo angenommen ist, daß nicht bloß Konkurseröffnung über das Vermögen des

§. 436. Ist der Schuldner bis zum Verfalltage, oder bis zum Ablaufe der Aufkündigungsfrist, in Konkurs versunken, so wird angenommen[70], daß die Forderung, so weit sie bei dem Konkurs leer ausgeht, schon zur Zeit der Cession unsicher gewesen sei.

§. 437. Der Cedent muß also, in sofern er nicht überhaupt von der Gewährsleistung, in Ansehung der Sicherheit, nach obigen Grundsätzen frei ist, den Ausfall vertreten.

§. 438. Außerdem muß der Cessionarius, auch bei Betreibung der Exekution, für ein geringes Versehen selbst haften[71].

§. 439. Hat er aber dem Cedenten das Ausbleiben der Zahlung bekannt gemacht, so haftet er, von diesem Zeitpunkte an, nur für ein mäßiges Versehen[72].

§. 440. Geht die cedirte Forderung, wegen Unsicherheit, ganz oder zum Theil verloren, und ist der Cedent, nach vorstehenden Grundsätzen, zur Gewährsleistung verpflichtet, so muß er dem Cessionario[72a] für das, was dieser ihm gezahlt, oder

---

Schuldners zur Zeit der Cession, und der Nachweis seitens des Cessionars, daß gegen den Schuldner zur Zeit der Cession bereits in anderen Prozessen die Exekution erfolglos versucht, derselbe mithin als zahlungsunfähig befunden worden, sondern auch der schon zu jener Zeit eingetragene Subhastationsvermerk den Cessionar berechtige, auch ohne vorherige Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährleistung zurückzugehen. Noch mehr. Wenn der Schuldner schon vor der Cession zahlungsunfähig war, so kann der Cessionar durch Säumung nichts verderben, folglich auch seinen Regreß nicht verlieren. (4. A.) In Uebereinstimmung hiermit sagt das Obertr. in dem Erk. v. 5. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 39), der Cessionar werde dadurch, daß er die ihm cedirte Hypothekenforderung nicht binnen drei Monaten aufgekündigt hat, seines Regresses nicht verlustig, wenn die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher war.

Die Vorschriften der §§. 434, 435 finden nicht bloß dann Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Gewährleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung unmittelbar aus dem Gesetze hervorgeht, sondern auch dann, wenn diese Verpflichtung durch Vertrag begründet ist, insofern Umfang und Dauer derselben in dem Vertrage nicht anders bestimmt sind. Pl.-Beschluß (Pr. 137) des Obertr. vom 19. Dezbr. 1836. (Entsch. Bd. I, S. 315.) Die Unterscheidung nach dem Entstehungsgrunde (Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 159; Bd. IV, S. 63 u. 70), welche durch den Pl.-Beschl. beseitigt wird, war schon früher von mir bekämpft worden (Uebergang der Forderungsrechte, S. 214 u. Jur. Wochenschrift 1836, S. 325). In der That sind auch zwei verschiedene Entstehungsgründe (Gesetz und Vertrag) gar nicht vorhanden, vielmehr ist in allen Fällen ganz allein der Kontrakt die causa efficiens, denn die Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist entweder ein Naturale oder ein Accidentale, folglich ist das Rechtsmittel immer die nämliche Kontraktsklage.

Dieser Pl.-Beschl. verurtheilt zugleich eine andere Irrlehre, mit welcher das ehemalige Glogauer Oberlandesgericht, nach einer Mittheilung in der Themis 1837, Kol. 1148, aufgetreten ist. Dort wird behauptet, daß der Vertrag, in welchem die Gewährleistung (für die Sicherheit) auf eine bestimmte Zeit übernommen wird, ein Vertrag über die Abänderung der Verjährung sei und also nicht gelte, wenn ihm die im §. 566, Tit. 9 vorgeschriebene Form fehle. Darnach wären denn alle Bürgschaften und alle Pfandbestellungen auf eine gewisse Zeit Verträge über die Verjährung. Bei dieser Behauptung ist der sehr große Unterschied zwischen den Interzessionen auf Zeit und den Verträgen über die Verjährung nicht gesehen worden, daß in jenen die Entstehung der bedingten Verbindlichkeit selbst (der Eintritt der Bedingung), in den Verträgen über die Abkürzung der Verjährungsfrist aber die Verfolgbarkeit des wirklich entstandenen Rechts, der Zeit nach, begrenzt wird.

70) Bis zum Beweise des Gegentheils, denn nach der Absicht des Gesetzgebers soll wohl nichts weiter als eine bloße Vermuthung hier gegründet werden. Der Ausdruck „es wird angenommen" bezeichnet zwar, genau gesprochen, eine Fiktion, und dieser entspricht auch die unbedingte Bestimmung des folgenden §. 437. Bedacht ist der Unterschied nicht bei der Abfassung der beiden Stellen, und deshalb ist auch nicht eine Absicht des Gesetzes zu finden oder zu muthmaßen, welche gar nicht vorhanden gewesen ist. Die Meinung für eine Fiktion hat jedoch mit der für eine Vermuthung gleiche Berechtigung und es bleibt zu erwarten, wofür die Praxis sich schließlich entscheiden wird.

71) S. o. die Anm. 66 zu §. 434 d. T. Die Haftung für ein geringes Versehen hat in der Geschäftsbesorgung für den Cedenten ihren Grund, weshalb sie auch nur so lange dauert, bis diesem angedeutet worden ist, daß er seine Angelegenheiten nun selbst betreiben möge. §. 439 d. T.

72) S. o. die Anm. 66 zu §. 434 d. T., und die vor. Anm. 71.

72a) (4. A.) Auch dem weiteren Cessionar. Denn der erste Cedent wird seiner Verbindlichkeit gegen seinen Kontrahenten deshalb, weil dieser das Aktivum nicht selbst eingezogen hat, sondern durch

gegeben hat[73]), ingleichen für Schaden und Kosten gerecht werden[73a]).

§. 441. Hat aber der Cedent bei der Angabe der Sicherheit betrüglich verfahren, so findet die Vorschrift §§. 424, 425 Anwendung[74]).

Von nothwendigen Cessionen.

§. 442. In allen Fällen, wo Jemand durch die für oder statt eines Andern geleistete Zahlung, nach Vorschrift der Gesetze, in die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt, ist er von diesem auch eine ausdrückliche Cession seiner Rechte an den Schuldner zu fordern befugt.

§. 443. Bei beharrlicher Weigerung des bezahlten Gläubigers muß der Richter

---

einen weiteren Cessionar hat einziehen lassen, nicht entbunden, nur ist der wirkliche Ausfall verglichen mit der ersten Cessionsvaluta allein das Objekt der Haftung des ersten Cedenten. Erk. des Obertr. vom 23. Nov. 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 180).

73) Der Fall, wo der Cedent die Gewährleistung für die Sicherheit besonders versprochen hat, macht hiervon in der Regel keine Ausnahme. Das Obertr. soll früher, wie die Revisoren mittheilen, den Cedenten zur Zahlung des Nominalwerthes verurtheilt haben, weil derselbe als Bürge zu betrachten sei. (Pens. XIV, a. a. O. S. 89.) Dieser Grund nöthigt nicht zu solchem Urtheile, denn auch in dem Falle, wo diese Gewährleistung ein Naturale des Rechtsgeschäfts ist, hat dieselbe die rechtliche Natur einer Intercession und müßte zur Bezahlung der ganzen Schuld verpflichten, wenn es bloß auf das ankäme, was die Grundsätze über dergleichen Verbindlichkeiten folgerecht mit sich bringen. Der §. 440 enthält jedoch eine eingreifende positive Bestimmung. Das Obertr. hat seitdem auch die auf der Unterscheidung zwischen ausdrücklich *versprochener* und *sich von selbst verstehender* Gewährleistung beruhende Praxis durch den Pl.-Beschl. vom 19. Dez. 1836 (Anm. 69, Alinea 2) verlassen. Die positive Vorschrift des §. 440 hat aber keine absolut gebietende Natur, sie hindert also nicht die Uebernahme der fremden Verbindlichkeit nach dem Nominalwerthe. Bei entstehendem Streite hierüber kommt es mithin auf die Absicht der Kontrahenten und bei Dunkelheiten auf Willensauslegung an. Dabei ist die ausdrückliche und besondere Uebernahme der fraglichen Verbindlichkeit ein beachtungswerther Umstand in sofern, als die Willensäußerung im zweifelhaften Falle so verstanden werden muß, daß sie nicht ohne alle Bedeutung bleibt. §. 74, Tit. 4. Hat mithin der Cedent die Gewährleistung für eine Forderung versprochen, für welche er selbstverstanden nicht einzustehen haben würde (§§. 427, 429), so hat die Erklärung ihre Bedeutung. Versteht sich aber die Gewährleistung, nach der Art der cedirten Forderung, von selbst und der Cedent verspricht überdies noch besonders, dafür einzustehen, so muß ein solches Versprechen doch auch eine eigene Bedeutung haben sollen. Läßt sich also nach den Umständen oder nach der Person der Kontrahenten nicht Absichtslosigkeit annehmen, so widerspricht es den Regeln der Auslegung nicht, der Erklärung den Sinn, daß der Cedent für die ganze Schuld habe einstehen wollen, zu geben. Doch nicht zufolge eines Rechtsprinzips, vielmehr im Wege der Willensinterpretation. (4. A.) Das Versprechen, für den „richtigen Eingang" der Forderung haften zu wollen, oder die Uebernahme der Gewährleistung für die *ganze* Forderung, ist für eine solche vertragsmäßige Abweichung nicht gehalten worden. Erk. des Obertr. vom 9. Okt. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI. S. 182 u. Bd. XVIII, S. 198). Das Obertr. sieht in dem §. 440 ein Verbotsgesetz, wie in dem §. 425.

73a) (4. A.) Bei Hypothekenforderungen erstreckt sich die Verbindlichkeit zur Gewährleistung für den Ausfall auch auf die Zinsen, daher auf dieselben die bei Bürgschaften gegebenen Vorschriften, Tit. 14, §§. 258, 259 nicht Anwendung finden sollen. Erk. des Obertr. v. 14. Januar 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 183).

74) Man hat gefragt: in welcher Zeit der Anspruch des Cessionars an den Cedenten verjähre. Man hat drei Fälle zu unterscheiden: den der Gewährleistung für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit (§. 420); den der Gewährleistung für die Einziehbarkeit (§. 427 ff.); den des Betrugs (§§. 424, 441, 444). Der *erste* Fall steht dem der eigentlichen Eviktionsleistung bei körperlichen Sachen, und namentlich dem Falle gleich, wo die Sache dem Käufer von einem Dritten ganz oder *theilweise* (die Forderung kann auch nur zum Theil falsch sein) entzogen wird. Durch einen Dritten entzogen werden kann freilich eine Forderung eigentlich nicht, aber der Erfolg steht einer solchen Entziehung völlig gleich, wenn sich im Rechtsverfahren zeigt, daß der angebliche debitor cessus kein Debitor ist; und die ganze Lehre von der Gewährleistung bei Cessionen beruht auf Analogie, indem man die Forderungen wie Sachen behandelt. In diesem Falle kommen die Grundsätze zur Anwendung, welche das Obertr. in dem Pl.-Beschl. v. 21. Juni 1847 ausgesprochen hat. Anm. 84, Nr. 3 zu §. 345, Tit. 5. Der *zweite* Fall ist das Analogon der Gewährleistung für physische Fehler einer Sache: es müßte mithin die Bestimmung des §. 543, Tit. 5 zur Anwendung kommen. Dem widerstrebt jedoch die Unähnlichkeit der mit Fehlern behafteten körperlichen Sache und der uneinziehbaren Forderungen. Zwar die actio redhibitoria und die actio quanti minoris (bei theilweiser Uneinziehbarkeit) ließen sich analogisch anwenden; allein der im §. 343, Tit. 5 festgesetzte Anfangstermin ist unmöglich; man kann einer cedirten Forderung die Uneinziehbarkeit beim Empfange nicht so ansehen, wie einer sicht- und

denselben, auf Anrufen des Zahlenden, zur Ausstellung der Cession, durch exekutive Zwangsmittel anhalten[75]).

§. 444. Doch darf in dergleichen[76]) Fällen der Cedent so wenig für die Richtigkeit als Sicherheit der Forderung, in sofern er sich bei dem Geschäfte keines Betrugs schuldig gemacht hat, gerecht werden.

## Vierter Abschnitt.

### Vom Erbschaftskaufe.

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1013—1015. Dazu Glück, Erläuterung, Th. XVI, S. 309 flg. Westphal, vom Kaufe ꝛc., §§. 835—876. Arndts, Erbschaft, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IV, S. 24 flg. — Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. VI, S. 526 flg. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §. 330. Gruchot, Preußisches Erbrecht, Bd. I, S. 241 flg.

§. 445. Nur eine wirklich angefallene freie[1]) Erbschaft kann verkauft und einem Andern gültig abgetreten werden. Was für Erbschaften verkauft werden können.

§. 446. Der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer noch erst anfallen soll, ist nichtig[1a]).

---

greifbaren körperlichen Sache die natürlichen Mängel. Die Analogie ist mithin unzulässig. Einer solchen bedarf es auch nicht, denn der Anspruch hat seine eigene rechtliche Natur und unterliegt nur derselben Verjährung wie die Klage aus der Bürgschaft. Der dritte Fall giebt wohl keinem Zweifel Raum.

75) Es wird nach Vorschrift der Exekutionsordnung über die executio ad faciendum verfahren. Wählt der Gläubiger die Vollziehung der Handlung durch einen Dritten, so ist der kürzeste Weg der, daß die Uebereignung unmittelbar durch den Richter in Vollziehung des rechtskräftigen Urtels ausgesprochen wird, in derselben Weise, wie es die §§. 6—9 des Gesetzes vom 4. Juli 1822 für einen anderen Fall vorschreiben. Die Vorschrift des §. 443 ist übrigens einestheils unnütz, noch mehr als unnütz, sie veranlaßt Mißverständnisse, wie z. B., daß man den Fall der richterlichen Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt im Wege der Exekution zu den hier gemeinten nothwendigen Cessionen gezählt, und den Exequendus (Cedenten) auf Grund des §. 444 von der Gewährleistung für die Richtigkeit der Forderung freigesprochen hat. M. s. das Schr. des J.M. v. 24. Febr. 1831, abgedr. in den Erg. zum §. 444 d. T. Vergl. das Pr. 2012 oben in der Anm. 52 zu §. 420 d. T. Anderentheils verletzt der Satz die Rechte des Gläubigers, indem dieser in keinem Falle, mag ihn bezahlen wer da will, mehr schuldig ist, als Quittung zu leisten und den Schuldschein herauszugeben. Hierüber unten, Anm. 20 zu §. 50, Tit. 16.

76) Diese Fälle sind nur diejenigen, in welchen die Cession von Rechtswegen eintritt (fingirt wird). S. die vor. Anm.

1) Darunter ist weder eine schuldenfreie, noch eine bedingte (§. 495), noch eine mit einer Substitution oder einem Fideikommisse beschwerte (§. 488) zu verstehen. Der Ausdruck stammt von Kircheisen her. Dieser bemerkte bei der Revision des ersten Entwurfs, in welchem das Wort noch fehlte: „Nicht jedes Erbschaftsrecht ist verkaufbar, z. B. bei der Lehn- und Fideikommißfolge. Ich habe also das Wort „freies" hinzugefügt. Die Renunziation eines Agnaten zum Vortheile eines Entfernten gehört nicht hierher." Ges.-Rev. Pens. XVI, S. 50. In diesem Sinne ist das Wort nichtssagend, denn Lehen und Fideikommisse sind keine Erbschaften. Auch ist daran keine Folge geknüpft, wie an den Verkauf einer künftigen Erbschaft. Vergl. §. 446.

1a) (4. A.) Weil der Gegenstand nicht vorhanden ist, nach der Regel: viventis non est hereditas. Vergl. Anm. 23 zu §. 39 d. T.; L. 1, L. 7 D. de hereditate vel act. vendita (XVIII, 4). Auch auf einzelne bestimmte Sachen ist der Grundsatz des §. 446 anwendbar. L. 30 C. de pactis (II, 3). Vergl. Code civil Art. 971, 1130. Das Obertribunal hat, in Widerspruch mit den Vorderrichtern, das Gegentheil behauptet. Erk. v. 15. April 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 92). Die Gründe sind irrig und die Behauptung juristisch nicht zu begründen, wie ich im Rechte der Forderungen, 2. Ausg., §. 330, Nr. I, 2 nachgewiesen habe. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich darauf. Es ist noch hinzuzufügen: Hasse, von dem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten; im Rheinischen Museum Bd. II, S. 218 ff. Die §§. 445, 446 entscheiden einen Streit.

In Frage ist auch gekommen: ob über die in einem wechselseitigen Testamente, in welchem sich Eheleute gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, einem Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten zugewendete Quote des Vermögens, welches der überlebende Ehegatte nachlassen wird, während des Lebens des Letzteren durch Erbschaftskauf verfügt werden kann. Das Obertribunal hat die Frage bejahend entschieden. Erk. vom 9. Mai 1857 (Entsch. Bd. XXXVI, S. 62). Dem ist beizustimmen.

§. 447. Nur alsdann ist ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Theil[2]) desselben verkauft[3]) worden[3a]).

§. 448. Ist nur ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen verkauft, so muß das Geschäft bloß nach den Vorschriften der Gesetze von dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen beurtheilt werden.

§. 449. Ein Gleiches findet statt, wenn die Erbschaft nur nach einem darüber aufgenommenen Inventario verkauft worden.

§. 450. Es wäre denn, daß aus dem übrigen Inhalte des Kontrakts erhellete, daß die Beziehung auf ein Inventarium nur der näheren Bestimmung und Bezeichnung wegen beigefügt sei.

Wer Erbschaften kaufen und verkaufen könne.

§. 451. Wer eine Erbschaft selbst zu erwerben oder anzutreten nicht fähig ist, der kann dieselbe weder von einer auch fähigen[4]) Person kaufen[5]), noch sie an eine dergleichen Person verkaufen.

§. 452. Die Fähigkeit des Erben zum Verkaufe wird nach der Zeit des Anfalls[6]) beurtheilt.

---

Denn jeder Verwandte des Erstversterbenden ist heres fideicommissarius; die fideikommissarische Erbschaft ist mit dem Tode seines Erblassers in der That angefallen; sie fällt nicht erst mit dem Tode des Fiduziarius an, dessen Erbe er nicht ist, sondern er hat vielmehr von ihm die Ausantwortung der schon angefallenen Erbschaft zu der bestimmten Zeit zu fordern.

2) D. h. eine Quote, nicht etwa ein Quantum. „Die von einem Erben an einen Dritten geleistete Cession des Erbtheils, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf Höhe einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum." Pr. 465 o. in der Anm. 1 zu §. 376 d. T. (4. A.) Dagegen ist auf den Uebertragungsvertrag über eine bestimmte Summe, welche aus einer gewissen, von dem Uebertragenden gehofften, künftigen Erbschaft entrichtet werden soll, das Verbot der §§. 445, 446 nicht anwendbar. Erk. des Obertr. v. 15. April 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 92).

3) Die Ausscheidung eines von mehreren Miterben gegen eine bestimmte Abfindung ist nicht Kauf, sondern Erbtheilung; die übrigen Erben behalten nur, was sie mit dem Ausgeschiedenen schon in solidum hatten. Vergl. auch Entsch. des Obertr. Bd. XVI, S. 443. Wenn aber einer von mehr als zwei Erben seine Erbquote nur dem Einen der Uebrigen gegen Vergeltung abtritt, so ist das Geschäft Erbschaftskauf, und nicht Theilung. So ist es auszulegen, wenn keine andere Absicht der Parteien in dem ersten Falle erhellet. Erklären aber die Kontrahenten in dem ersten Falle, daß der ausscheidende Erbe sein Erbschaftsrecht als Ganzes auf die Uebrigen zu übertragen und nicht bloß das Eigenthum der einzelnen Erbstücke überlassen wollen; so ist auch in diesem Falle ein Erbschaftskauf vorhanden. Der wesentliche Unterschied zwischen Erbschaftskauf unter Erben und Erbtheilung liegt nämlich in dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts. Ist dieser der Inbegriff von Sachen und Rechen (universitas juris), so ist es Kauf; sind es die einzelnen Sachen, Rechte und Schulden, so ist es Erbtheilung.

3a) (4. A.) Der Nebenvertrag, daß der Erbschaftskäufer dem Verkäufer den, den Kaufpreis übersteigenden Mehrbetrag herausgebe, ist gültig und widerspricht nicht dem Wesen des Erbschaftskaufs. Erk. des Obertr. vom 15. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIV, S. 310).

(5. A.) Der Kaufstempel beim Erbschaftskaufe beträgt nicht unbedingt 1 Prozent von dem Preise, sondern wenn in dem Erbschaftskaufkontrakte das Kaufgeld zwar in Einer Summe festgesetzt ist, dabei aber für die zur Erbschaft gehörigen Grundstücke und ebenso für die übrigen darin befindlichen Gegenstände besondere Werthsbeträge angegeben worden sind; so darf nach dem Stempelges. vom 7. März 1822 §. 4 lit. f u. §. 5 lit. f (G.S. S. 47), n. Tarif s. v. Kaufverträge, von den außer den Immobilien darin befindlichen Gegenständen nur ein Drittel Prozent des für diese angegebenen Kaufpreises erhoben werden. Erk. des Obertr. v. 19. Dez. 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 379 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 343).

4) Nämlich erbfähigen; außerdem würde ja der Verkäufer selbst das, was er dem Käufer abtreten will, nicht erworben haben.

5) Diese Bestimmung, daß Jemand, der eine Erbschaft zu erwerben unfähig (erbunfähig) ist, auch eine solche nicht kaufen könne, ist erst in das letzte Konzept aufgenommen worden, und die Materialien ergeben keine Gründe dieser Abänderung des Entwurfs. (Ges.-Rev. Pens. XVI, Motive S. 51.) Die besondere Bedeutung, außer der allgemeinen Rechtsunfähigkeit, die hier keiner besonderen Einschärfung bedurfte, ist nicht findbar. Die Erbunfähigkeit ist heutzutage nicht allgemein. Die Satzung ist ohne besondere Bedeutung.

6) Entspricht dem Grundsatze über die Anwendung neuer Gesetze (s. o. die Anm. 25 zu §. VIII des Publ.-Pat., S. 14) und über die thatsächlichen Veränderungen in den Rechtsverhältnissen (s. u. §. 43, Tit. 12 u. die Anm. dazu).

§. 453. Auch der, dem eine wirklich angefallene Erbschaft wegen seiner Unwürdigkeit[7]) wieder entrissen wird, kann dieselbe nicht gültig[8]) verkaufen.

§. 454. Bei einem wirklichen Erbschaftskaufe tritt der Käufer in alle Rechte und Pflichten[9]) des Erben. Was unter einem Erbschaftskaufe begriffen sei oder nicht.

§. 455. Selbst die Rechte und Pflichten des Erben, in Ansehung der Person des Erblassers, und der zum Nachlasse gehörigen Sachen, bleiben, wenn nicht Anderes verabredet worden[9a]), ungeändert[10]).

§. 456. Die Sache wird daher so genommen, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer, und nicht dem Verkäufer angefallen wäre[11]).

---

7) Unwürdig zur Erwerbung einer Erbschaft wird: a) der, welcher den Erblasser an seiner freien Verfügung hindert. Anwendungen dieses Grundsatzes sind die §§. 605—607, 609, 610, Tit. 12; b) der, welcher eine letztwillige Verfügung verheimlicht, §. 608 ebd.; c) der, welcher aus Vorsatz oder grobem Versehen den Erblasser tödtet, §§. 599, 600 ebd.; d) der, welcher dem in Noth gerathenen Erblasser den nothdürftigen Unterhalt verweigert hat, II, 3, §§. 23—29; e) der, welcher mit dem Erblasser im Ehebruche oder in Blutschande gelebt hat, ohne daß dieser Umgang in Ehe verwandelt worden ist, §. 35, Tit. 12 und K.O. vom 28. Febr. 1811.

8) Hat der Unwürdige die Erbschaft vor der Entreißung verkauft, so kann der an dessen Stelle tretende Erbe dieselbe dem Käufer mit der Erbschaftsklage abfordern; der redliche Käufer aber hat die Rechte eines redlichen Besitzers.

9) Beim Mangel ausdrücklicher Bestimmungen über die Entrichtung des Erbschaftsstempels in einem Erbschaftskaufvertrage liegt dieselbe dem Erbschaftskäufer ob; und kann der Verkäufer, wenn er nach Abschluß des Vertrags den Erbschaftsstempel dem Fiskus hat entrichten müssen, von dem Käufer die Erstattung fordern. Pr. des Obertr. 1873, v. 7. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. I, S. 207.)

Die von dem Erben, vor erfolgter Theilung, geschehene Cession seines Erbtheils an einen Dritten auf den Betrag einer bestimmten Summe gewährt, wenn hiernächst über das Vermögen des Erben ein Kreditverfahren eröffnet, und bei inzwischen erfolgter Theilung das Erbtheil zur Masse eingezogen wird, dem Cessionar kein Vindikationsrecht gegen diesen Theil der Masse, oder überhaupt das Recht der ersten Klasse, sondern nur, wenn bei der Cession der Empfang der Valuta bekannt ist, wegen des persönlichen Rechts gegen den Cedenten die Auszahlung der bestimmten Summe aus dem Erbtheile zu fordern, einen Anspruch auf die letzte Klasse. Pr. des Obertr. vom 5. März 1846. (Entsch. Bd. XII, S. 211.) Vergl. das Pr. 465 o. in der Anm. 1 zu §. 376.

(4. A.) Was über die Vertretungspflicht des Käufers vorgeschrieben ist, betrifft die Naturalien des Erbschaftskaufs, durch deren Abänderung der Begriff dieses Rechtsgeschäfts nicht aufgehoben wird. Vergl. das Erk. des Obertr. vom 8. Febr. 1849 (Arch. f. Rechtsf. Bd. 1, S. 21).

9a) (5. A.) „Wenn nicht ein Anderes verabredet worden." Der Begriff des Erbschaftskaufs wird hiernach dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich einzelne zum Nachlasse gehörige Sachen reservirt. Der Erbschaftskauf bleibt daher ein solcher auch dann, wenn zur Zeit des Abschlusses der verkaufende Miterbe durch partielle Theilung einzelne Gegenstände erworben hatte und nach Inhalt des Vertrages ihm diese verbleiben sollen. Entscheidend ist nur, daß das Erbrecht selbst Gegenstand des Vertrages war. Erk. des Obertr. vom 13. Sept. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 139).

10) S. die folg. Anm. 11.

11) Der §. 455 lautete im gedr. Entw.: „Selbst die Verbindlichkeit, mit welcher der Erbe dem Erblasser verhaftet war, sowie die Forderungen des Erben an den Erblasser bleiben, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, unverändert." Die Fassung war deutlich. Suarez wollte aber noch mehr Deutlichkeit; er bemerkte in der rev. monit.: „Um den Sinn des §. 406 (d. i. der §. 455), daß keine confusio jurium defuncti et heredis erfolge, noch bestimmter auszudrücken, könnte man das principium juris Romani ausdrücklich aufnehmen, daß die Sache so genommen werde, als wenn die Erbschaft unmittelbar auf den Käufer devolvirt worden." In Folge dessen erhielt der §. 455 seine dunkle Fassung und der §. 456 wurde eingeschoben. Ges.-Rev. Pens. XVI, Motive S. 53.

Ein richtiger Folgesatz dieses Grundsatzes ist der §. 476. Allein angewendet findet sich ein ganz anderes Prinzip in dem §. 480 ff., welcher in geraden Widerspruch zu dem §. 456 tritt. Diese Veränderung ist erst auf den Vorschlag von Suarez bei der rev. monit. gemacht worden. Obgleich keine Monita gegen die Bestimmungen des gedr. Entw., in welchem der §. 480 noch nicht stand, eingegangen waren, so schlug Suarez doch vor, die §§. 421 u. 422 des Entw. dahin abzuändern: daß der Verkäufer der Erbschaft in Ansehung der Nutzungen und der davon zu entrichtenden Lasten in dem Zeitraume von dem Tode des Erblassers bis zum Verkaufe einem bonae fidei possessor gleich zu achten; daß er dagegen die Konservationskosten nicht fordern könne, weil anzunehmen, daß darauf schon bei Bestimmung des Kaufgeldes reflektirt worden, und daß ein Gleiches wegen der, von dem

§. 457. Alles, was dem Erben, vermöge seines Erbrechts[12]), würde zu Theil geworden sein, fällt dem Käufer des Erbrechts zu.

§. 458. Auch künftige Erwerbungen, die dem Erben, vermöge des verkauften Erbrechts, durch den Ausfall etwaniger Miterben oder Legatarien zuwachsen, gehen auf den Käufer mit über[13]).

§. 459. Dagegen sind die Rechte, welche dem Verkäufer, vermöge einer Pupillar-[14]) oder fideikommissarischen[15]) Substitution auf einen Theil des Nachlasses, welcher schon an einen Andern gediehen ist[16]), zustehen, unter dem Erbschaftsverkaufe nicht mit begriffen.

§. 460. Ein Gleiches gilt von Vermächtnissen, welche einem der Erben zum Voraus verschafft, oder was demselben durch eine Schenkung von Todeswegen zugewendet worden[17]).

§. 461. Ebenso sind Sachen und Rechte, welche dem Verkäufer nicht von dem Erblasser, sondern nur durch denselben und mittelst seines Ablebens zufallen[18]), im zweifelhaften[19]) Falle für mitverkauft nicht zu achten.

Verhältnisse in Ansehung der Legatarien, Gläubiger und Schuldner.

§. 462. Das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatarien wird durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert[20])

---

Verkäufer zwischen der Zeit von dem Tode des Erblassers bis zum Verkaufe etwa bezahlten Kapitalschulden und Legate anzunehmen. Habe der Verkäufer sich deshalb im Kontrakte nichts vorbehalten, so müsse man annehmen, daß er seine Vergütigung dafür durch das Kaufgeld erhalten. Man setzte hierauf den §. 480 hinzu, in der Absicht, wie es scheint, die Auseinandersetzung zwischen Verkäufer und Käufer der Erbschaft zu vereinfachen. Ges.-Rev. a. a. O. — Praktisch stellt sich nun das Verhältniß so: Jedem Dritten gegenüber gilt der Käufer als Erbe von Anfang; dem Verkäufer gegenüber aber hat er die Erbschaft in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Kaufs steht und liegt, zu nehmen und zu fordern. Daß der Erbe für die bezahlten Kapitalsschulden keine Forderung an den Käufer machen kann, ist ganz in der Ordnung. Entweder hat er aus den Mitteln der Erbschaft bezahlt: dann ist keine Veränderung eingetreten. Oder er hat seine eigenen Mittel dazu verwendet: dann hat er die Erbschaft verbessert und er wird nicht verfehlen, diese Verbesserung bei der Bestimmung des Kaufpreises mit anzuschlagen. Die bezahlten und nicht gelöschten Hypothekenschulden werden eine Ausnahme machen: von diesen ist und bleibt der Erbe Gläubiger, mag er die Zahlmittel aus der Erbschaft oder aus seinem eigenen Vermögen genommen haben. Aber hierbei ist überall keine Zufälligkeit, wie die Gesetzrevisoren vermeinen; vielmehr liegt das, was der Käufer erwerben wird, klar vor Augen, er mag darnach sein Gebot einrichten und seine Bedingungen machen. Vergl. die folg. Anm.

12) Nicht auch das, was er aus einem anderen Grunde erhält, z. B. Legate (Prälegate) §§. 459 bis 461. Ist folgerichtig. „Wenn ein Erbschaftsverkäufer in Betreff einer in der verkauften Erbschaft begriffenen Nachlaßschuld *nachher* das Recht des Gläubigers erwirbt, so kann sich der Erbschaftskäufer nicht darauf berufen, die Schuld sei durch Konfusion aufgehoben." Pr. des Obertr. v. 12. Juni 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 232).

13) Diese Bestimmung über das Akkreszenzrecht entscheidet eine gemeinrechtliche Kontroverse.

14) Diese wendet eine *andere* Erbschaft zu. L. 2, §. 2 D. de hered. vend. (XVIII, 4).

15) Verschafft in allen Fällen nur eine *Singular*-Succession, steht also einem Vermächtnisse gleich. Denn der Erbe dabei ist der Fiduziarius, belastet mit der Verbindlichkeit, die Erbschaftssachen herauszugeben.

16) Kommt die fideikommissarische Substitution zur Ausführung, ehe der Nachlaß an den Fiduziar gediehen ist, so wirkt sie als *gemeine* Substitution, und diese giebt wahres Erbrecht.

17) Diese beiden Arten von Zuwendungen folgen nicht aus dem Erbrechte; sie haben einen besonderen selbstständigen Grund. Vergl. L. 87, 88 D. de legatis I (XXX).

18) Namentlich Lehen und Fideikommisse.

19) Der §. 461 giebt mithin nur eine Interpretationsregel. Denn zulässig ist es allerdings, daß auch Lehen und Familienfideikommisse, d. h. das nutzbare Eigenthum auf die Dauer des Nutzungsrechts des Folgers, von diesem verkauft, folglich auch, wenn er zugleich Erbe des verstorbenen Besitzers ist, mit dessen Verlassenschaft zugleich mit verkauft werden können. Warum auch nicht? Vergl. oben den §. 445 und die Anm. 1 dazu.

20) Deshalb bleibt der Benefizialerbe ebenso, als wenn er die Erbschaft behalten hätte, dafür verantwortlich, wenn dieselbe nicht zur Befriedigung der Gläubiger in gehöriger Ordnung verwendet wird.

§. 463. Es steht denselben frei, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft, oder an den Erben selbst zu halten[21]).

§. 464. Auch wenn sie sich zuerst an den Käufer halten, können sie dennoch von diesem auf den Verkäufer, als Erben, wieder zurückgehen.

§. 465. Doch müssen sie, wenn sie von dieser Befugniß Gebrauch machen wollen, sich dieselbe sogleich, wenn sie den Käufer in Anspruch nehmen[22]), ausdrücklich vorbehalten, und diesen Vorbehalt dem Verkäufer gerichtlich bekannt machen lassen.

§. 466. Halten sich die Gläubiger und Legatarien an den Verkäufer der Erbschaft, so ist der Käufer denselben in alle Wege zu vertreten schuldig.

§. 467. Wegen der Aufforderung des Käufers zu solcher Vertretung gilt alles das, was bei der Lehre von Gewährsleistungen dem Käufer, welcher von dem Verkäufer eine solche Vertretung fordern will, vorgeschrieben ist. (§. 143 sqq.)

§. 468. Persönliche Leistungen, die nicht nach Gelde geschätzt werden können, ist der Käufer weder zu übernehmen, noch dem Verkäufer Vergütung dafür[23]) zu leisten verbunden.

§. 469. Ist der Erbe durch verzögerte Zahlung, von Seiten des Käufers, in Schaden gesetzt worden, so muß ihn letzterer entschädigen[23a]).

---

21) Der Käufer wird nicht persönlicher Schuldner der Gläubiger; er haftet nur als Besitzer der Erbschaft, denn Aktiv- wie Passivschulden gehen als obligationes rei mit dem Inbegriffe über. Daher ist das, was hinsichts des beneficii inventarii der Verkäufer vor dem Verkaufe etwa gethan oder unterlassen hätte, nicht präjudizirlich. Hätte der Verkäufer die Erbschaft selbst ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat angetreten, so würde er dadurch den Käufer nicht zum persönlichen Schuldner der Gläubiger machen. Selbst das in dem Kaufkontrakte gegebene Versprechen des Käufers, für die Schulden persönlich zu haften, würde nur dem Verkäufer gegenüber eine Verbindlichkeit begründen. Andererseits kommt dem Erbschaftskäufer die Benefizial-Erbeseigenschaft des Verkäufers nicht zu Statten, wenn er selbst nicht die Gläubiger aus der Erbschaft in der gesetzmäßigen Ordnung befriedigt. Dies ist für ihn der einzige Verpflichtungsgrund. Deshalb bedarf er des beneficii inventarii nicht, folglich schadet ihm die Versäumung der Frist zur Einreichung eines Inventariums nicht, ihm kommt der Nachweis über den Inhalt der Erbschaft zu allen Zeiten zu Statten. Nur eine die Beweisführung angehende Frage würde es sein: ob ein Erbschaftsverzeichniß, welches erst nach Verlauf einer langen Zeit, wo von der Erbschaft vielleicht nichts mehr vorhanden, aufgemacht würde, dem in Anspruch genommenen Käufer bei dem Einwande der Unzulänglichkeit der Erbschaft von Nutzen sein könnte. Ein solches bloß aus dem Gedächtnisse aufgesetztes Verzeichniß hat keine Beweiskraft. Hört der Käufer auf, Besitzer der Erbschaft zu sein, indem er sie als Ganzes ohne Verminderung weiter verkauft, so läßt sich gegen ihn keine Klage eines Erbschaftsgläubigers, zu dem er nicht besonders in ein persönliches Verhältniß getreten ist, begründen.

(4. A.) Die Erbschaftsgläubiger können zwar allerdings gegen den Erbschaftskäufer klagen, aber nur aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, auch wenn sie bereits gegen den Erben klagbar geworden sind. Aber sie können das gegen den Erben, nach bereits geschehenem Verkaufe der Erbschaft, ausgewirkte Judikat nicht unbedingt gegen den Erbschaftskäufer zur Vollstreckung bringen, also gegen diesen auch nicht die Judikatklage anstellen, wenn er zu dem Vorprozesse nicht als Partei zugezogen worden ist. Erk. des Obertr. vom 16. Dez. 1861 (Entsch. Bd. XLVII, S. 360). Dies bezieht sich nicht auf die vor dem Verkaufe rechtskräftig festgestellten Ansprüche der Erbschaftsgläubiger.

22) Also in der Klage oder bei Einreichung derselben. Die Prozeßschrift, worin der Vorbehalt gemacht wird, muß dem Verkäufer insinuirt werden, gleich einer Litisdenunziation und zu demselben Zwecke.

Die Satzung über die Haftung des Erbschaftskäufers, den Gläubigern gegenüber, ist neu und veranlaßt durch eine Notiz von Klein über das, was Voet in seinem Kommentar L. XVIII, Tit. 4, §. 6 von dem Gerichtsgebrauche in seinem Lande mittheilt (Gesetzrevis. Pens. XVI, S. 59) und von Klein für eine gemeinrechtliche Gerichtspraxis gehalten worden ist.

23) Nämlich für die persönliche Leistung selbst. Kommen dabei nach Geld zu berechnende Kosten und Auslagen vor, so kann der Verkäufer dafür vom Käufer Ersatz fordern. So legt man diese erst bei der Revision der Erinnerungen eingeschobene Stelle aus, wogegen sich nichts einwenden läßt. Denn Suarez wollte nur das, was keiner Schätzung nach Gelde fähig ist, dem Verkäufer zur Last lassen, „nisi aliter conventum." (Ges.-Rev. a. a. O. S. 60.)

23a) (4. A.) Z. B. wenn der Erbe von einem nicht befriedigten Gläubiger belangt und mit Exekution verfolgt wird. Die Kosten muß ihm der säumige Käufer gewiß erstatten; aber ein Schade möchte sich doch schwer nachweisen lassen. Denn selbst im Falle einer Auspfändung und Versteigerung

§. 470. Zu den Lasten der Erbschaft, welche der Käufer, vermöge des Vertrages, übernimmt, gehören auch die Begräbnißkosten[24]) des Erblassers, soweit dieselben von dem Erben noch nicht berichtigt sind.

§. 471. Die Verhältnisse zwischen dem Erbschaftskäufer und den Schuldnern der Erbschaft sind nach den bei Cessionen angenommenen Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 472. Der Erbschaftsschuldner, welcher den Käufer für seinen Gläubiger nicht ausdrücklich anerkannt hat, kann demselben nicht nur Gegenforderungen, die ihm gegen den Erblasser, sondern auch solche, die ihm an den Erben zustehen, entgegensetzen.

Form.

§. 473. Fällt weg[24a]).

4. G. vom 11. Juli 1845, über die Form einiger Rechtsgeschäfte. (G.S. S. 495.)

§. 1. Bei Erbschaftskäufen (§. 473 d. T. u. §. 9, Nr. 2, Tit. 1, Th. II der A. G.O.) soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen[24b]) vorgeschriebene Form genügen.

Ges. vom 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

1) Der §. 1 des Gesetzes über die Form einiger Rechtsgeschäfte, vom 11. Juli 1845, jedoch bleiben die auf der Hannoverschen Gesetzgebung beruhenden Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte, insbesondere die Vorschrift des §. 29 des Hannoverschen Gesetzes vom 9. Mai 1823, betreffend die bäuerlichen Verhältnisse der niederen Grafschaft Lingen, in Kraft.

Wirkungen eines Erbschaftskaufs.

§. 474. Sobald der Kauf solchergestalt geschlossen ist, geht Eigenthum und Gefahr der Erbschaft auf den Käufer über[25]).

§. 475. Soweit jedoch eine Naturalübergabe erforderlich ist, um den Käufer in den Besitz[26]) der Erbschaftsstücke zu setzen, ist der Verkäufer auch diese zu leisten schuldig[27]).

---

ist ja der Werth der Pfändungsgegenstände durch die öffentliche Versteigerung ausgemittelt und auch eingekommen. Die Bestimmung des §. 469 ist, wenn dadurch etwas Besonderes hat festgesetzt werden sollen, viel zu allgemein.

24) Welche bereits entstanden waren, als der Kauf geschlossen wurde. Nicht dazu zu rechnen sind diejenigen Begräbnißkosten, welche der Erbe erst nach vollzogenem Kaufe macht, z. B. durch Transport der Leiche und anderweitige kostbare Bestattung, durch Errichtung von Grabmälern u. dergl.

24a) (3. A.) Der §. 473 schrieb vor, daß alle Erbschaftskäufe bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich geschlossen werden sollten. Dies ist durch das folgende G. v. 11. Juli 1845 abgeändert.

24b) (3. A.) Die allgemeine Vertragsform soll also auch auf Erbschaftskäufe angewendet werden. Damit ist der Zweifel gehoben: ob die Schriftform in allen Fällen wesentlich erforderlich, oder ob in dem Falle, wenn weder Grundstücke, noch Grundgerechtigkeiten, noch verbriefte Forderungen zur Erbschaft gehören, und auch das Kaufgeld nicht über 50 Thlr. beträgt, die mündliche Form genügt. Die Legitimationsfrage bleibt hier bei Seite; denn das versteht sich, daß, wenn der Käufer an Stelle des Erben z. B. eine Forderung einziehen will, er einen Ausweis über den Kauf zu seiner Legitimation vorlegen muß. Dies berührt nicht die Rechtsverbindlichkeit des Kontrakts, indem, wenn der mündlich abgeschlossene Kontrakt kräftig ist, der Käufer den Erben zwingen kann, ihm den erforderlichen Ausweis zu geben. Die Frage muß aus den Bestimmungen der §§. 131—139, Tit. 5 beantwortet werden, und darunter ist allein der §. 135 maßgebend, aus welchem sich die Nothwendigkeit der schriftlichen Form für Erbschaftskäufe in allen Fällen behaupten läßt, weil der Käufer „beständige persönliche Lasten und Pflichten" übernimmt; denn er soll für beständig den Erben als solchen gegen alle bekannten und unbekannten Ansprüche vorstellen.

25) Weil die Erbschaft keine körperliche Sache ist, so kann sie nicht tradirt werden. Deshalb geht sie, wie andere, nicht mit dem Besitze einer Sache verbundene Rechte, durch bloße Erklärung des Erben auf den Käufer über. Dies ist also keine Ausnahme von dem Grundsatze des §. 1, Tit. 10.

26) Zur Erwerbung des Eigenthums bedarf es mithin der körperlichen Uebergabe nicht. S. die vor. Anm. Der Käufer der Erbschaft hat, auch ohne Tradition, die Vindikationsklage wegen aller zur Erbschaft gehörigen, im Besitze eines Dritten befindlichen einzelnen Sachen.

§. 476. Der Verkäufer muß dem Käufer die Erbschaft in dem Stande, wie ihm dieselbe wirklich angefallen ist, ausliefern[28]).

§. 477. Einzelne Sachen aber, die seit dem Tode des Erblassers bis zum geschlossenen Kaufe, im ordentlichen Laufe der Natur, oder der Geschäfte, von der Erbschaft abgesondert worden, ist der Verkäufer dem Käufer zu gewähren nicht schuldig.

§. 478. Dagegen erhält der Käufer alles, was auch erst nach dem Tode des Erblassers der Erbschaft zugetreten ist.

§. 479. Familienurkunden und Papiere, ingleichen Familiengemälde, die für den Käufer keinen erheblichen Werth und Nutzen haben[29]), sind, im zweifelhaften Falle, für mitverkauft nicht zu achten.

§. 480. Hat der Verkäufer, vor geschlossenem Vertrage, Kapitalsschulden des Erblassers bezahlt, oder Legate entrichtet, und sich dieserhalb bei dem Verkaufe nichts vorbehalten: so kann er dafür von dem Käufer keine Vergütung fordern[30]).

§. 481. Ein Gleiches gilt in Ansehung der Kosten, welche der Verkäufer, bis zum geschlossenen Kaufe, auf die Erhaltung und Verbesserung der Erbschaftssubstanz verwendet hat.

§. 482. In Ansehung der Nutzungen aber, und der davon zu entrichtenden Lasten, ist der Erbschaftsverkäufer, bis zum geschlossenen Vertrage, einem redlichen Besitzer gleich zu achten.

§. 483. Von der Zeit des geschlossenen Kaufs gehen alle Nutzungen und Lasten auf den Käufer über.

§. 484. Der Verkäufer darf dem Käufer nur das Erbrecht selbst, nicht aber die einzelnen in dem Nachlasse befindlichen Sachen oder Gerechtsame vertreten. Gewährleistung.

§. 485. Vielmehr ist in soweit der Erbschaftskauf einem Kaufe in Pausch und Bogen gleich zu achten[30a]).

---

27) Dieses Forderungsrecht des Käufers gegen den Verkäufer steht neben dem Abforderungsrechte des Käufers gegen jeden Dritten. S. die vor. Anm.

28) S. o. die Anm. 9a zu §. 455 u. Anm. 11 zu §. 456.

29) Wenn es aber gesuchte Werke berühmter Meister sind, so steht es anders. Ein Familiengemälde von Raphael oder Lessing kann von sehr großem Geldwerthe sein. Solche Gemälde muß sich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten, wenn nämlich das „die" als nähere Bestimmung in der Bedeutung von „wenn sie", also als Bestimmung einer gewissen Klasse genommen wird. Es kann aber auch als erklärende Apposition des Hauptwortes für „da sie" aufgefaßt werden und dann kommt auf den Kunstwerth nichts an. Nach den Grundsätzen der Gesetzgebungskunst muß das „die" in dem ersten Sinne verstanden werden, weil der damit anhebende Zusatz in dem zweiten Sinne (als Grund) ganz überflüssig sein würde. Die Bestimmung ist nicht so wichtig, da sie nur eine Interpretationsregel geben soll und bei der Auslegung der Willenserklärung, d. h. Findung der Absicht der Parteien, der erhebliche Werth gewiß nicht außer Betracht bleiben kann.

30) S. o. die Anm. 11 zu §. 456. — Bezahlte Hypothekenschulden, welche der Verkäufer nicht hat löschen können, machen eine Ausnahme, da sie nicht für getilgt angesehen werden.

Man hat gefragt: ob der Käufer, welcher dem Verkäufer eine bezahlte Schuld zu erstatten hat, demselben solche Forderung, die er an den bezahlten Gläubiger schon vor dessen Bezahlung oder vor dem Kaufe hatte, anrechnen könne; und die Frage bejaht, weil bei dem Erbschaftskaufe die Sache so angesehen werde, als sei der Käufer schon seit der Eröffnung der Erbschaft Erbe gewesen. (Ges.-Rev. a. a. O. S. 65.) Dieser Grund entscheidet jedoch nicht zwischen den Kontrahenten. (S. o. Anm. 11.) Ueberhaupt ist es nicht recht denkbar, wie die Frage praktisch soll vorkommen können, da der Verkäufer nur in Folge einer Uebereinkunft mit dem Käufer, also auf Grund einer ausdrücklichen Stipulation, Ersatz fordern kann, der Käufer mithin dadurch die Forderung anerkannt hat.

30a) (4. A.) Dieser §., welcher den Grundsatz des §. 484 bewähren soll, wäre besser weggeblieben, er macht ihn wieder zweifelhaft, weil er viel weniger zusichert. Denn bei dem Verkaufe in Pausch und Bogen fällt nur die Gewährleistung wegen fehlender Quantität und wegen mangelnder Normalbeschaffenheit weg, nicht aber im Uebrigen. §. 231 d. T. und Anm. 55 dazu. Vergl. A. G.O. I, 52, §. 12. Die Beschränkung ist aber augenscheinlich nicht gemeint und würde auch bei einem gewagten Geschäfte, was der Erbschaftskauf ist, nicht passen. Der Verkäufer hat weiter nichts als das Erbschaftsrecht zu gewähren; ob es viel oder wenig enthält, ist gleichgültig. L. 14, §. 1; L. 15 D. de heredit. vel act. vendita (XVIII, 4).

§. 486. Auch[31]) der Käufer kann, wegen eines Mißverhältnisses im Preise, von dem Kaufe niemals zurücktreten.

Wenn gar kein Erbrecht gewährt werden kann.

§. 487. Kann der Verkäufer dem Käufer gar kein Erbrecht gewähren, so muß er den erhaltenen Kaufpreis zurückzahlen.

§. 488. Ein Gleiches findet statt, wenn der Verkäufer dem Käufer zwar ein wirkliches, aber ein mit Substitution oder Fideikommiß beschwertes Erbrecht verkauft[32]), und diese[33]) Belastung demselben nicht bekannt gemacht hat.

§. 489. Außer dem Ersatze des Kaufpreises haftet der Verkäufer dem Käufer, nach Verhältniß seines bei Schließung des Vertrages begangenen Versehens, auch für das aus der Nichtigkeit[34]) desselben erwachsende Interesse.

§. 490. Doch kann der Käufer dasjenige, was die Erbschaft mehr werth gewesen ist, als er dafür gegeben hat, unter dem Vorwande eines entgangenen Gewinns, niemals fordern.

§. 491. Wegen dessen, was dem Erbschaftskäufer von dem die Erbschaft an sich nehmenden Erben vergütet werden muß, desgleichen wegen der Nutzungen der Erbschaft, und der Zinsen des dafür erlegten Kaufgeldes, finden die Vorschriften §§. 154—162 Anwendung.

Wenn mehrere Miterben sich finden.

§. 492. Finden sich vorher nicht bekannte Theilnehmer an dem verkauften Erbrechte, so hängt es von dem Käufer ab, von dem Kontrakte zurückzutreten.

§. 493. Will er dieses, so finden die Vorschriften §. 487 sqq. Anwendung.

§. 494. Will er aber bei dem Kontrakte stehen bleiben, so muß das verabredete Kaufgeld, nach Verhältniß der dem Käufer entgehenden Erbportion, herabgesetzt werden[35]).

Bei bedingten Erbschaften.

§. 495. Ist die Erbschaft dem Verkäufer nur unter einer Bedingung zugefallen, und dieses bei Abschließung des Kaufs beiden Theilen unbekannt gewesen, so ist der ganze Vertrag nichtig.

§. 496. Hat aber der Verkäufer die ihm bekannte Bedingung dem Käufer verschwiegen, so ist Letzterer von dem Vertrage abzugehen berechtigt[36]).

§. 497. Alsdann finden die Vorschriften §. 487 sqq. ebenfalls Anwendung.

---

31) Daß es der Verkäufer nicht kann, versteht sich von selbst nach dem allgemeinen Grundsatze §. 69 d. T. Hier, bei dem Erbschaftskaufe, soll es auch der Käufer nicht, obgleich der Irrthum dabei leichter und unvermeidlicher ist, als bei dem Kaufe einer einzelnen Sache.

32) Der Kauf einer solchen unfreien Erbschaft ist mithin nicht nichtig. Vgl. die §§. 445, 446 d. T. und die Anm. dazu.

33) Nur dieſe Belastung muß bekannt gemacht werden. Die Belastung mit Schulden und Legaten kann dem Fideikommisse im Erfolge gleichkommen, die Erbschaft vielleicht noch viel schlechter machen als ein Fideikommiß, sie braucht doch nicht besonders bekannt gemacht zu werden, wenn nur kein Betrug vorfällt. Der Käufer muß sich vorsehen.

34) Das Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, vielmehr soll die Verbindlichkeit des Verkäufers aus dem Kontrakte ja nun erst recht ihre Wirksamkeit zeigen in der Leistung des Interesses. Bei nichtigen Geschäften giebt es keine anderen Rechtsmittel als Kondiktion oder Betrugsklage. Der hier vorgesehene Fall steht dem Falle des Sachkaufs, wo dem Käufer die gekaufte Sache durch einen Dritten rechtlich entzogen (evinzirt) wird, völlig gleich.

35) Die §§ 492—494 treffen Bestimmung für einen Fall, welcher dem Falle des Sachkaufs gleich steht, wenn nur ein Theil oder ein Pertinenzstück oder eine Gerechtigkeit der verkauften Sache dem Käufer entzogen wird. Für beide Fälle sollten gleiche Grundsätze gelten. Vergl. die §§ 164 ff. d. T. und die Anm. dazu. Hier wird jedoch dem Käufer ein unbedingtes Wahlrecht gegeben. S. die folg. Anm.

36) Der hier vorausgesetzte Fall findet an dem Falle des Sachkaufs sein Vorbild, wenn die verkaufte Sache die stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft nicht hat, also fehlerhaft ist. Folgerecht sollen hier dieselben Grundsätze wie dort zur Anwendung kommen. §§. 197, 198 d. T., verb. mit §§. 331, 325, 326, Tit. 5. Das ist jedoch nicht der Fall. Hier soll der Käufer sofort zurücktreten dürfen; dort erst dann, wenn der Verkäufer die fehlende Eigenschaft nicht gewähren kann. §. 326, Tit. 5. In der Sache liegt kein Grund zu solcher ungleichen Behandlung der beiden Fälle.

§. 498. Ist jedoch die dem Erbanfalle beigefügte aufschiebende Bedingung so beschaffen, daß deren Erfüllung von dem Verkäufer abhängt, so steht diesem frei [37]), durch die sofort zu leistende Erfüllung derselben dem Mangel abzuhelfen, und den Vertrag aufrecht zu erhalten.

§. 499. Auch der Käufer kann ihn dazu durch gerichtliche Zwangsmittel anhalten [38]), wenn ihm daran gelegen ist, daß der Kontrakt bestehen bleibe.

§. 500. Ist die Bedingung auflösend, und von der Beschaffenheit, daß es in der Gewalt des Verkäufers steht, das Nichteintreten der Bedingung zu bewirken, und kann dies sogleich geschehen, so gelten auch in diesem Falle die §§. 498, 499 ertheilten Vorschriften.

§. 501. Kann der Verkäufer dasjenige, was, um das Eintreten der auflösenden Bedingung zu verhüten, geschehen muß, nicht sogleich bewerkstelligen; der Käufer aber will dennoch bei dem Kontrakte verbleiben: so ist er befugt, von dem Verkäufer Sicherheit für alles das zu fordern, was ihm dieser zu leisten haben würde, wenn durch den Eintritt der Bedingung das Erbrecht verloren gehen sollte.

§. 502. Ist die Bedingung von der Art, daß deren Erfüllung von dem Käufer selbst geleistet werden kann; so hängt es von diesem ab, sich derselben zu unterziehen, und wegen des daraus für ihn entstehenden Nachtheils Entschädigung von dem Verkäufer zu fordern.

Bei andern dem Erbrechte entgegenstehenden Hindernissen.

§. 503. Wenn andere rechtliche [39]) Hindernisse das Erbrecht selbst, oder dessen Ausübung, oder auch die Erlangung des Besitzes und Genusses einzelner Erbschaftsstücke [40]) aufhalten, oder erschweren; so ist der Käufer eine Entschädigung dafür, die er sich nicht ausdrücklich vorbehalten hat, zu fordern nicht berechtigt.

§. 504. Er kann aber Entschädigung verlangen, wenn die Hindernisse oder Schwierigkeiten durch das eigene grobe oder mäßige Versehen des Verkäufers entstanden sind.

Wenn der Erblasser noch am Leben ist.

§. 505. Ergiebt sich nach geschlossenem Kaufe, daß der vermeintliche Erblasser damals noch am Leben gewesen, so bleibt [41]) das Geschäft nichtig [42]), wenn auch der Tod desselben bald hernach erfolgt wäre.

§. 506. Hat einer von beiden Kontrahenten gewußt, daß der angebliche Erblasser noch nicht verstorben sei, so muß derselbe dem andern Theile alle durch den nichtigen Vertrag entstandenen Schäden und Kosten erstatten.

Vom Abschosse bei Erbschaftskäufen.

§. 507. Ist eine dem Abschosse unterworfene Erbschaft verkauft worden, und wird nicht die Erbschaft selbst, sondern nur das Kaufgeld ausgeführt, so darf der Abschoß nur von dem Kaufgelde entrichtet werden.

§. 508. Soll aber die Erbschaft selbst ausgeführt werden, so ist der Abschoßberechtigte [43]) befugt, auf die Vorlegung eines vollständigen Verzeichnisses der auszu-

37) Hierdurch kann der Verkäufer die Sache in ebendieselbe Lage bringen, welche sie beim Sachverkaufe von selbst haben soll: der Käufer kann nicht zurücktreten, wenn ihm gewährt wird, was ihm vertragsmäßig zukommt. §. 326, Tit. 5.

38) Das hat nicht den Sinn, als könne und müßte die Handlung erzwungen werden, das wäre wohl eine nicht sehr verständige Anordnung; aber es führt zur vollständigen Entschädigung und zum juramentum in litem des Käufers. Dies ist die juristische Bedeutung der Bestimmung.

39) Was für rechtliche Hindernisse? Vielleicht Schwierigkeit in der Legitimationsführung des Erben: oder Streit über das Erbrecht. Es ist nicht bestimmt zu sagen, an was man hierbei zu denken hat.

40) Z. B. wenn dergleichen in dem Besitze eines Dritten sind und erst vindizirt werden müssen. Dieses ist der Erbe und Verkäufer auf seine Kosten zu thun verbunden. §. 475 d. T. Der Käufer ist aber, als Eigenthümer, auch selbst ad causam legitimirt und hat, wenn er das Geschäft nützlich besorgt, für Kosten und Auslagen Ersatz von dem Verkäufer zu fordern.

41) Was von Anfang nichtig ist, kann niemals von selbst konvalesziren. Tit. 3, §. 43.

42) Vergl. o. §. 446 d. T.

43) Privat-Abschoßberechtigte giebt es nicht mehr; und der Fiskus nimmt nur noch zur Aus-

führenden dem Abschosse unterworfenen Stücke, und auf deren gerichtliche Würdigung anzutragen.

§. 509. Entsteht in Fällen, wo der Abschoß nur vom Kaufgelde zu entrichten ist, ein scheinbarer Verdacht, daß das Kaufgeld niedriger, als es verabredet ist, zum Nachtheile des Abschoßberechtigten angegeben worden, so steht Letzterem frei, die eidliche Bestärkung der Angabe von dem Käufer und Verkäufer zu fordern.

§. 510. Uebrigens hält sich der Abschoßberechtigte, wegen der Zahlung des Abschosses, vorzüglich an den Käufer, als Besitzer der Erbschaft.

## Fünfter Abschnitt.

### Vom Trödelvertrage[1]).

J. H. Boehmer, Exercit. ad Pandectas, No. LIV, Tom. III, p. 538 sqq. Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1065—1067. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVIII, S. 61 flg. Jul. Merkel, Trödelvertrag, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XI, S. 535 ff. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 186 flg. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 360.

§. 511. Wenn Jemand seine Sache einem Andern zum Verkaufe für einen bestimmten Preis übergiebt, mit der Bedingung, daß innerhalb eines festgesetzten Termins entweder die Sache zurückgegeben, oder der bestimmte Preis geliefert werden solle, so ist ein Trödelvertrag vorhanden[2]).

§. 512. Ein solcher Trödelvertrag kann nur über bewegliche Sachen geschlossen werden.

§. 513. Das Eigenthum der Sache geht auf den Empfänger mit Ablaufe des Termins sofort über[3]).

§. 514. Der vorige Inhaber kann die Sache in der Zwischenzeit nicht zurückfordern[4]).

§. 515. Wenn aber der Empfänger mit dem Ablaufe des Termins den bestimmten Preis nicht liefert[5]), so ist der vorige Inhaber die Sache selbst, wenn sie sich bei dem Empfänger noch unverkauft befindet, zurückzunehmen berechtigt.

---

übung des Vergeltungsrechts Abschoß von Erbschaften. Mit den meisten Staaten sind Verträge darüber geschlossen.

1) Trödelkontrakt nennen die neueren Civilisten dasjenige Rechtsgeschäft, über welches der Pandektentitel 3, XIX de aestimatoria handelt, und welches keinen Eigennamen hat. Es bestand darin, daß Einer dem Anderen eine Sache um einen gewissen Preis (Aestimation) zu verhandeln übertrug, und hatte Aehnlichkeit mit allen drei Konsensualkontrakten, welche den täglichen gemeinen Verkehr hauptsächlich ausmachten, nämlich dem Kaufe, der Miethe und dem Mandate; denn der vierte Konsensualkontrakt (die Sozietät) gehört viel weniger dem Tagesverkehre an. Man war deshalb darüber im Zweifel: ob man wegen der Aestimation ex vendito, oder ex locato (quasi rem vendendam locasse videtur), oder ex conducto (quasi operas conduxisset), oder mandati zu klagen berechtigt sei. Um diese Bedenken zu beseitigen, kam eine besondere Spezies von Klage, eine actio de aestimato in Vorschlag, die auch für den Fall anwendbar blieb, wenn der Uebernehmer sich den Lohn ausbedungen hatte. L. 1 u. 2 D. l. c. Die Klage war von beiden Seiten eine direkte und der unbenannte Kontrakt ein wirklich zweiseitiger. Die Verf. des A. L.R. haben ihn als eine eigenthümliche Spezies von Vertrag beibehalten, gleich dem Tauschkontrakte, welcher weniger ein Bedürfniß ist, als der in der That ganz eigenthümliche Trödelkontrakt.

2) Zur Begriffsbestimmung gehören auch noch die §§. 512, 522—525.

3) Nämlich wenn ein wahrer Trödelvertrag geschlossen worden und das Geschäft nicht als Auftrag, oder als Dienstmiethe zu behandeln ist, und der Preis bezahlt wird. §. 515 u. die Anm. 5.

4) Wenn der Kontrakt in einer rechtsverbindlichen Form geschlossen ist. Außerdem gelten die Grundsätze über mündlich geschlossene Verträge, Tit. 5, §. 146. Hier tritt jedoch das Eigenthümliche ein, daß der Trödler gleichfalls sagen kann, er habe, nach dem Empfange, schon den Anfang mit der Erfüllung durch seine Bemühung, die Sache anzubringen, gemacht. Für diese muß er dann entschädigt werden.

5) Diese Bedingung des im §. 513 ausgesprochenen Grundsatzes ist aus dem R. R. beibehalten,

§. 516. Bis zum Ablaufe des Termins trägt der vorige Inhaber den Schaden und Verlust, welcher ohne grobes oder mäßiges Versehen des Empfängers entstanden ist.

§. 517. Dagegen muß der Empfänger, wenn er vor oder in dem Termine die Sache zurückgeben will, auch alle in der Zwischenzeit entstandenen natürlichen Zuwüchse derselben mit abliefern.

§. 518. Er muß allen Schaden und Verlust, welcher durch sein auch nur mäßiges Versehen an der Sache entstanden ist, vergüten.

§. 519. Es kommen ihm aber auch [6]) während seines Besitzes alle Nutzungen und Vortheile, welche die Sache außer den natürlichen Zuwüchsen gewähren kann [7]), wenn nicht ein Anderes verabredet ist, zu gute.

§. 520. Ist vor abgelaufenem Termine Konkurs über das Vermögen des Empfängers entstanden, und die Sache bei ihm noch vorgefunden worden, so müssen die Gläubiger dem vorigen Inhaber entweder die Sache zurückgeben, oder den festgesetzten Preis dafür bezahlen.

§. 521. War der Termin der Rückgabe zur Zeit des entstandenen Konkurses bereits abgelaufen [8]); oder wird die Sache in dem Vermögen des Gemeinschuldners nicht mehr vorgefunden; so muß der vorige Inhaber sich in den Konkurs nicht einlassen, und seine Befriedigung, wegen des bedungenen Preises, an dem durch das Prioritätsurtel ihm anzuweisenden Orte [9]) abwarten.

§. 522. Ist eine Sache Jemandem zum Verkaufe, ohne Bestimmung eines gewissen Termins zur Zahlung oder Rückgabe, zugestellt worden, so ist ein bloßes Auftragsgeschäft vorhanden.

§. 523. Ein Gleiches findet statt, wenn zwar ein Termin zur Rückgabe, aber kein Preis bestimmt ist.

§. 524. Ferner alsdann, wenn dem Empfänger der Sache für den übernommenen Verkauf eine gewisse Provision oder andere Belohnung ausgesetzt worden [10]).

§. 525. Desgleichen alsdann, wenn eine unbewegliche Sache den Gegenstand des Vertrages ausgemacht [11]).

§. 526. In allen Fällen aber, der Uebernehmer mag die Sache vermöge eines Trödelkontrakts, oder eines bloßen Auftrags in seiner Gewahrsam gehabt haben, ist ein von ihm erfolgter Verkauf, sowohl in Ansehung des vorigen Inhabers, als des Käufers, rechtsbeständig.

---

welches nicht wegen des jus poenitendi, sondern wegen des Grundsatzes bei Käufen, daß der Uebergang des Eigenthums durch Bezahlung oder Kreditirung des Preises bedingt war, dem Geber die Zurücknahme gestattete, wenn er nicht das Aestimatum bezahlt erhielt. L. 5. §. 18 D. de tributoria actione (XIV. 4). Dieselbe Bedeutung hat auch die Bestimmung unseres §. 515; sie hängt zusammen mit dem Prinzipe, auf welchem der §. 230 d. T. beruhet.

6) Als wenn das eine Vergeltung für die durch Versehen begründete Verbindlichkeit zum Schadensersatze sein sollte, wie das commodum für das periculum.

7) In der Gewahrsam des Trödlers nämlich: denn vermiethen darf er sie nicht.

8) Und der Preis ausdrücklich oder stillschweigend kreditirt. (§. 515.)

9) Die Grundsätze über Kommissionsgüter, §. 25 der Konk.-O., kommen hier zur Anwendung; wenn die Voraussetzungen derselben nicht zutreffen, so hat der Auftraggeber nur in der neunten Klasse Befriedigung zu erwarten.

10) Nach der L. 2 D. l. c. widerspricht die Ausdingung eines Lohnes dem Kontrakte nicht.

11) Dann ist ein bloßes Mäklergeschäft vorhanden.

## Sechster Abschnitt.

### Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen.

Aus der Literatur ist vorzugsweise für uns zu bemerken:

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 303. Dazu Glück, Erläuterung, Th. IV, S. 192 ff. u. Bd. XVI. S. 32. Ernst Christian Westphal, über künftigen ungewissen Gewinn. Halle 1783. Grath, Kauf u. Verkauf, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VI, S. 19, lit. b.

Bornemann, Systematische Darstellnng des Preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 190 flg. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 325.

Begriff.

§. 527. Verabredungen, nach welchen eine gewisse Sache, oder ein bestimmter [1]) Preis, gegen die Hoffnung [2]) eines künftigen noch ungewissen Vortheils, oder gegen Ueberlassung künftiger Vortheile [3]), die nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich noch unbestimmt sind [4]), versprochen oder gegeben wird, heißen gewagte Verträge.

Allgemeine Grundsätze.

§. 528. Ist die bloße Hoffnung eines künftigen ungewissen Vortheils der Gegenstand des Vertrages, so besteht derselbe, wenn auch gar kein Vortheil wirklich wird.

§. 529. Sind Vortheile, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte zwar erwartet, oder noch nicht bestimmt werden konnten [4a]), der Gegenstand des Vertrages gewesen, so besteht derselbe ebenfalls, wenn gleich der Vortheil der davon gehegten Erwartung nicht gemäß ausfällt.

§. 530. Wenn aber der gehoffte Vortheil, ohne eigenes Verschulden des Käufers, gar nicht [5]) zur Wirklichkeit gelangt, so wird in diesem Falle der Vertrag wieder aufgehoben [6]).

---

1) Das Gegenversprochene muß nicht nothwendig eine gewisse Sache oder ein bestimmter Preis, es kann gleichfalls etwas Ungewisses und Unbestimmtes sein. Dann ist das Geschäft von beiden Seiten ein gewagtes, welches unverboten, und sogar mit einer besonderen Form bedacht worden ist. S. o. Tit. 5, §. 139.

2) Der Gegenstand des Kontrakts ist hier nicht eine künftige Sache, sondern nur die Hoffnung auf eine solche (emtio spei), wobei in Betreff der Rechtsbeständigkeit des Geschäfts nichts darauf ankommt: ob die Sache entstehen wird, oder nicht. §§. 528—531, 587 d. T.

3) Hier sind die Vortheile, die Sache, welche von der Zukunft erwartet werden, selbst der Gegenstand des Handels (emtio rei speratae); dieser Handel fällt von selbst weg, wenn die Vortheile gar nicht zur Entstehung kommen, denn er ist ein bedingter. §. 530. Vergl. oben, Anm. 88 a zu §. 110, Tit. 2.

4) Vortheile oder Rechte, welche zur Zeit des Kontrakts schon wirklich vorhanden, wenngleich nach ihrem Geldwerthe noch unbestimmt sind, machen das Geschäft nicht zu einem gewagten, wie z. B. ein Vertrag, wonach Jemand sich verpflichtet, eine bestimmte Zahl Eisenbahnquittungen gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme von dem Anderen zu übernehmen. Denn das Recht, welches der Käufer der Quittungen erhält, ist ein gegenwärtig wirklich schon vorhandenes Theilnahmrecht an der Eisenbahn; es soll nicht erst in der Zukunft entstehen. Nur der Ertrag ist unbestimmt, worauf aber in dieser Hinsicht nichts ankommt.

4 a) (4. A.) Hierzu gehört nicht das bergmännische Finderrecht und die Muthung auf Grund desselben. Wenn also dasselbe cedirt wird und nicht den gehofften Erfolg, d. h. die Beleihung nicht zur Folge hat, so kann die Cession der Muthung nicht bloß aus diesem Grunde rückgängig gemacht werden; denn der Gegenstand der Veräußerung ist das dem Muther zustehende Recht, wie es eben ist. Erk. des Obertr. v. 30. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 143). (5. A.) Denn die Abtretung einer Muthung enthält nur eine emtio spei und kann nur auf Grund der §§. 539, 540 d. T. mit der actio doli angegriffen werden, wenn der Cedent wußte, daß eine der Voraussetzungen, wodurch die Beleihung bedingt ist, nicht vorhanden war. Vergl. Erk. dess. v. 9. Mai 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 420).

5) Gar nicht. Dann ist das Geschäft gegenstandslos und deshalb für nicht geschlossen zu erachten.

6) Einer besonderen Wiederaufhebung bedarf es nicht; denn er gilt für nicht geschlossen, weil er unter einer Bedingung geschlossen war und die Bedingung nicht eingetreten ist. Was der Käufer etwa voraus gegeben hatte, muß restituirt werden in dem Zustande, in welchem es alsdann vorhanden; für die verschuldeten Verschlimmerungen hat der Verkäufer Ersatz zu leisten. Der Käufer hat die condictio causa data. S. u. §. 587 d. T.

§. 531. Ist es nach der Fassung des Vertrages, und nach den Umständen zweifelhaft: ob nur die Hoffnung, oder die gehoffte Sache selbst der Gegenstand des Vertrags gewesen sei, so ist letzteres anzunehmen.

§. 532. War es zur Zeit der geschlossenen[7]) Verabredung schon gewiß, und beiden Theilen bekannt, daß das, was als eine Hoffnung verkauft wurde, schon da sei, so muß der Vertrag nach den Grundsätzen des Kaufs[8]) oder Tausches beurtheilt werden.

§. 533. War solches nur Einem Theile bekannt, so ist der andere, dem davon keine Anzeige gemacht worden, an den Vertrag nicht gebunden.

§. 534. War es, zur Zeit des geschlossenen Vertrags, schon gewiß, und beiden Theilen, oder auch nur dem Käufer allein bekannt, daß das, was als Hoffnung verkauft wurde, nicht erfolgen werde, so ist das Geschäft nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen[9]).

§. 535. War dieses nur dem Verkäufer der Hoffnung bekannt, so ist der Käufer an den Vertrag nicht gebunden.

§. 536. Vielmehr ist der Verkäufer alle Schäden und Kosten, die dem Käufer daraus, daß er demselben seine Wissenschaft verschwiegen hat, entstanden sind, zu ersetzen verbunden[10]).

§. 537. War zur Zeit des geschlossenen Vertrages die Existenz des Vorfalls oder der Begebenheit, wovon Gewinn und Verlust bei dem Geschäfte abhängt, schon gewiß, und beiden Theilen bekannt; die Beschaffenheit und der Umfang des Gewinns oder Verlustes selbst aber noch ungewiß, so ist das Geschäft dennoch als ein gewagter Vertrag anzusehen.

§. 538. Ob alsdann der Vertrag, als ein solcher, der nur über eine bloße Hoffnung, oder der über erwartete Vortheile geschlossen worden, anzusehen sei, und also die Vorschrift §. 528 oder 530 stattfinde, ist nach dem Inhalte des Vertrags, allenfalls aber nach der Regel des §. 531 zu bestimmen.

§. 539. Bei allen gewagten Verträgen sind beide Theile schuldig, einander alle zur Zeit des Vertrags ihnen[11]) bekannten Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit, oder die Beschaffenheit des davon zu erwartenden Vortheils, ganz oder zum Theil abhängen kann, treulich anzuzeigen.

§. 540. Kann ein Theil überführt werden, daß er dem andern Umstände verschwiegen[12]) habe, die nach vernünftigem Ermessen der Sachverständigen, auf den Entschluß desselben, in den Vertrag bedungenermaßen sich einzulassen, hätten Einfluß haben können; so ist der Andere befugt, von dem Vertrage wieder abzugehen, und das Gegebene zurückzufordern.

---

7) In solchen Fällen kommt es ganz besonders auf den Zeitpunkt an, in welchem das Geschäft als völlig abgeschlossen zu erachten ist. Dies kann bei Verträgen unter Abwesenden zweifelhaft sein. Tit. 5, §. 80 u. §§. 90 ff. Auch bei Verträgen mit Korporationen.

8) Nach diesen Grundsätzen wird das gewagte Geschäft gleichfalls im Allgemeinen beurtheilt. Die Bestimmung will nur sagen, daß in dem vorausgesetzten Falle das Rechtsgeschäft nicht mehr bedingt, sondern ein unbedingter Sachkauf oder Tausch sei.

9) Ebenso wie bei dem Sachkaufe in dem gleichen Falle, nach §. 41 d. T.

10) Wie nach §. 40 d. T. bei dem Sachkaufe in dem gleichen Falle.

11) D. h. ihnen einseitig bekannt. Denn was beide Theile bereits wissen, das braucht der Eine dem Andern nicht mehr anzuzeigen.

12) Die bloße Thatsache der Nichtanzeige genügt, um den Anderen, dem der Umstand nicht bekannt war, zum Rücktritte zu berechtigen. Denn der Wissende war schuldig die Anzeige zu machen, diese Pflicht blieb also unerfüllt, wenngleich nur aus Unachtsamkeit oder Einfältigkeit geschwiegen wurde. Ist Vorbedacht, d. h. ein auf den eigenen Vortheil berechnetes Stillschweigen, die Ursache des Verschweigens, so hat der Andere ein noch größeres Recht, er kann vollständige Genugthuung fordern. §. 541.

§. 541. Wer dergleichen Umstände dem Andern mit Vorbedacht verschweigt, ist demselben zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet.

§. 542. Ueberhaupt haftet, auch bei Abschließung eines gewagten Vertrags, jeder Theil dem andern für jedes mäßige Versehen [13]).

§. 543. Hat der Verkäufer durch sein mäßiges Versehen verursacht, daß die Hoffnung oder der gehoffte Vortheil nicht erlangt wird, so muß er den Käufer schadlos halten.

§. 544. Hat er aber durch Vorsatz oder grobes Versehen die Erfüllung der Hoffnung oder die Erlangung des gehofften Vortheils hintertrieben, so muß er dem Käufer das volle Interesse vergüten.

§. 545. Kann der entgangene Gewinn, wegen der Natur des Geschäfts, auf andere Art nicht ausgemittelt werden, so ist derselbe auf den doppelten Betrag des Kaufgelds zu bestimmen.

1) Von Versicherungsverträgen.

§. 546. Von Versicherungsverträgen, als gewagten Geschäften, wird im Kaufmannsrechte gehandelt [14]). (Th. II, Tit. 8, Abschn. 14) [15]).

2) Von Lotterien *).

§. 547. Nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Staats können öffentliche Lotterien [16]), Glücksbuden und andere dergleichen Glücksspiele unternommen werden [17]).

§. 548. Der bestätigte und öffentlich bekannt gemachte Plan ist das Gesetz, nach welchem die Rechte und Pflichten des Unternehmers beurtheilt werden müssen.

5. Ed. v. 28. Mai 1810. (G.S. 1810 Anh. S. 71.)

§. 7. Die durch den Druck bekannt zu machenden Plane, Instruktionen für die Einnehmer und Publikanda sind die Gesetze, nach welchen die Rechte und Pflichten Unserer General-Lotterie-Direktion und der unter ihrer Autorität und von ihr angenommenen Einnehmer, beurtheilt werden sollen. Subsidiarisch entscheidet hiernächst Unser L.R.

---

13) Ist eine Anwendung der allgemeinen Rechtsregel über die Haftung für Versehen. Tit. 5, §. 278.

14) Vergl. u. §. 651 d. T.

15) Statt Abschn. 14 ist „Abschn. 13" zu lesen. R. vom 29. Dezbr. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §. 762. Dazu Glück, Erläuterung, Th. XI, S. 357 flg. (v. Eckardt) Abhandlung vom Lottorecht, oder rechtliche Betrachtung über diejenigen Vorfälle, welche sich bei dem Zahlenspiele oder s. g. Lotto theils schon zugetragen haben, theils in Zukunft noch zutragen möchten. Coburg 1771, 1787. J. H. Bender, das Lotterierecht, 2te Aufl. Gießen 1841. Neubert, Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft. Nach gemeinem u. sächsischem Rechte dargestellt. 2te Aufl. Leipzig 1838. r, Lotterie, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. VI, S. 760 flg. — Preußisches Recht: F. E. Behmer, de eo, quod justum est circa lotteriam, in dessen Novum jus controversum, Lemgo 1771, Tom. I, nr. 3. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 193 flg. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 326.

16) Außer der s. g. Klassenlotterie, von welcher der Staat selbst Unternehmer ist, giebt es im Lande keine öffentliche Lotterie, und auch die Abschaffung dieser Lotterie steht in Aussicht, sobald der Staatshaushalt dieselbe gestattet. K.O. vom 21. Juli 1841 (G.S. S. 131). Dieser Fall wird wohl nie eintreten.

Das Spielen in auswärtigen Lotterien und die Privatausspielungen sind bei Strafe verboten. V. v. 7. Dez. 1816 (G.S. 1817, S. 4). — K.O. v. 6. Juni 1829 (G.S. S. 63). — K.O v. 26. März 1825 (G.S. S. 22). — K.O. vom 20. März 1827 (G.S. S. 29).

Das gesetzliche Verbot des Spielens in fremden Lotterien macht zwar auch den über ein solches gemeinschaftlich auszuführendes Spiel geschlossenen Gesellschaftsvertrag zu einem verbotenen, hindert jedoch nicht den Erwerb des auf das gemeinschaftliche Loos in der fremden Lotterie gefallenen Gewinnes; und ist daher die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Theilung des Gewinnes statthaft. Pr. des Obertr. 1939, v. 19. Nov. 1847. Man muß also zwischen dem Hoffnungskaufe (Titel) und der Erwerbung (Uebergabe) unterscheiden. Die letztere wird nicht für verboten erachtet. Man hat hier also eine gültige Tradition auf Grund eines ungültigen Titels. Ist unjuristisch.

17) Das Einsetzen in eine Lotterie oder Kauf eines Lotterieloofes ist ein Hoffnungskauf. §. 528 d. T. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 1. Okt. 1836 (Entsch. Bd. II, S. 185). Es finden daher die Vorschriften §§. 532 ff. auf den Fall Anwendung, wenn ein schon durchgefallenes Loos verkauft wird.

§. 549. In diesem Plane muß zugleich bestimmt sein: wie für die Sicherheit der Interessenten bei diesem Geschäfte gesorgt worden[18]).

§. 550. Hat der Unternehmer die in diesem Plane bestimmte Zahl von Loosen bis zu der darin angegebenen Ziehungszeit nicht absetzen können, so ist er schuldig, den Interessenten ihren Einsatz mit den höchsten nach den Gesetzen erlaubten Zinsen zurückzuzahlen.

§. 551. Haben aber die Interessenten eine Verlängerung des Ziehungstermins sich ausdrücklich gefallen lassen, oder ihren Einsatz, nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung dieser Verlängerung, bis zum Verlaufe der Hälfte des neu bestimmten Zeitraumes nicht zurück gefordert; so hat es bei dem Vertrage sein Bewenden, und die Einsetzer können für den Verzug der Ziehung weder Zinsen, noch sonst eine Entschädigung fordern.

§. 552. Bis zu dem im Plane bestimmten, oder in der Folge verlängerten Zeitpunkte, wo der Einsatz geschlossen werden soll, ist der Unternehmer verbunden, jedem sich meldenden Einsetzer, so lange noch Loose[19]) vorhanden sind, dergleichen zu überlassen.

§. 553. Sind aber am Schlusse dieses Zeitpunkts noch unabgesetzte Loose übrig, so kann der Unternehmer dieselben auf eigenen Gewinn und Verlust behalten.

§. 554. Zwischen dem Unternehmer und Einsetzer vertritt das Loos oder Billet die Stelle des schriftlichen Vertrags.

§. 555. Der bloße Besitz eines solchen Looses berechtigt den Inhaber zur Einziehung des darauf gefallenen Gewinnes[20]).

§. 556. Ueberhaupt gilt von dergleichen Loosen alles, was die Gesetze wegen der auf den bloßen Inhaber lautenden Papiere verordnen. (Tit. 15, §§. 45—53.)

§. 557. Der Unternehmer soll die Loose nur gegen baare Zahlung des Einsatzes verabfolgen.

§. 558. Hat er also auf den Einsatz Kredit gegeben, so steht ihm deshalb keine gerichtliche Klage, sondern nur die Kompensation gegen den auf ein solches Loos fallenden Gewinn zu[21]).

Anh. §. 18. Wenn ein Einnehmer der Zahlen-Lotterie dem Spieler das Einsatzgeld stundet, so geschieht solches auf seine Gefahr, und er ist den kreditirten Einsatz gegen den Spieler einzuklagen nicht befugt[22]).

---

18) Ist bloße Instruktion für die Behörde, welche die Bestätigung zu ertheilen hat.

19) Die Loose sind den Papieren, die auf den bloßen Inhaber lauten, gleich. Das Loos gilt als der Vertrag zwischen dem Einsender und Unternehmer (Käufer und Verkäufer) über den Hoffnungskauf und legitimirt den Inhaber zur Abforderung des darauf gefallenen Gewinnes. §. 554—556. Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 135. Deshalb kann der Unternehmer dem dritten redlichen Inhaber das von dem ursprünglichen Käufer rückständig gebliebene Kaufgeld nicht abrechnen; denn das Billet gilt im Verkehre wie eine körperliche Sache, welche der erste Ausgeber unbedingt gegen den Gewinn umwechseln muß; der dritte Käufer des Billets ist ein Sachkäufer so gut wie ein Käufer von Pfandbriefen. Aus diesem Grunde habe ich meine frühere entgegengesetzte Meinung geändert.

20) Der Besitz des Looses begründet eine Vermuthung zum Vortheile des Einnehmers für die wirkliche Bezahlung das Gewinnes, wenn nicht der gewesene Inhaber Umstände nachweisen kann, aus welchen sich ergiebt, daß er ohne Zahlung zu empfangen das Loos ausgeliefert habe.

21) Doch nur gegen seinen Abkäufer. Ein dritter redlicher Erwerber des einem lettre au porteur gleichen Looses haftet nicht wie der Cessionar einer Forderung und braucht sich den kreditirten Einsatz, über welchen das Loos quittirt, nicht abrechnen zu lassen. Vergl. oben die Anm. 19 zu §. 552. Anderer Meinung ist Bender, das Lotterierecht (2te Aufl.), S. 168, aber ohne Würdigung unserer Gründe.

22) Der §. 558 d. T. wurde schon durch das Lotterie-Ed. v. 20. Juni 1704, §. 7, wieder aufgehoben, indem dort den Lotterieeinnehmern eine Klage auf den Einsatz gestattet wurde; einige Jahre nachher jedoch durch die K.O. v. 16. Juli 1799 (Rabe, Bd. V, S. 496), hinsichts der Zahlenlotterie, wieder hergestellt. Hieraus ist der §. 18 des Anh. entstanden. Hinsichts der Klassenlotterie

6. K.O. v. 21. Juli 1841. (G.S. S. 131.)

Da die Lage des Staatshaushalts mit Rücksicht auf die anderweit beabsichtigten Steuererleichterungen die Abschaffung der Lotterie noch nicht gestattet, so will Ich, um den Wünschen mehrerer Provinzial-Landtage zu entsprechen, zur möglichsten Beschränkung des Lotteriespiels auf Personen der wohlhabenden Klassen und zur Abstellung der bei dem bisherigen Betriebe bemerkbar gewordenen Uebelstände auf Ihren im Staatsministerium berathenen Antrag vom 8. d. M. hierdurch Folgendes bestimmen:

1. Der §. 10 des Ed. vom 28. Mai 1810, wonach den Lottterieeinnehmern ein Klagerecht auf gestundete Einsatzgelder eingeräumt ist, soll vom 1. Januar 1842 ab nicht mehr in Anwendung kommen, vielmehr in Ansehung aller von diesem Zeitpunkte ab gestundeten Einsatzgelder die Vorschrift des §. 558, Th. I, Tit. 11 des A. L.R. wieder in Kraft treten, nach welchem den Lotterieeinnehmern und Untereinnehmern, sofern sie auf den Einsatz Kredit gegeben haben, deshalb keine gerichtliche Klage, sondern nur die Kompensation gegen den auf ein solches Loos fallenden Gewinn zusteht.

Diese Vorschrift soll auch in allen Landestheilen, in welchen das A. L.R. nicht eingeführt ist, von demselben Zeitpunkte ab zur Anwendung kommen.

2. Die sämmtlichen Stellen der Lotterie-Untereinnehmer sollen nach und nach eingehen, und es soll daher, wenn dergleichen Stellen durch den Tod der jetzigen Inhaber oder sonst zur Erledigung kommen, die Annahme anderer Untereinnehmer von Seiten der Lotterie-Direktion nicht ferner genehmigt werden. Auch die Stellen der Lotterieeinnehmer sollen vermindert, und insbesondere dergleichen Stellen in kleineren Städten oder auf dem platten Lande nicht wieder besetzt werden. Wo aber für jetzt die Wiederbesetzung erledigter Einnehmerstellen erforderlich ist, da soll dieselbe nur auf Kündigung erfolgen.

3. Auf die Beobachtung der schon bestehenden Vorschrift, wonach es den Lotterieeinnehmern und Untereinnehmern untersagt ist, mündlich oder schriftlich zum Lotteriespiel aufzufordern, und ohne vorangegangene Bestellung Loose persönlich anzubieten oder in Briefen zu übersenden, oder durch einen Dritten anbieten oder zusenden zu lassen, ist auch ferner streng zu halten, und insbesondere dahin zu sehen, daß nicht die Lotterieeinnehmer statt der eingehenden Untereinnehmer andere Privat-Kommissionäre annehmen[22a]).

Lotterieeinnehmer und Untereinnehmer, welche diesen Vorschriften zuwider handeln, müssen sofort entlassen werden.

4. Die Zahl der in jeder Lotterie spielenden Loose soll vermindert, der Einsatz für jedes Loos hingegen erhöht und ein hiernach zu entwerfender Plan Meiner Genehmigung eingereicht werden.

§. 559. Der von dem Unternehmer angesetzte Collekteur verpflichtet den Unternehmer soweit, als er die Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht nicht überschreitet.

§. 560. Es muß aber diese Vollmacht in dem Plane, oder gleich mit demselben, öffentlich bekannt gemacht werden.

§. 561. Ist dies nicht geschehen; so wird der Unternehmer durch den von ihm wirklich angesetzten Collekteur ohne Unterschied verpflichtet.

§. 562. Auch ein Versehen eines solchen Collekteurs, bei Anfertigung oder Einsendung der Listen, muß der Unternehmer gegen die Einsetzer vertreten.

---

blieb es bei dem §. 7 des Ed. v. 20. Juni 1794. Die Zahlenlotterie wurde 1810 durch das Lotterie-Ed. vom 28. Mai 1810 von einer an ihre Stelle gesetzten Quinenlotterie verdrängt und im §. 10 wiederum eine Klage auf den Einsatz, bei Quinen- sowohl als bei Klassenlooſen gegeben. Dies wird durch die K.O. v. 21. Juli 1841 (Zus. 6) abermals geändert, und zwar dahin, daß nun wegen keines Lotterieeinsatzes geklagt werden kann.

22a) (4. A.) Dieses den Lotterieeinnehmern gemachte Verbot, ihre Loose durch einen Dritten ausbieten zu lassen, gilt nur als Disziplinargesetz gegen die Lotterieeinnehmer, ohne die civilrechtlichen Folgen des zwischen dem Einnehmer und dem Kommissionär geschlossenen Vertrages zu berühren. Tit. 3, §. 36 und Tit. 5, §. 68. Erk. des Obertr. v. 1. Mai 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II. S. 116).

Der Kommissionär des Lotterieeinnehmers ist ohne eine dies ausdrücklich bestimmende Festsetzung des Vertrages nicht verpflichtet, dem Einnehmer die nicht abgesetzten Loose vor der Ziehung zurückzugeben. Erk. des Obertr. vom 1. Mai 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 116). Vergl. Tit. 13, §§. 61 u. 5.

§. 563. Der von dem Unternehmer angesetzte Collekteur haftet ebenso für die Handlungen der von ihm bestellten Untercollekteurs.

§. 564. Eigenmächtige Collekteurs können den Unternehmer nicht verpflichten, als in sofern Letzterer, durch die Annahme des von ihnen gesammelten Einsatzes, oder sonst, die Handlungen derselben genehmigt hat.

§. 565. Der Gewinner kann seiner Bezahlung wegen nur an den Unternehmer[23]) sich halten[23a]).

§. 566. Ausgenommen sind die Fälle, wenn der Collekteur entweder nach den besondern Gesetzen der öffentlich bestätigten Lotterie aus eigenen Mitteln zu haften verpflichtet ist, oder wenn er zum Collekteur sich eigenmächtig aufgeworfen hat.

§. 567. In beiden Fällen steht dem Gewinner frei, seine Bezahlung entweder von dem Unternehmer, so weit dieser nach §. 564 haften muß, oder von dem Collekteur zu fordern.

§. 568. Die nach Art ordentlicher Handlungsbücher geführten Bücher des Unternehmers und der Collekteurs haben unter diesen, nicht aber gegen Andere, mit wirklichen Handlungsbüchern gleiche Beweiskraft.

§. 569. Der Gebrauch des Looses ist als ein Mittel zur Auseinandersetzung[24]) über gemeinschaftliche untheilbare Sachen erlaubt[25]). 3) Vom Loose*).

§. 570. Auch kann dasselbe bei gemeinschaftlichen theilbaren Sachen als ein Mittel zur Entscheidung, welchem unter den Interessenten dieser oder jener Theil zufallen solle, gebraucht werden.

§. 571. In diesem Falle müssen jedoch, ehe zur Verloosung geschritten wird, die Theile selbst, und was auf jeden derselben kommen soll, durch Einverständniß der Interessenten oder rechtskräftiges Erkenntniß bestimmt sein.

§. 572. Auch der Richter kann sich des Looses bei Auseinandersetzungen und Theilungen bedienen, wenn entweder die Parteien damit einig sind, oder kein anderer Ausweg übrig bleibt.

§. 573. Sobald die Entscheidung durch das Loos geschehen ist, geht das Eigenthum[26]) der Sache auf den Gewinner über.

---

23) Nicht auch an den Kollekteur, weil dieser nur als Beauftragter des Unternehmers handelt.

23a) (4. A.) Zur Unterbrechung der Verjährung des Rechts auf Erhebung eines Gewinnes in der Klassenlotterie genügt die bloße Präsentation der Gewinnloose in dem Lokale der General-Lotterie-Direktion an die Kassenbeamten nicht; vielmehr ist dazu auch die Aushändigung der Loose an die zu deren Empfangnahme berechtigten Beamten dergestalt, daß die Loose auf diesem Wege wirklich in die Gewahrsam der General-Lotterie-Direktion gelangen, erforderlich. §. 9 des Plans der 97. Klassenlotterie, v. 30. Oktober 1847; Erk. des Obertr. v. 4. September 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. III. S. 243).

*) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 731, 733. Aeltere: Junius, de sorte, remedio subsidiario, causas dirimendi. Lipsiae 1746 Ludovici, de judicio fortunae. Halae 1702. — Ueber Preußisches Recht: Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 327, Nr. 1.

24) Die Verloosung kann als Theilungsmodus auf zweierlei Weise angewendet werden, entweder so, daß der eine Theilnehmer die Sache und der andere von ihm eine voraus bestimmte Abfindung in Gelde oder anderen Leistungen erhält; oder so, daß mehrere untheilbare Sachen in verschiedene Portionen gelegt werden. Eine dritte denkbare Anwendung ist zwar auch ein Auseinandersetzungsmittel, aber enthält keine Theilung, sondern ein Spiel, nämlich wenn nur ein Treffer gemacht wird, auf welchen der Gewinner die Sache ganz erhalten und jeder andere Theilhaber leer ausgehen soll.

25) Da kein Unterschied zwischen den verschiedenen Anwendungen des Looses als Auseinandersetzungsmittel gemacht wird, so ist auch die in der vor. Anm. 24 erwähnte dritte unverboten.

26) Das Eigenthum geht zwar nicht über, denn der Gewinner ist schon Eigenthümer, nämlich Miteigenthümer. Aber er wird ein Alleineigenthümer dadurch, daß die anderen Miteigenthümer ausscheiden. (4. A.) Diesen Rechtssatz spricht auch das Obertrib. aus in dem Erk. v. 4. Januar 1859 (Entsch. Bd. XL, S. 126). Vergl. Hyp.-Ordn. II, §. 73.

§. 574. Die Entscheidung des Looses kann unter dem Vorwande einer Verletzung über die Hälfte nicht angefochten werden[27]).

§. 575. Wegen Zahlung desjenigen, was der Gewinner den übrigen Theilnehmern herauszugeben hat, findet eben das statt, was in Ansehung des Kaufpreises verordnet ist.

§. 576. In sofern also der Verkäufer wegen unterbliebener Zahlung des Kaufgeldes, von dem Vertrage zurücktreten kann, sind auch die übrigen Theilnehmer, wegen der von dem Gewinner nicht gehörig geleisteten Zahlung der Herausgabe, von der Verloosung zurückzutreten berechtigt[27a]).

4) Vom Spiele *).

§. 577. Wegen Spielschulden findet keine gerichtliche Klage[28]) statt.

§. 578. Was aber Jemand in erlaubten[29]) Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfordern. (Tit. 16, Abschn. 2.)

5) Von Wetten.

§. 579. Auch wegen Wetten[29a]) ist eine gerichtliche Klage nur alsdann zulässig

---

27) Ohne diese ausdrückliche Bestimmung könnte die Frage in dem Falle zweifelhaft sein, wenn derjenige, welcher die untheilbare Sache gewinnt, an die übrigen Miteigenthümer eine voraus bestimmte Geldsumme zahlen soll. Vergl. o. die Anm. 24 zu §. 569. — (5. A.) Der im §. 574 bestätigten Meinung ward von einigen widersprochen, namentlich von Berger, Oec. jur. Lib. III, tit. 5. th. 18, Not. 4 und von Lauterbach, Coll. theor. pract. Pand. Lib. XVIII, tit. 5, §. 36. Diese Meinung gründete sich auf L. 23 D. fam. erciscundae (X, 2): „nisi tantum aestimatus sit dubius eventus." Dem fügte die Glosse bei: „Tunc enim nihil redditur, quasi spes emta fuerit."

27a) (4. A.) Diese Bestimmung setzt voraus, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, die gegen baare Zahlung verkaufte und übergebene Sache zurückzufordern, wenn die Zahlung des Kaufgeldes ausbleibt. Oben, Anm. 68 zu §. 224 d. T. Nachdem aber bei der schließlichen Redaktion des A. L.R. dieser Grundsatz dahin geändert worden, daß der Verkäufer nur zur Verweigerung der Uebergabe berechtigt sein soll, wenn der Käufer nicht sogleich bezahlt (§. 230 d. T.), paßt der gegenwärtige §. 576 nicht mehr, weil es bei der Verloosung einer gemeinschaftlichen Sache der Uebergabe behufs der Eigenthumsübertragung nicht bedarf, vielmehr das Alleineigenthum in dem Augenblicke, wo das Loos gezogen ist, auf den Gewinner ipso jure übergeht. (§. 573 d. T.) Da nun eine Abforderung der übertragenen Sache wegen Nichtzahlung des Kaufgelds nicht gestattet ist, so hat unser §. 576 gar keine Bedeutung, wenn man ihm nicht den Charakter einer anomalen Bestimmung beilegen will, was gegen die Entstehungsgeschichte verstoßen würde.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 757—761. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XI, S. 325 flg. Wilda, die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet, in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. II, S. 133 f. und Bd. VIII, S. 200 f. Heimbach sen., Spiel und Wette, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. X, S. 390 f. — Das Allg. Landrecht weicht von dem römischen und deutschen Rechte ab. Darüber: Gans, über Spiele und Wetten, in den Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung S. 164. Ueber Preußisches Recht überhaupt: mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 364.

28) Auch keine Kompensation; die Schuld ist ungültig. Einleitung §. 86, Tit. 16, §. 342. Die Ausstellung einer Urkunde novirt nicht. Mittelst Wechsels kann jedoch eine Spielschuld auf dem Umwege realisirbar gemacht werden, daß der Wechsel einem Unwissenden girirt wird. Denn der Einwand nicht gezahlter Valuta ist kein wechselrechtlicher Einwand; die exceptio doli kann gegen den redlichen Dritten nicht begründet werden, und die Kondiktion des solchergestalt auf die Spielschuld Gezahlten findet nicht statt. §. 578.

29) Was in unerlaubtem Spiele verloren und gezahlt worden, kann ob turpem causam seitens des Zahlers nicht kondizirt werden; nur dem Fiskus steht die Kondiktion zu, denn die causa ist hinsichtlich aller Theile turpis. Tit. 16, §§. 172, 173.

29a) (5. A.) Die Begriffsbestimmung von Wetten ist im A. L.R. nicht gegeben. „Es kann" — sagt das Obertr. — „nur der Begriff des gemeinen Lebens, wie derselbe damals von den gemeinrechtlichen Juristen aufgestellt wurde, zum Grunde gelegt werden. Darnach aber steht nicht, wie der zweite Richter meint, jede Stipulation, wodurch eine Ungewißheit im Gewinn oder Verlust bei einem Vertrage von einer gewissen Thatsache abhängig gemacht wird, einer Wette gleich; sondern die Wette hat eben den Streit über die Wahrheit einer Behauptung zu ihrem alleinigen Objekte, und von beiden Seiten werden bestimmte Zahlungen oder Leistungen versprochen, je nachdem die Behauptung sich als richtig zeigt oder nicht." Erk. vom 14. November 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 276). Für diese Definition wird das Zeugniß Lauterbach's beigebracht, welcher in seinem Coll. th. pract. Pand. XI, 5, §. 22 sagt: „sponsiones sunt conventiones, quibus

sig, wenn die Wette sogleich baar[30]) gesetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden[30a]).

§. 580. Wetten sind ungültig, wenn ein Theil von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war, und dieses dem andern nicht angezeigt hat.

§. 581. Gelder, die ausdrücklich[30b]) zum Spielen oder Wetten oder zur Zahlung des dabei gemachten Verlustes, verlangt und geliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden[31]).

---

de veritate vel eventu alicujus rei, contendentes aliquid ponunt, vel promittunt, ea lege, ut victori cedat." Das letztgenannte Merkmal ist in die Definition des Obertr. nicht aufgenommen, wie es hätte geschehen müssen, wenn es richtig wäre, daß das A. L.R. den Begriff der damaligen Juristen voraussetzte. Lauterbach scheint seine Definition dem weit älteren Heinr. Zoesius entlehnt zu haben, welcher in dem Comment. ad Dig. XI, 5, no. 10 schreibt: „sponsio — est contractus, quo de veritate alicujus rei, vel eventu contendentes vicissim aliquid spondent, quod fiat illius, qui veritatem est adsecutus, vel pro quo stat rei eventus." Auch Voet, Comm. XI, 5, no. 9 geht davon aus. Nur Hellfeld übergeht dieses Merkmal; er definirt Jurispr. §. 760: „sponsiones — sunt conventiones de dando vel faciendo, si eventus adhuc incertus, hac vel illa ratione exstiterit" Allein man setzt dasselbe voraus. Denn sein Kommentator Glück erläutert diese Stelle des §. 760 so: „Wette, Sponsio, ist ein Vertrag, wodurch zwei Personen, bei Gelegenheit einer unter ihnen streitigen Behauptung, mit einander einig werden, daß demjenigen ein gewisser Gewinn zu Theil werden solle, dessen Behauptung über die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache sich bestätigen würde." (Bd. XI, S. 350.) Und einer der letzten der „damaligen" Juristen, Dabelow, wiederholt die hergebrachte Definition in folgender Fassung: „Eine Wette (sponsio) ist ein bedingtes reciprocirliches Versprechen zweier oder mehrerer Personen, daß sie einander etwas leisten wollen, auf den Fall, da eine zukünftige ungewisse Begebenheit auf diese oder jene Art existent werden sollte, oder eine ungewisse Begebenheit schon existent geworden ist." (Civilrechtsgelahrtheit, §. 2518.) — Die späteren Juristen haben diese Begriffsbestimmung festgehalten bis auf Wilda (1843), welcher der Erste behauptet und nachgewiesen hat, es gehöre keineswegs zum Begriff der Wette, daß den Wettpreis derjenige von den streitenden Personen, welcher Recht hat, von den übrigen erhalten solle. Es geschehe nicht nur oftmals, daß gleich bestimmt werde, es solle der Wettpreis nicht dem Sieger zufallen, sondern gemeinschaftlich verzehrt oder sonstwie verwendet werden; sondern es könne auch bestimmt werden, daß die Wettsumme zum Besten der Armen, einer milden Stiftung u. s. w. ausgesetzt werden solle. Das ist unbestreitbar, nur wird die Klage nicht unmittelbar jener dritten Persönlichkeit zustehen. Wilda bestimmt darnach den Begriff der Wette dahin: „es sei eine bei Aufstellung widerstreitender Behauptung getroffene Uebereinkunft, daß derjenige, dessen Behauptung sich als unrichtig erweisen würde, etwas bestimmtes (an eine bestimmte Person oder zu einem gewissen Zwecke) verwirkt haben (oder als Strafe zahlen) solle." (Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. VIII, S. 212.) Dieser Begriff entspricht auch den landrechtlichen Bestimmungen, welche nirgend vorschreiben, daß der Sieger den Wettpreis erhalten müsse, wenn die Uebereinkunft eine Wette sein solle. Das Obertr. hat daher das Rechte getroffen, indem es dieses als ein Erforderniß der Wette in seine Begriffsbestimmung nicht aufgenommen hat; nur können nicht die „damaligen gemeinrechtlichen Juristen" als Gewährsmänner dafür angerufen werden, da ein wesentliches Merkmal von ihrer Definition weggelassen und durch ein Anderes nicht ersetzt ist.

30) Das soll heißen: wirklich, körperlich. Denn es gehört nicht zum Begriffe der Wette, daß der Gegenstand gemünztes Geld oder Papier sei; man kann auch um andere Gegenstände wetten.

30a) (4. A.) In beiden Fällen tritt eine Sequestration ein; der Verwahrer ist ein Sequester; in dem ersteren Falle ist das Gericht selbst der Sequester. Der Fall des §. 579 ist eine wahre s. g. sequestratio voluntaria s. conventionalis.

(4. A.) Der Wettpreis muß von beiden Theilen und zwar von jedem Theile vollständig gesetzt worden sein, wenn die Wette klagbar sein soll. Erk. des Obertr. vom 14. November 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 69).

30b) (5. A.) Der Zweck des Darlehns zum Spielen oder Wetten muß also in der Willenserklärung beider Theile gegeben werden; daraus allein, daß ein Darlehn bei Gelegenheit und selbst während eines Spiels Seitens eines Theilnehmers daran erbeten wird, folgt nicht nothwendig, daß dasselbe zur Fortsetzung des Spiels dienen solle. Erk. dess. vom 12. Februar 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 308).

31) Das Verbot bezieht sich wörtlich nur auf Spiele im engeren Sinne, nicht auf Lotterien, und findet mithin auf Darlehen, welche zum Ankaufe von Lotterielooſen gegeben werden, keine direkte Anwendung. Man müßte mithin zur analogen Anwendung kommen, sollten dergleichen Darlehen nicht zurückgefordert werden können; und dazu fehlt ein nöthigender Grund. Die Fälle sind überdies ungleich; denn der Ankauf eines Lotterielooſes ist etwas anderes als ein Spielvertrag.

6) Vom Verkaufe künftiger Sachen*).

§. 582. In sofern eine noch künftige Sache, die aber doch nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge erwartet werden kann, ohne Bestimmung von Zahl, Maß oder Gewicht in Pausch und Bogen bedungen wird, gehört dieser Kauf zu den gewagten Geschäften.

§. 583. Fällt weg[31a]).

7. G. vom 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte. (G.S. S. 495.)

§. 1. Bei Verkäufen künftiger Sachen, wenn der Kaufpreis die Summe von hundert Thalern übersteigt (§. 583 d. T. u. §. 9, Nr. 3, Tit. 1, Th. II der A. G.O.), soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen.

Gesetz vom 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

1) Der §. 1 des Gesetzes über die Form einiger Rechtsgeschäfte, vom 11. Juli 1845, jedoch bleiben die auf der Hannoverschen Gesetzgebung beruhenden Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte, insbesondere die Vorschrift des §. 29 des Hannoverschen Gesetzes vom 9. Mai 1823, betreffend die bäuerlichen Verhältnisse in der niederen Grafschaft Lingen, in Kraft.

§. 584. Gefahr und Vortheil aus einem solchen Vertrage trifft allein den Käufer.

§. 585. Sobald die gehoffte Sache zur Wirklichkeit gelangt, ist der Verkäufer zur Uebergabe verpflichtet.

§. 586. Die Uebergabe ist für geschehen zu achten, sobald die Sache, von welcher der Vortheil gehofft wird, von dem Käufer in seine Gewahrsam oder Obsicht[32]) genommen worden.

§. 587. Kommt aber die künftige Sache gar nicht zur Wirklichkeit, so ist der Vertrag für nicht geschlossen zu achten, und der Verkäufer muß das empfangene Kaufgeld, jedoch ohne Zinsen, zurückgeben[33]).

§. 588. Hat Jemand einen gewissen, nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Theil von seinem künftigen Zuwachse[34]) verkauft, so ist der Kauf nur in soweit gültig, als die bestimmte Quantität wirklich gewonnen worden.

§. 589. Kann der Verkäufer die bestimmte Quantität nicht vollständig abliefern, so ist der Käufer den mindern Betrag anzunehmen nicht schuldig.

§. 590. Hat aber ein Landwirth[35]) von dem künftigen Ertrage oder[36]) Zu-

*) (5. A.) M. s. die Literatur vor dem Sechsten Abschnitt (§. 527 d. T.).

31a) (3. A.) Hier war in Betreff der Form vorgeschrieben, daß dergleichen Verträge, sobald der Kaufpreis die Summe von 100 Thlrn. übersteigt, und nicht beide Kontrahenten Kaufleute sind, bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich geschlossen werden sollten. Das ist durch das dahinter folgende G. v. 11. Juli 1845 abgeändert.

32) Die körperliche Uebergabe der noch nicht selbstständigen Sachen, z. B. der hängenden Früchte, geschieht eben durch die Besitznehmung derjenigen Sache, aus welcher jene entstehen sollen. Bei den üblichen Verkäufen des noch an den Bäumen befindlichen Obstes in Baumgärten und bei Verkäufen von Getreide auf dem Halme ist diese Art der Uebergabe ganz gewöhnlich. — (4. A.) Eine Uebergabe durch bloßes constitutum possessorium ist nicht möglich, weil der Besitzer der Sache, z. B. eines Thieres, einen animus possidendi an den organischen Theilen desselben, etwa an der ungeschorenen Wolle, den Fellen ꝛc. einer Schafheerde, denen die dazu erforderliche Besonderheit, Bestimmtheit und Selbstständigkeit fehlt, nicht haben, folglich auch nicht durch den animus allein einem Anderen den Besitz solcher Theile des Thieres übertragen kann, wenn der Andere die Gewahrsam des Thieres nicht selbst erlangt. Erk. des Obertr. vom 27. Oktober 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 12).

33) Vergl. o. den §. 530 und die Anm. 6 dazu, und die Anm. 4a zu §. 529.

34) An Bodenerzeugnissen und Hausthieren (Naturprodukten), nicht von Fabrikaten. S. die folg. Anm. 35.

35) Als solcher und nicht als Unternehmer einer Fabrikationsanstalt, z. B. einer Getränkefabrik.

wachse seiner Grundstücke eine bestimmte Quantität verkauft, so muß der Käufer, gegen verhältnißmäßige Herabsetzung des Kaufgeldes, sich soviel abrechnen lassen, als zur Saat und Unterhaltung der Wirthschaft sonst fehlen würde.

§. 591. Ist eine gewisse Quantität künftiger Früchte, ohne Beziehung auf den Zuwachs eines bestimmten Grundstücks, versprochen worden, so ist das Geschäft nach den Regeln von Lieferungen zu beurtheilen.

§. 592. Gehört der Verkäufer unter die gemeinen Landleute[37]), so wird, im zweifelhaften Falle, vermuthet, daß er die Leistung nur von dem Zuwachse seines eigenen Grundstückes versprochen habe.

§. 593. Eine Ausnahme hiervon findet statt, wenn der Verkäufer ein Mann ist, der sich auf dergleichen Lieferungsgeschäfte sonst schon eingelassen hat.

§. 594. Aufgehoben[37a]).

8. V. v. 9. Novbr. 1843 wegen des Verkaufs der Früchte auf dem Halme und des künftigen Zuwachses. (G.S. S. 347.)

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen, nach Anhörung Unserer getreuen Stände, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums für diejenigen Landestheile Unserer Monarchie, in welchen das A. L.R. Gesetzeskraft hat, mit Ausnahme der Provinz Westphalen, für welche unter dem 22. Mai 1843 eine besondere Ordre ergangen ist, was folgt:

Die Vorschrift des §. 12, Tit. 7, Th. II des A. L.R., nach welcher es keinem Bauer erlaubt ist, seine Früchte auf dem Halme zu verkaufen,

sowie die Vorschrift des §. 594, Tit. 11, Th. I des A. L.R., nach welcher mit gemeinen Landleuten ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur nach Zahl, Maß oder Gewicht und nach den zur Zeit der Ernte markgängigen Preisen geschlossen werden darf, werden hierdurch aufgehoben.

Gesetz vom 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt, treten in Kraft:

4) Die Verordnung vom 9. November 1843, wegen des Verkaufs der Früchte auf dem Halme und des künftigen Zuwachses,

insoweit durch diese Verordnung die Vorschrift des §. 594, Tit. 11, Th. I des Allgemeinen Landrechts aufgehoben wird.

---

Ein Landwirth, welcher auf seinem Gute, neben der Landwirthschaft, Branntweinbrennerei betreiben wollte, hatte noch vor Vollendung der Anstalt eine bestimmte Quantität Spiritus verkauft und sich einer sehr hohen Konventionalstrafe für den Fall der Nichtablieferung unterworfen. Er lieferte nicht und machte der auf Zahlung der Konventionalstrafe gegen ihn angebrachten Klage den Einwand, daß der Kontrakt als ein bedingter für nicht geschlossen zu erachten, weil seine Brennerei, ohne sein Verschulden, nicht fertig geworden sei, und er deshalb nicht habe brennen können. Die Gerichte erster und zweiter Instanz erkannten widersprechend; von dem letzten Rechtsmittel wurde kein Gebrauch gemacht. Nach dem Wortlaute bezieht sich die Bestimmung auf den Landbau, nicht auf Fabrikunternehmungen, zu welchen die Anlage und der Betrieb einer Getränkefabrikationsanstalt gehört.

36) Ertrag und Zuwachs sind hier gleich bedeutende Ausdrücke, welche alle Naturerzeugnisse eines Landguts, namentlich auch Haare, Wolle, Federn, Felle von Thieren bezeichnen. Fabrikate sind nicht gemeint. Vergl. die vor. Anm. 35.

37) Der unbestimmte Ausdruck macht es zweifelhaft, wer zu den Personen dieser Klasse zu rechnen sei. Sieht man auf Herkunft, Erziehung, Bildung und geselliges Betragen, so ist mancher Rittergutsbesitzer ein „einfältiger Landmann"; soll das Gewerbe des Landbaues mit eigener Hand der Unterscheidungsgrund sein, so gehören auch die meisten Ackerbürger in kleinen Städten zu dieser Personenklasse; soll der Unterschied von Stadt und Land bestimmen, so sind alle Bewohner des platten Landes „gemeine Landleute", welche nicht Edelleute sind. Der Tit. 7, Th. II ergiebt, daß allerdings der Bauerstand, d. h. alle Bewohner des platten Landes, gemeint sind, welche sich unmittelbar mit dem Landbaue beschäftigen, und weder von Adel, noch Beamte, noch Handwerker sind. Vergl. I. 8, §. 11 a. a. O. Der Ausdruck „Landmann", „Landleute" bezieht sich auf den Bauerstand des älteren Rechts, im Gegensatze des Bürger- und Adelstandes; es sind daher z. B. auch Dorfschulzen zu den „gemeinen Landleuten" in dieser Beziehung zu rechnen, nicht aber Ackerbürger.

37a) Den Inhalt des aufgehobenen §. 594 s. m. in der aufhebenden V. v.. 9. Novbr. 1843 (Zus. 8).

9. K.O vom 22. Mai 1842 über den Verkauf der Früchte auf dem Halme und den Verkauf des künftigen Zuwachses in der Provinz Westphalen. (G.S. S. 200.)

Da die Westphälischen Provinzialstände auf dem letzten Landtage die Aufhebung des §. 12, Tit. 7, Th. II des A. L.R., nach welchem es keinem Bauer erlaubt ist, seine Früchte auf dem Halme zu verkaufen, in Antrag gebracht haben, und das Staatsministerium in dem Bericht vom 28. v. Mts. sich hiermit einverstanden erklärt, und zugleich die Aufhebung einer ähnlichen Beschränkung im §. 594, Tit. 11, Th. I des A. L.R., wonach mit gemeinen Landleuten ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur nach Zahl, Maß oder Gewicht und nach den zur Zeit der Ernte marktgängigen Preisen geschlossen werden kann, beantragt hat, so will Ich diesen Anträgen Statt geben und hiermit anordnen, daß die gedachten beiden Bestimmungen in der Provinz Westphalen nicht ferner zur Anwendung kommen sollen.

7) Vom Ankaufe fortdauernder Prästationen *).

§. 595. Auch fortdauernde Prästationen, welche nach der Lebenszeit eines Menschen, oder nach einem andern ungewissen Zeitraume durch Vertrag bestimmt worden, sind nach den Regeln von gewagten Geschäften zu beurtheilen.

§. 596. Was über die Art und Dauer solcher Prästationen, oder sonst im Vertrage nicht bestimmt ist, muß so angenommen werden, wie es die Rechte auf den Fall festsetzen, wenn dergleichen Prästationen Jemandem vermöge eines Gesetzes oder einer letztwilligen Verordnung zukommen.

§. 597. Von dem einer Frau aus dem Vermögen des Mannes ausgesetzten Witthume wird im Titel von der Ehe gehandelt. (Th. II, Tit. 1, Abschn. 7.)

§. 598. Ist die Aussetzung eines solchen Witthums von einem andern, als dem Manne, dessen Eltern oder Geschwistern geschehen, so hört zwar die Verbindlichkeit zur Entrichtung desselben auf, wenn die Wittwe sich wieder verheirathet.

§. 599. Ist aber die Aussetzung gegen Entgelt geschehen, so tritt die Verpflichtung, das Witthum zu entrichten, wieder ein, sobald die anderweitig verheirathete Frau wieder in den Wittwenstand versetzt wird.

§. 600. Ein unentgeltlich ausgesetztes Witthum hingegen gelangt durch den anderweitig eintretenden Wittwenstand nicht wieder zu Kräften.

§. 601. Wenn die Ehe durch richterliches Erkenntniß getrennt, und die Frau für den schuldigen Theil nicht erklärt worden, so findet eben das statt, als wenn die Trennung durch den Tod erfolgt wäre [38]).

8) Vom Altentheile **).

§. 602. Auszug oder Altentheil [39]) heißen diejenigen Vortheile, welche der Ue-

*) (5. A.) Das Gemeine Recht kennt kein eigenartiges Rechtsgeschäft unter dem Namen „fortlaufender Prästationen". In der L. 8 D. de cap. min. (IV, 5) ist von Obligationen Rede, welche „naturalem praestationem habere intelliguntur". Was damit bezeichnet worden, ist unklar, gewiß ist nur, daß Obligationen, welche eine derartige Leistung zum Gegenstande hatten, durch capitis diminutio des Gläubigers nicht erloschen. v. Savigny meint in seinem System, Bd. II, S. 105, es bezeichne Obligationen, die auf Naturalverpflegung, auf eine unmittelbare Darreichung der Lebensbedürfnisse abzwecken. Daraus haben die Redaktoren, die darunter etwas ähnliches gedacht haben mögen, ein eigenthümliches Rechtsgeschäft geschaffen. Der gedruckte Entwurf zum Gesetzbuche hatte die „fortdauernden Prästationen" als einen Gegenstand der gewagten Geschäfte unter der Rubrik: Verkauf künftiger Sachen, mit aufgeführt. Bei der Umarbeitung des Entwurfs wurden die §§. 602—605 d. T., den Altentheilsvertrag betreffend, eingeschaltet und sodann „Ankauf fortdauernder Prästationen", „Altentheil", und „Leibrente", als verschiedene Arten gewagter Geschäfte nebeneinander gestellt. „Es liegt aber am Tage" — sagen die Revisoren — „daß die Leibrente und der Altentheil ebenfalls fortdauernde Prästationen sind, und die Stellung dieser verschiedenen Geschäfte nebeneinander ist daher wissenschaftlich unrichtig." (Pensum XIV, S. 102.) Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 540.

38) Bezieht sich nicht auf das von dem Manne bestellte Witthum. §. 597.

**) Vorlandrechtliche Literatur:

Wernher, de reservato, vulgo Auszug. Viteb. 1727. Kraus, diss. circa jura et mores reservati rustici. Viteb. 1729. Henne, de cessione bonorum liberis a parentibus adhuc vivis facta. Erf. 1758, Jenae 1760. Moeller, de assignatione bonorum parentum, item de reservato. Marburg. 1764. Spätere: Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen

Bauergütern. 2 Thle. Oldenburg 1805. Hänsel, die Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht. Leipzig 1834. Pfeiffer, Abh. von den durch die deutsch-rechtliche Gutsabtretung (Gütteransatz) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszuge oder der Leibzucht, in dess. praktischen Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. IV, Nr. VIII, S. 119 f. u. 416 f. W. H. Puchta, über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders. Gießen 1837. Buddeus, Auszug, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I, S. 518 f. Vergl. Bd. IX, S. 109.

Landrechtliche:

Bielitz, Darstellung der Rechtsverhältnisse beim Auszuge oder Altentheile, besonders nach Preußischem Rechte. Leipzig 1838. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, S. 243 f. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, S. 339.

39) Der Auszugsvertrag begründet eine in fortdauernden Leistungen bestehende dingliche Obligation, welche eine Spezies von Alimentationsverbindlichkeit ist; denn der Altentheil hat im Allgemeinen die rechtliche Natur einer Leibrente, und ist daher auch vorauszahlbar. §§. 61—63, Tit. 16 u. §. 649 d. T. (Ist auch angenommen von dem Obertr. in dem Erk. v. 24. Juni 1858, Entsch. Bd. XXXIX, S. 76, gegen die entgegengesetzte Meinung des Appellationsgerichts.) Ist darin freie Wohnung zugesichert, und der Uebernehmer weiset dazu ein besonderes Haus (das s. g. Auszüglerhaus) an, so muß er dasselbe in baulichem Stande halten, und wenn es abbrennt, wieder aufbauen oder eine andere Wohnung anweisen; denn die Anweisung des Auszüglerhauses ist nur die Art der Erfüllung, und die durch Zufall veränderten Umstände befreien nicht von der Verbindlichkeit, freie Wohnung zu verschaffen, wenn nicht der Fall der Unmöglichkeit eingetreten ist. §. 377, Tit. 5. Vergl. Schl. Arch. Bd. V, S. 375 u. Pr. des Obertr. v. 5. Juni 1847 (Rechtsf. Bd. I, S. 205). (3. A.) Ueber die Frage: ob ein eingetragenes Ausgedinge zu denjenigen Lasten gehöre, welche bei nothwendigen Subhastationen nicht erlöschen, vielmehr auf den Adjudikatar übergehen: o. Anm. 42 a. E. zu §. 342 d. T. — Die am Anfange der Anm. angedeutete rechtliche Natur des Altentheils, von mir schon im Schl. Archive, Bd. V, S. 375 (Breslau, 1844) dargestellt und von dem Obertr. in den Rechtsfällen für 1847, S. 206 mit denselben Worten anerkannt, ist keineswegs außer Streit. Die Majorität des gesammten Obertr. hat den Pl.-Beschl. vom 8. Januar 1855 auf die Ansicht gegründet, daß der Altentheil als ein Ganzes ohne Unterschied der einzelnen Bestandtheile, d. h. der Inbegriff aller zum Altentheile vorbedungenen Berechtigungen und Leistungen, einschließlich der Geldleistungen, ein besonderes dingliches Hauptrecht wie der Nießbrauch sei. (J.M.Bl. 1855, S. 55 ff. u. Entsch. Bd. XXIX, S. 301.) Das Institut ist deutsch. Für die Länder des sächsischen Rechts ist es unbestritten, daß ein bei Uebertragung des Grundeigenthums von dem Veräußerer vorbehaltener Auszug eine Reallast sei. Vergl. Heimbach sen., in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX, S. 109. Auf dieser Ansicht beruhet auch das Erk. des Obertr. v. 16. Februar 1854, welchem die Mittheiler den Satz an die Spitze stellen: „Der Auszug (Altentheil), in sofern er nicht in an sich dinglichen Rechten, wie Wohnung und Nießbrauch, sondern in wiederkehrenden Leistungen besteht, gewährt ohne Eintragung in das Hypothekenbuch nach preuß. Rechte, nur ein Recht zur Sache. Der neue Erwerber des Grundstücks, bei dessen früherer Veräußerung der Berechtigte sich den Auszug vorbedungen hatte, muß die Leistungen aber entrichten, wenn ihm schon bei der Uebernahme der Auszug bekannt gewesen." (Entsch. Bd. XXVII, S. 280.) Allein die Fassung ist unrichtig. Denn in den Entscheidungsgründen wird der, jener Ansicht ganz entsprechende, Rechtssatz ausgeführt, daß der Auszug, selbst in soweit er in wiederkehrenden Leistungen besteht, auch nach preuß. R. als ein dingliches Recht, als eine Reallast erscheine, deren Eintragung nur zur Erkennbarkeit (des bereits gegründeten dinglichen Rechts) für den dritten Besitzer der Sache und zur Vermittelung des Uebergangs der Verpflichtung auf jeden Besitzer erforderlich ist. (S. 285 a. a. O.) Der als Ueberschrift von den Herausgebern der Entscheidungen hingestellte Satz sagt das Gegentheil, indem er das Recht als ein Recht zur Sache, welches ein bloßer Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechts ist, bezeichnet, und mithin die Eintragung als Erwerbungsart des noch nicht existent gewordenen dinglichen Rechts fordert, während das Obertr. nur von derjenigen Eintragung handelt, welche die Bedeutung einer bloßen Kundmachung des bereits konstituirten (erworbenen) dinglichen Rechts hat. Vergl. Anm. 77, Abs. 2 zu §. 50, Tit. 1 der Hyp.-O. (5. A.) Hiernach hat das Obertr. bereits erkannt und ausgeführt, daß die mit dem Besitze der Sache verbundenen Nutzungsrechte des Altentheils schon in Folge dieses Besitzes dinglich seien und demnach die Pflicht, die Ausübung des Rechts dem Berechtigten auch ferner zu gestatten, auf den neuen Eigenthümer übergehe, ohne daß es einer Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfe, um sie dadurch erkennbar zu machen. Erk. vom 3. u. 5. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd LXIV, S. 199). — Auch die Verpflichtung, bestimmten Personen bis zur Zurücklegung eines bestimmten Lebensjahres freie Kost, und bis zu einem weiteren Termin, falls sie nicht verheirathet sind, freie Wohnung und Wäsche, und den Frauenspersonen bei ihrer Verheirathung nach ihrer Wahl eine Kuh oder 20 Thlr., ferner 2 Gebett Betten und auf Hochzeit 10 Thlr., aus einem bestimmten Grundstück zu gewähren, hat die Eigenschaft einer Reallast, auf welche dieselben Gründe, die in dem Pl.-Beschl. vom 8. Januar 1855 für die Eigenschaft des Altentheils als Reallast geltend gemacht worden, Anwendung finden. Erk. dess.

vom 24. September 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 16). — Diese Gleichstellung unbestimmter Leistungen auf Zeit, und dann einiger Ausstattungsgegenstände, mit alten ausgebildeten Instituten, wie das Altentheil, ist doch recht zweifelhaft. (3. A.) Nach der Auffassung des Altentheils als eines selbstständigen dinglichen Rechts, ähnlich dem Nießbrauchsrechte, versteht es sich, daß durch den Vorbehalt (oben, Anm. 42, Abs. 7 zu §. 342) oder die Gründung desselben keine persönliche Verbindlichkeit zur Entrichtung desselben für den Uebernehmer des damit belasteten Grundstücks entsteht; denn das Altentheil ist ja nach dieser Auffassung eben keine Obligation, so wenig wie die vorbehaltene Grundgerechtigkeit oder der Nießbrauch. Hinsichtlich dieser logischen Folge jener Auffassung trifft man jedoch auf eine auffallende Folgewidrigkeit des Obertr. Ein Auszügler hatte das mit dem Altentheile belastete Grundstück von dieser Last befreit und nahm darauf den Vorbesitzer des Grundstücks, als den Konstituenten und persönlichen Schuldner, auf Leistung des Auszugs in Anspruch. Das Appellationsgericht zu Insterburg wies den Anspruch deshalb, weil das Altentheil nicht ein persönliches Forderungsrecht, sondern eine selbstständige dingliche Last sei, folgerichtig ab. Dieses Urtheil erklärt das Obertrib. für Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, indem es dem Appellationsgerichte den Vorwurf macht, die Natur und den Charakter eines Kaufs- und Altentheilsvertrags verkannt zu haben. Das Obertrib. vernichtet demgemäß das Appellationsurtheil, weil das Altentheil, wie es im Widerspruche mit seinem Pl.-Beschl. v. 8. Januar 1855 ausführt, eine Obligation sei, welche eben nur durch Uebergang mit dem Besitze der Sache dinglich werde. Pr. 2665 v. 8. April 1856 (Entsch. Bd. XXXII. S. 345). In der ganzen Erwägung oder Begründung dieser Entscheidung ist viel Unklarheit und der Begründung des Pl.-Beschl. Widersprechendes, auch trifft man auf eine Verwechselung des Titels und der Begründungsart (des Kaufvertrages) mit dem begründeten Rechte selbst. Denn weil durch einen Kaufkontrakt das Altentheil vorbehalten worden ist, verändert dasselbe doch nicht seine rechtliche Natur und wird zur Obligation, durch welche der Konstituent zur künftigen Leistung persönlich, und ohne Besitz des belasteten Grundstücks, verbindlich gemacht wird, gleichwenig wie er für einen Nießbrauch, welcher in einem Kaufkontrakte reservirt oder konstituirt, demnächst aber durch Zurückgabe der Sache aufgegeben worden ist, persönlich aufzukommen hat: der Kaufkontrakt begründet hinsichtlich des eingeräumten Realrechts, außer der Verbindlichkeit zur Gewährleistung, gar keine Obligation für den Einräumenden. (5. A. Das Obertr. hat dieses Pr. 2665 vom 8. April 1856 aufgehoben und an dessen Stelle folgenden Rechtssatz gestellt: „Durch die vertragsmäßige Bestellung eines Altentheils wird der Konstituent desselben über die Zeit seines Besitzes des Grundstücks, auf welchem das Altentheil haftet, nur in sofern persönlich verpflichtet, als dies in dem Altentheils-Vertrage ausdrücklich verabredet ist." Hinzugefügt ist: „Hierdurch wird das Pr. desselben (II.) Sen. vom 8. April 1856 Nr. 2665 aufgehoben, jedoch der in dem Pr. dieses Senats vom 11. Oktober 1853 Nr. 2479 [unten, Anm. *** zu §. 703, Tit. 18] anerkannte Rechtssatz [betr. die Rückstände aus der Besitzzeit des abgetretenen Besitzers] nicht berührt." Pr. 2739, vom 6. April 1865, Entsch. Bd. LIV, S. 96. Damit hat das Obertr. seine Jurisprudenz in dieser Materie wieder in die rechte Bahn gebracht. Demgemäß findet der Grundsatz jenes Pr. 2479, wonach der Besitzer eines mit Reallasten beschwerten Grundstückes auch nach Veräußerung desselben für die in seine Besitzzeit fallenden Rückstände persönlich haftet, auch auf den Altentheil als eine Reallast Anwendung. Erk. dess. vom 7. Juni 1866, Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 207.) Der Konstituent eines Altentheils wird durch vertragsmäßige Bestellung über die Zeit seines Besitzes des Grundstückes hinaus, auf welchem das Altentheil haftet, nur in soweit persönlich verhaftet, als dies in dem Altentheilsvertrage ausdrücklich verabredet ist. — Der Testamentserbe, welcher mit dem Vermächtnisse eines Altentheils aus dem Nachlaßgrundstücke beschwert ist, wird durch die Veräußerung dieses Grundstückes unter Auferlegung dieser Reallast von seiner persönlichen Haftung für die über die Besitzzeit des neuen Besitzers hinaus rückständig bleibenden Prästationen nur dann befreit, wenn der Altentheilsberechtigte jenem Vertrage beigetreten ist. Erk. vom 16. September 1867 (ebd. Bd. LXXI, S. 1). (4. A.) Gleiche Ungenauigkeit zeigt ein älteres Erkenntniß v. 26. April 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 344). Dort heißt es: Der Konstituent eines Altentheils ist zwar dem Altentheilsberechtigten persönlich verpflichtet; diese Verpflichtung ist aber bei der Natur des Altentheils als Reallast keine prinzipale. — Also eine subsidiäre? Was hat man sich dabei zu denken? Wie entsteht diese Obligation? Auf was ist sie gerichtet und wie verhält sie sich zur Reallast? Wird der Altentheil als ein Reservat aufgefaßt, so entsteht aus dem Vertrage gar keine persönliche Verbindlichkeit des Gutsübernehmers, nur durch den Besitz des Guts wird mit seiner Person die Verbindlichkeit verknüpft, diejenigen Bestandtheile des Altentheils, welche in wiederkehrenden Prästationen bestehen, zu leisten, und von dieser Verbindlichkeit wird er mit dem Aufhören seines Besitzes befreit. Sieht man den Altentheil als eine konstituirte Reallast an, so wird durch den Vertrag allerdings eine persönliche und zwar eine prinzipale Verbindlichkeit des Konstituenten gegründet; allein diese wird durch eine einmalige Leistung getilgt. Die solvirende Leistung besteht in der Einräumung der einzelnen Berechtigungen des Altsitzers, beziehungsweise in der Einweisung desselben in die ihm zugesicherten Gebrauchs- und Nutzungsrechte. Von nun an tritt eben dasselbe Verhältniß ein wie bei einem Reservate: der von der eingegangenen Verbindlichkeit zur Bestellung des Altentheils durch Erfüllung befreite Konstituent ist persönlich gar nicht mehr verpflichtet, nur durch den Besitz des belasteten Grundstücks und so lange dieser Besitz dauert, ist er zu den Handlungen und Leistungen gehalten, welche neben

bernehmer einer Rustikalstelle [40]) dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenslang [41]) anweist [42]).

den Gebrauchs- und Nutzungsrechten einen Bestandtheil des Auszugs bilden. Also nicht „daher", weil, wie das Obertrib. a. a. O. sagt, die persönliche Verpflichtung des Konstituenten keine prinzipale ist, sondern deshalb, weil er gar keine persönliche Verpflichtung hat, ist der Konstituent regelmäßig nur zur Prästation der während seiner Besitzzeit fälligen Abgaben verpflichtet, und kann deshalb nicht ohne Weiteres auch nach dem Verkaufe des Hofes in Anspruch genommen werden. Das Obertrib. sagt nun weiter, es sei aber dem Auszügler ein Entschädigungsanspruch an den abgezogenen Hofwirth auch über dessen Besitzzeit dann nicht abgeschnitten, wenn letzterer ihm nach richterlichem Ausspruche durch sein Betragen gerechten Grund zum Verlassen des Hofs und Wahl einer anderen Erfüllungsart gegeben hat. Das leuchtet nicht ein. Von der Wahl einer anderen Erfüllungsart im eigentlichen Sinne, von welcher das A. L.R. bei Verbindlichkeiten aus Verträgen spricht, kann bei Reallasten überhaupt nicht wohl die Rede sein. Der Auszügler kann gegen den Hofbesitzer nur deshalb einen Entschädigungsanspruch erwerben, weil er durch ihn mittelst des sich erlaubten Betragens an der Ausübung beziehungsweise an dem Genusse seiner Realberechtigung gehindert wird; die Reallast selbst erlischt damit nicht. Verläßt jener Hofbesitzer den Hof, so fällt das Hinderniß weg und der Auszügler kann jetzt sein Recht wieder ausüben. Woher soll nun ein Grund kommen und was für ein Grund soll es sein, den abgezogenen Hofwirth hinfort zur Leistung eines Aequivalents für den auf dem Grundstücke eines Dritten haftenden Altentheil, an dessen Genusse er den Altsitzer nicht hindert, von Rechts wegen zu zwingen! Vergl. Tit. 5, §. 360 u. die Anm. 87ª dazu.

Ein Altsitzer, welcher eine anderweite Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzunehmen, sofern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalte besondere Prästationen oder Ländereien überwiesen worden. Pr. des Obertr. 519, vom 25. Mai 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 24). Das Gleiche gilt aus gleichem Grunde (weil die Last des Verpflichteten durch die Theilnahme Anderer an den Vortheilen des Auszüglers nicht vergrößert wird; denn eine Uebertragung des Auszugs auf einen Andern liegt nicht in der Theilung des Genusses mit einem Anderen) von dem Falle, wenn die zum Auszuge mitberechtigte Ehefrau des Auszüglers Wittwe wird und sich wieder verheirathet. (4. A.) Anders, wenn keine ausschließlichen Räume und Gebrauchs- oder Nutzungsrechte eingeräumt, beziehungsweise vorbehalten sind. Solche Altentheilsprästationen, welche nicht ohne Veränderung oder Erschwerung der Last von dem auswärts lebenden Auszügler bezogen werden können, z. B. freie Feuerung, freie Weide und freies Futter für einzelne Viehstücke, freie Benutzung eines Gartenantheils, müssen auf dem belasteten Gute selbst erhoben und genossen werden. Erk. des Obertr. v. 20. Septbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 327). Vergl. oben, §. 360, Tit. 5 und die Anm. 87ª. (5. A.) Das Melken der dem Altsitzer bei den Kühen des Wirthes frei zu haltenden eisernen Kuh kann der abwesende Altsitzer durch einen von ihm dazu Beauftragten vornehmen lassen. Erk. des Obertr. vom 28. März 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVIII, S. 246).

40) Nachdem das unfreie Eigenthum am ländlichen Grundbesitze aufgehört hat, ist kein Unterschied mehr zwischen den zum Unterhalte des Verkäufers eines Landgutes vorbehaltenen jährlichen Prästationen und dem Auszuge eines abgehenden Bauers.

41) Die aus einer Stipulation eines Altentheils für Eheleute entstehende Verpflichtung des Gutsbesitzers wird, wenn der Vertrag nicht ein Anderes bestimmt, durch den Tod eines dieser Eheleute theilweise aufgehoben, dergestalt, daß der überlebende Ehegatte sich mit der Hälfte des stipulirten Auszuges begnügen muß, und nur den ungeschmälerten Fortgenuß solcher Vortheile fordern darf, welche ihrer Natur nach nicht theilbar sind, und ihm ohne Verletzung seines Anrechts nicht entzogen werden können. Pr. 618, v. 1. Februar 1839. Der Grundsatz des §. 616 d. T. findet hier analoge Anwendung. Vergl. auch die Entsch. v. 4. September 1847 und v. 13. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. II, S. 142 u. Bd. IV, S. 89), ferner Erk. v. 24. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VII, S. 36).

(5. A.) Der Altsitzer muß die Fälligkeit jeder einzelnen Altentheilsleistung erleben und dieses Erforderniß an den Tag legen. Daher kann ein, einem verschollenen Altentheils-Berechtigten bestellter Abwesenheits-Kurator die fällig gewordenen Altentheils-Prästationen nur in sofern einklagen, als er nachzuweisen vermag, daß der Altentheils-Berechtigte den Eintritt der Fälligkeit erlebt hat. Pr. des Obertr. 2740 v. 23. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 93), und Erk. v. 28. Novbr. 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIX, S. 164). „Der Zweck des §. 602 ist nur erreichbar" — so führt das Obertr. a. a. O. aus — „wenn jene Vortheile bei ihrer jedesmaligen Fälligkeit dem Altsitzer zur Versorgung dienen oder dienen können. Es muß ihm daher deren Empfangnahme möglich sein, und wenn er sich dem ohne Grund entzieht und in eine Lage versetzt, bei welcher es ungewiß wird, ob er die ihm zur Versorgung ausgesetzten Vortheile überhaupt noch erheben kann, und ob er namentlich nicht bereits verstorben ist (er war mit Zurücklassung eines Bevollmächtigten, der als Kläger nach einigen Jahren auftrat, nach Amerika ausgewandert), so hat ein Dritter kein Recht zur Klage wegen verweigerter Gewährung des Altentheils. Es trägt das Recht des Auszüglers im Allgemeinen allerdings die Natur einer auflösenden Bedingung an sich; allein in Beziehung auf die einzelne Hebung muß das noch fortdauernde Leben als eine Suspensiv-Bedingung angesehen werden." Auf diesen Grundsätzen beruht das Pr. 2740; die Vermuthung aus §. 38, I, 1 findet hier nicht Anwendung.

§§. 603 und 604. Fallen weg[42a]).

10. G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte. (G.S. S. 495.)

§. 1. Bei den Altentheils- oder Auszugsverträgen (§§. 603 u. 604 u. §. 6, Nr. 3, II. 1 der A. G.O.) soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen.

Ges. v. 1. März 1869 (G.S. S. 377).

In den Bezirken der Provinz Hannover, in welchen das A. L.R. gilt, treten in Kraft:

1) Der §. 1 des G. v. 11. Juli 1845, jedoch bleiben die auf der Hannoverschen Gesetzgebung beruhenden Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte, insbesondere die Vorschrift des §. 29 des Hannoverschen Gesetzes vom 9. Mai 1823, betreffend die bäuerlichen Verhältnisse in der niederen Grafschaft Lingen, in Kraft.

§. 605. Nähere Bestimmungen wegen des Auszugs oder Altentheils bleiben den Provinzialgesetzen vorbehalten.

9) Von Leibrenten*).

§. 606. Der Leibrentenkontrakt ist ein Vertrag, vermöge dessen sich Jemand ge-

---

42) Wenn bei Konstituirung eines Altentheils bedungen worden ist, daß der Auszügler eine festgesetzte Geldentschädigung für den Fall nicht gehöriger Naturalleistung fordern dürfe, so ist das Wahlrecht auf Seiten des Auszüglers, nicht aber des Verpflichteten. Pr. des Obertr. v. 24. Juni 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 197). Denn der Auszügler ist Käufer der Leibrente. §. 38 d. T. Vergl. §. 274, Tit. 5 und die Anm. 19 zu §. 33 d. T. S. auch oben, §. 360, Tit. 5 und die Anmerk. 87a dazu.

(5. A.) Es ist unrichtig, daß im Falle des von dem Verpflichteten vorsätzlich verursachten gewaltsamen Todes des Leibgedingers demselben über jenen hinaus bis zum Zeitpunkte des vermuthlichen natürlichen Todes noch ein Anspruch auf das Leibgedinge zustehen soll und dieser Anspruch sich vererben kann. Auch ist der Verlust des Lebens nicht als ein vermögensrechtlicher Schade aufzufassen, der auf die Erben übergehen könnte, und das Leibgedinge hört unbedingt mit dem Leben auf, der Schade liegt also nicht in dem Verluste des Leibgedinges für den Lebensrest; aber er liegt darin, daß dem Ueberlasser (Leibgedinger) die für das Grundstück bedungene Gegenleistung, der Uebernahmepreis, von dem Verpflichteten widerrechtlich entzogen worden. Dieser Verlust ist ein vermögensrechtlicher und geht auf die Erben über. Erk. des Obertr. vom 23. Oktober 1865 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXIV, S. 20, 25). Die Verurtheilung des Verpflichteten wird dann aus der widerrechtlichen Bereicherung hergeleitet, weil die Sache durch eine Abweisung der Klage aus dem Vertrage angebrachtermaßen in einem Vorprozesse in eine schiefe Lage gebracht worden war, und es ist beifällig anzuerkennen, daß die auf Bereicherung gegründete neue Klage von dem Obertr. für gültig erachtet worden ist. Korrekt würde es von Anfang gewesen sein, die Klage auf den, dem sehr nahe verwandten Institute der Leibrente angehörigen, für den gleichen Fall geltenden Grundsatz zu stützen und den §. 621 d. T. analogisch anzuwenden. Das wird auch von dem Obertr. mit den Worten: „Es würde nach §. 49 der Einleitung kaum ein Bedenken obwalten können, die Bestimmung jener §§. 620, 621 auf den ganz gleichen Fall bei Leibgedingsverträgen anzuwenden" (S. 26 a. a. O.), zutreffend anerkannt.

42a) (3. A.) Der §. 603 schrieb die gerichtliche „Regulirung" des Auszugs vor und der §. 604 wies den Richter an, darauf zu achten, daß der neue Besitzer dem Abgehenden nicht solche übermäßige Vortheile einräume, wodurch er selbst der Stelle gehörig vorzustehen, und die Lasten derselben zu übertragen unvermögend werde. Diese Prozedur setzte einen gewissen Grad von Unfreiheit der Kontrahenten voraus, welche schon lange nicht mehr besteht, womit die Grundlage des ganzen Instituts verloren gegangen. Denn der Altentheil ist wesentlich eine durch die Obrigkeit aufgelegte Last bei bäuerlichen Stellen, und kommt daher nicht mehr vor. (4. A.) Man benutzt den §. 604 jedoch noch dazu, dem Richter die Ermächtigung beizumessen, die im Kontrakte unterbliebenen Bestimmungen der einzelnen Ausgedingeleistungen, unter Zuziehung von Sachverständigen, durch richterliche Festsetzung zu bewirken. Erk. des Obertr. v. 15. Februar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 173). Denn der Mangel einer näheren Bestimmung des zu gewährenden Altentheils, welches sich der Abtretende in dem Vertrage über die Abtretung des Bauerguts, dessen Uebergabe noch vorbehalten ist, ausbedungen hat, macht den Vertrag nicht ungültig. Erk. des Obertr. v. 26. April 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 16).

*) (5. A.) Imm. Weber, de contractu vitalitio, quo alimenta ad dies vitae comparantur. Ed. 2. Frankfurt ad Viadrum 1750. Abr. Küstner, de contractu vitalitio. Lips. 1744. Neuere Werke: Ludw. Prosp. van Damme, de contractu reditus vitalitii secundum jus hodiernum. Gand. 1825. Landeloos, de reditu vitalitio. Lovan. 1826. — Ueber Preußisches Recht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 227, Nr. 3. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §§. 335—337.

gen Empfang einer Summe Geldes, zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe[43]) auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet.

§. 607. Statt des baaren Geldes kann eine Leibrente zwar auch gegen Ueberlassung eines Grundstücks, einer Gerechtigkeit, oder einer andern Sache erworben werden.

§. 608. Doch müssen alsdann die Kontrahenten über einen nach Gelde bestimmten Werth, wofür die Sache angeschlagen sein solle, sich vereinigen[44]); und dieser Werth tritt bei allen in der Folge vorkommenden Verhandlungen an die Stelle der gegebenen Sache.

§. 609. Derjenige, welcher die Kapitalssumme, wofür die Leibrente versprochen wird, entrichtet, heißt der Käufer der Leibrente.

§. 610. Die Bestimmung des Betrags der Leibrenten, und des dafür zu entrichtenden Kapitals, hängt lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien ab.

11. K.O. v. 10. Juni 1835, über den Sinn des §. 610, Tit. 11, Th. I A.L.R., in Betreff des Betrags der Leibrenten. (G.S. S. 100.)

Ueber die Anwendung des §. 610, Tit. 11, Th. I des A.L.R. bedarf es, wie Ich Ihnen auf den gemeinschaftlichen Bericht vom 22. v. Mts. eröffne, keiner Deklaration, da es mit unzweifelhaften Worten ausgedrückt ist, daß bei Leibrenten-Verträgen die Bestimmung der Höhe der Leibrenten von dem Uebereinkommen der Interessenten abhängt, woraus von selbst folgt, daß die Rente auch unter dem Betrage der landüblichen Zinsen des ausbedungenen Kaufpreises verabredet werden kann, ohne daß die Natur eines Leibrenten-Vertrages dadurch geändert wird[45]). Sie haben diesen Erlaß zur Belehrung der Gerichte, die hierüber zweifelhaft gewesen sind, durch die Gesetzsammlung bekannt zu machen.

§. 611. Der Käufer der Leibrente hat, wenn dafür keine besondere Sicherheit bestellt worden, ein bloßes persönliches Recht gegen den Verkäufer.

---

43) Zum Begriffe des Leibrentenvertrages genügt die allgemein übernommene Verpflichtung zur Alimentirung eines Anderen nicht. Pr. des Obertr. 1664 v. 20. Dezbr. 1845. — Die Abgabe muß in einer Geldsumme bestehen, sonst ist eine unbenannte fortdauernde Prästation auf die Lebenszeit eines Menschen, im Sinne des §. 595 d. T., vorhanden. (3. A.) Das Obertr. hat ausgesprochen, daß zum Wesen des Leibrentenkontrakts nicht nothwendig gehöre, daß die auf die Lebenszeit eines Menschen zu entrichtende „bestimmte Abgabe" eine Geldleistung sein müsse. Pr. 2598, Nr. I, vom 8. Dezbr. 1854 (Entsch. Bd. XXX, S. 43). Doch fordert es als das Wesentliche eine bestimmte und eine schätzungsfähige und auf einen bestimmten Geldwerth auch wirklich geschätzte (vereinigte) Abgabe, gleichwie dies nach §. 607 auch mit dem Kaufpreise der Fall sein könne. (S. 47 a. a. O.) Die Sache läuft mithin auf eine Leistung oder Hingabe an Zahlungsstatt hinaus, so daß doch immer eine bestimmte Geldsumme als Rente vereinbart sein muß, nur so, daß dieselbe in voraus bestimmten Leistungen anderer Gegenstände abgeführt werden kann. Das widerstreitet dem Wesen des Leibrentenkontrakts freilich nicht. (5. A.) So läßt sich allenfalls der Widerspruch lösen, in welchen sich das Obertr. mit sich selbst verwickelt hat. Denn in dem Erk. v. 26. Mai 1853 behauptet es den Rechtsgrundsatz: der Leibrentenvertrag erfordert eine feste Bestimmung der Rente nach Gelde. (Arch. für Rechtsf. Bd. IX, S. 192.)

44) Dadurch wird die Uebertragung der Sache an den Rentenverkäufer eine Angabe an Zahlungsstatt. Hat eine Vereinbarung über den Werth nicht stattgefunden, so ist das Geschäft nach §§. 595, 596 zu beurtheilen. Die Satzung des §. 608 kommt aus bloßer Willkür, ein innerer Grund dafür ist nicht vorhanden, selbst ein nützlicher Zweck ist nicht findbar. (4. A.) In Uebereinstimmung hiermit hat das Obertr. durch das Erk. vom 17. November 1862 ausgesprochen, daß ein Vertrag, in welchem ein Grundstück, ohne Veranschlagung seines Werthes, gegen die Zusicherung einer bestimmten lebenslänglichen Geldrente übertragen wird, bloß deshalb als ein unvollkommener und daher ungültiger Leibrentenvertrag nicht zu betrachten, vielmehr in jedem einzelnen Falle zu prüfen und zu beurtheilen sei: ob der Vertrag, sei er genannt wie immer, den Voraussetzungen der §§. 595, 596 d. T. entspricht und also ein rechtsgültiges gewagtes Geschäft enthält. (Entsch. Bd. XLVIII, S. 69.)

45) Dadurch ist nicht entschieden, daß jeder Leibrentenvertrag rechtsgültig sei, die Rente möge in Vergleich zu landüblichen Zinsen so gering sein, wie sie wolle. Denn dergleichen, wie Schenkungen aussehende Verträge, wegen welcher die durch diese K.O. entschiedene Kontroverse entstanden war, können aus den von Käufen geltenden Regeln umgestoßen werden und zwar wegen eines mangelnden Erfordernisses, nämlich eines pretii veri. Ist die Verabredung wegen des Preises nicht ernstlich gemeint, so ist kein Kauf vorhanden. Schwierigkeit hat hier freilich die Beweisführung.

§. 612. Eine Leibrente kann Jemand für sich selbst oder für einen Dritten kaufen.

§. 613. Geschieht Letzteres, so hat es, wegen des dem Dritten daraus entstehenden Rechts, bei der Vorschrift des Titels von Verträgen überhaupt sein Bewenden. (Tit. 5. §. 74 sqq.)

§. 614. Der Käufer der Leibrente kann sich die Bezahlung derselben auf seine eigene Lebenszeit, oder auf das Leben eines Dritten, oder auch des Verkäufers selbst, vorbedingen.

§. 615. Haben Mehrere gemeinschaftlich eine Leibrente gekauft, so wird, wenn nicht ein Anderes verabredet worden[45a]), angenommen, daß jeder Käufer nur seinen Antheil nach Zahl der Köpfe zu fordern habe.

§. 616. Mit dem Abgange eines jeden derselben erlöscht also sein Antheil zu Gunsten des Verkäufers.

§. 617. Wenn aber die Leibrente auf die Lebenszeit mehrerer Personen, außer dem Käufer und Verkäufer, oder auch auf die Lebenszeit mehrerer Verkäufer vorbedungen worden, so muß die ganze[46]) Leibrente so lange gezahlt werden, als noch einer derselben am Leben ist.

§. 618. Geht der Vertrag dahin, daß die Leibrente erst nach dem Ableben mehrerer Personen entrichtet werden solle, so müssen, im Mangel besonderer Verabredungen, alle benannte Personen gestorben sein, ehe die Leibrente gefordert werden kann.

§. 619. Hat der Käufer der Leibrente die Dauer derselben auf seine eigene Lebenszeit bestimmt, so erlöscht dieselbe mit seinem Tode, dieser mag natürlicher oder gewaltsamer Weise erfolgt sein.

§. 620. Ein Gleiches findet statt, wenn die Lebenszeit eines Dritten zum Maßstabe von der Dauer der Leibrente bestimmt ist.

---

45a) (4. A.) Damit sind die Tontinen für erlaubte Geschäfte erklärt; der dagegen erhobene Zweifel ist ohne Boden. M. s. Recht der Forderungen (2. A.), §. 338, Nr. 2, Anm. 4a.

46) In dem hierbei vorausgesetzten Falle, habe ich in der 1., 2. und 3. A. gesagt, ist es ein Naturale des Geschäfts, daß, wenn mehrere Käufer vorhanden sind, die Antheile der vor dem Erlöschen der Leibrente Abgehenden den oder dem Uebrigbleibenden zuwachsen (Tontine). Diese Auffassung ist nicht richtig. Der §. 617 ist kein eigentlicher Gegensatz zu den §§. 615, 616, sondern eine weitere Ausführung der letzteren. Diese §§. 615, 616 setzen schlechthin die Getheiltheit der Leibrente fest, wenn Mehrere gemeinschaftlich eine solche kaufen. Daneben entsteht die Frage: ob die Rente, abgesehen davon, ob Einer oder Mehrere sie gekauft haben, auch dann, wenn sie auf den Kopf mehrerer Verkäufer oder mehrerer Dritter gestellt worden ist, nach den Köpfen dieser Personen getheilt sein solle; so daß also eine doppelte Getheiltheit, eine aktive und eine passive, anzunehmen sei. Diese Frage entscheidet der §. 617 verneinend, so daß die Rente bis zum Tode des Letztsterbenden von ihnen ganz fortzuzahlen ist. Daß die Rente, welche Mehrere gekauft haben, unter ihnen in dem Falle des §. 617 nicht getheilt sein solle, bestimmt dieser Paragraph nicht. Aber es ist der Antheil des Verstorbenen an dessen Erben zu zahlen, bis die ganze Rente durch den Tod sämmtlicher Personen, auf deren Kopf sie gestellt worden, erloschen ist. Dagegen ist hier einem anderen Mißverständnisse entgegenzutreten. Man hat diese Bestimmung so verstanden, als wenn der in Rede stehende Fall der einzig erlaubte sei, wo eine Leibrente von Mehreren in der Weise ausbedungen werden dürfe, daß die ganze Leibrente so lange zu zahlen sei, als noch einer derselben am Leben; und daß für mehrere Käufer die Leibrente, wenn solche auf die Lebenszeit der Käufer gestellt werde, nur nach §§. 615 und 616 bedungen werden könne. Der Grund davon soll sehr nahe darin liegen, daß die für mehrere Käufer in der Weise bedungene Leibrente, daß sie bis zu dem Ableben des Letzten von ihnen ganz zu entrichten wäre, aufhöre, eine Leibrente zu sein (Ges.-Revis. Pens XIV, S. 108). Diese lediglich aus der Fassung des §. 617 geschöpfte Auslegung hat jedoch den Wortlaut des §. 615 gegen sich und gar keinen sachlichen Grund für sich; denn auch der angegebene Grund wird durch das Dasein der Tontinen thatsächlich widerlegt. Der §. 614 erwähnt der drei bekannten Möglichkeiten, die Dauer einer Leibrente zu bestimmen, nämlich auf das Leben des Käufers, oder des Verkäufers, oder eines Dritten. In allen diesen Fällen können der gedachten Personen auch Mehrere sein. Die §§. 615 und 616 betreffen nun den ersten Fall, wenn Mehrere eine Leibrente kaufen und die Dauer derselben auf ihre eigene Lebenszeit ausbedingen. Dabei gilt die Regel, daß die Leibrente nach der Kopfzahl getheilt ist und der Antheil eines Jeden mit dessen Tode erlischt, aber nur dann, „wenn nicht ein Anderes verabredet worden". Es ist mithin ganz ausdrücklich erlaubt, das gerade Gegentheil zu verabreden; nirgend findet sich die Andeutung eines Verbots.

§. 621. Hat jedoch der Verkäufer den Tod des Käufers, oder des Dritten, vorsätzlich[47]) veranlaßt, so muß der für die Leibrente gegebene Werth zurückgegeben werden.

§. 622. Der Verkäufer kann davon die bis dahin gezahlten Leibrenten, auch in soweit, als dieselben den gesetzmäßigen Zinsfuß übersteigen, nicht abziehen.

§. 623. Das Kapital fällt den Erben des Käufers, oder demjenigen, für den die Leibrente gekauft worden, anheim.

§. 624. Ist Niemand mehr, dem nach dieser Bestimmung ein Recht auf dies Kapital zukommt, vorhanden, so wird dasselbe von dem Fiskus eingezogen.

§. 625. Ist die Leibrente auf das Leben eines Dritten bedungen, so berechtigt eine von diesem ergriffene gefährliche Lebensart den Käufer noch nicht, von dem Vertrage wieder abzugehen.

§. 626. Ist die Dauer der Leibrente auf das Leben des Verkäufers bestimmt, und dieser verliert dasselbe durch Selbstmord, oder verwirkte Todesstrafe, so kann der Käufer den Vertrag wieder aufheben, und sein Kapital zurückfordern.

§. 627. Er muß sich aber darauf alles anrechnen lassen, was er durch die genossene Leibrente, über den Betrag der landüblichen Zinsen seines Kapitals erhalten hat.

§. 628. Auf Zinsen von Zinsen wird jedoch dabei, wenn es nicht ausdrücklich vorbedungen ist, keine Rücksicht genommen[48]).

§. 629. Die Berechnung muß aber so angelegt werden, daß das über die landüblichen Zinsen Bezahlte in jedem Jahre von dem Kapitale abgerechnet, und im folgenden die landübliche Verzinsung nur von dem hiernach verbleibenden Ueberreste des Kapitals in Anschlag gebracht wird.

§. 630. Wird, nach dieser Berechnung, das Kapital ganz erschöpft, so hat es dabei sein Bewenden; und der Käufer der Leibrente, oder dessen Erben, können in keinem Falle angehalten werden, etwas an den Verkäufer oder dessen Erben herauszugeben.

---

47) Oder auch durch ein zu vertretendes Versehen. Aus der Fassung des §. 621 könnte man auf die Absicht des Gesetzgebers schließen wollen, daß der Verkäufer durch die gröbste Fahrlässigkeit sich den Gewinn des Kapitals sollte verschaffen können, wenn er nur nicht gerade einen prämeditirten Mord begehe. Das ist jedoch nicht gemeint; an der Regel über die Haftbarkeit für Versehen hat hierdurch nichts geändert werden sollen, wie der §. 632 für den ähnlichen Fall des verursachten Eintritts einer Resolutivbedingung zeigt. Im Gegentheile, die Lage des Verkäufers soll durch die hier in den §§. 621 — 624 getroffenen Bestimmungen noch verschlimmert werden, indem er dadurch, daß keine Civilpartei vorhanden, nichts gewinnen soll, §. 624. Dies ist die Ursache, aus welcher der Fall der vorsätzlichen Tödtung besonders behandelt worden ist; denn die Haftbarkeit gegen den anderen Kontrahenten oder dessen Erben nach den allgemeinen Grundsätzen über Versehen bei Verträgen versteht sich von selbst und bedurfte deshalb keiner besonderen Bestimmungen. Diese waren aber nöthig, wenn dem Fiskus für einen gewissen Fall ein Forderungsrecht gegeben werden sollte. (5. A.) Doch hat diese Auslegung den Wortlaut gegen sich und es ist vorauszusehen, daß die Praxis sich an die Worte halten und in dem Falle, wo der Verkäufer durch ein zu vertretendes Versehen den Tod des Käufers oder des Dritten veranlaßt hat, die §§. 619, 620 anwenden wird. Diese Anomalie ist schon bei der Revision der Gesetze (1831) getadelt worden und die Revisoren haben vorgeschlagen, daß der Verkäufer in diesem Falle das Kapital, soweit er sich noch im Besitze eines Vortheils befindet, also nach Abzug desjenigen, was er über die landüblichen Zinsen gezahlt hat, zurückzuzahlen habe, und daß mithin die Berechnung nach §§. 629 und 630 anzulegen sei. (Ges.-Revis. Pensum XIV, Motive zu Tit. 11 u. 13, S. 109.) Bei der wörtlichen Anwendung des §. 621 ist aber nicht die vorsätzliche Tödtung mit der vorsätzlichen Veranlassung des Todes zu verwechseln. Der §. 621 verlangt nur eine vorsätzliche Veranlassung des Todes, also eine freiwillige, eine gewollte That, welche den Tod veranlaßt hat, ohne daß dabei an den Erfolg, an den Tod, gedacht oder dieser sogar beabsichtigt worden ist. Wer z. B. mit Bewußtsein und Willen auf einen Menschen einen Schlag führt, der schlägt vorsätzlich. Fällt der Schlag ungewollt so unglücklich, daß der Tod als eine Folge davon eintritt; so ist der Schläger kein vorsätzlicher Todtschläger im Rechtssinne, aber die Veranlassung des Todes war eine vorsätzliche. Auf diesen Fall muß also der §. 621 angewendet werden.

48) Diese Bestimmung ist durch die in dem folgenden §. 629 vorgeschriebene Berechnungsart vollständig wieder aufgehoben und fällt mithin weg. Vergl. auch Schweikart über Rechnungsfehler im A. L.R. (Jur. Wochenschrift 1836, S. 109).

§. 631. Was vorstehend §§. 627—630 verordnet ist, gilt auch von dem Falle, wenn der Leibrentenvertrag unter einer auflösenden Bedingung[49]) geschlossen worden, und diese, ohne Zuthun des Käufers oder Verkäufers, zur Wirklichkeit gelangt.

§. 632. Tritt die auflösende Bedingung durch Schuld des Verkäufers ein, so findet die Vorschrift §. 622 Anwendung.

§. 633. Tritt die auflösende Bedingung durch Schuld des Käufers ein, so muß er sich alles, was er durch die Leibrente in jedem Jahre über den Betrag der landüblichen Zinsen erhalten hat, nach Vorschrift §. 629 abrechnen lassen.

§. 634. Ergiebt sich nach dieser Berechnung, daß der Käufer durch die Leibrente mehr, als sein Kapital nebst landüblichen Zinsen, erhalten habe, so muß er den Ueberschuß herausgeben, und vom Tage seines Entstehens an landüblich verzinsen.

§. 635. In denjenigen Fällen, wo eine versprochene Schenkung, wegen nachgeborner Kinder, widerrufen werden kann, kann auch der Käufer einer Leibrente von dem Vertrage zurücktreten. (§. 1140 sqq.)

§. 636. Doch muß er alsdann alles, was er an Leibrenten erhalten hat, auf sein gezahltes Kapital sich abrechnen lassen.

§. 637. Zum Abbruche des Pflichttheils der Kinder des Käufers, welche zur Zeit des geschlossenen Vertrags schon vorhanden[50]) waren, kann der Verkäufer aus dem Vertrage keinen Vortheil ziehen.

§. 638. Wenn also der Käufer bei seinem Ableben noch nicht so viel an Leibrenten gezogen hat, als das gegebene Kapital nebst den landüblichen Zinsen, vermöge der nach §§. 627—630 anzulegenden Berechnung beträgt, so muß der noch hinter dem Verkäufer befindliche Rest des Kapitals, zum Behufe der Bestimmung des Pflichttheils, dem übrigen Nachlasse beigerechnet werden.

§. 639. Beträgt der übrige Nachlaß nicht die Hälfte[51]) des auf solche Art ausgemittelten Ganzen, so muß der Verkäufer so viel, als zu dieser Hälfte fehlt, von dem noch hinter ihm befindlichen Kapitale herausgeben.

§. 640. Auch zur Verkürzung seiner Gläubiger soll Niemand sein Vermögen auf Leibrenten geben.

---

49) Es ist behauptet worden, die §§. 631 ff. könnten nicht angewendet werden, wenn die Dauer der Leibrente von dem Eintritte eines Ereignisses (Bedingung) abhängig gemacht worden; das Geschäft müsse alsdann vielmehr nach den §§. 619 ff., wo die Dauer der Verbindlichkeit behandelt ist, beurtheilt werden, d. h. der Verkäufer werde mit dem Eintritte der Bedingung von seiner Verbindlichkeit frei, müsse jedoch, wenn er durch sein Zuthun die Existenz des Ereignisses herbeiführe, das Leibrentenkapital (den Kaufpreis) zurückgeben. Dies ist wohl eine augenblickliche Verirrung. Eine Resolutivbedingung liberirt nicht den Verpflichteten, wie der Endtermin es thut, sondern hebt das Verhältniß nach beiden Seiten ganz auf. Wenn also z. B. Jemand sich eine Leibrente unter einer auflösenden Bedingung kauft, und die Bedingung tritt ohne Zuthun des Verkäufers ein, so ist der Leibrentenvertrag aufgehoben, und der frühere Zustand muß wieder hergestellt werden. Wie dieses geschehen soll, das wird hier in dem §. 631 bestimmt. Der Leibrentenvertrag hat übrigens das Eigenthümliche, daß es zweifelhaft sein kann, zu wessen Gunsten es dient, daß der frühere Zustand wieder hergestellt werde. Derjenige, welcher dadurch hat begünstigt werden sollen, muß daher die Wahl haben: ob er davon Gebrauch machen, oder bei dem Vertrage stehen bleiben wolle.

50) Diejenigen Notherben also, welche noch nachgeboren werden, haben auf den nach §. 639 herauszugebenden Betrag keinen Anspruch; die auf sie fallenden Antheile verbleiben mithin dem Verkäufer. Vergl. auch die Abhandlung von Simon und von Strampff in deren Zeitschrift, Bd. I, S. 75 ff.

51) Dies gründet sich auf die nach dem Entwurfe richtige, in dem A. L.R. aber veränderte Voraussetzung, daß der Pflichttheil in allen Fällen die Hälfte der Intestaterbportion betrage. (5. A.) Hierauf hat man die unzulässige Behauptung gegründet, daß dem Gesetze ein Redaktionsfehler zum Grunde liege und in dem Falle nicht Anwendung finde, wenn der Pflichttheil weniger als die Hälfte der Intestatportion betrage. Hierdurch ist das Pr. des Obertr. 2598 Nr. 2, vom 8. Dezbr. 1854 veranlaßt: „Die Vorschrift des §. 639, Th. I, Tit. 11 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Pflichttheil des Notherben nach gesetzlicher Vorschrift nur ein Drittheil seiner Intestatportion beträgt." (Entsch. Bd. XXX, S. 43.)

§. 641. Den Gläubigern des Käufers steht also frei, den Vertrag, welcher innerhalb der nächstvorhergegangenen zwei Jahre vor der Zahlungseinstellung, oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, oder dem Antrage auf Konkurseröffnung über das Vermögen desselben, oder vor der Anbringung der Anfechtungsklage im gewöhnlichen Exekutionsverfahren geschlossen ist, als ungültig anzufechten[51a]).

§§. 642 bis 644. Aufgehoben[51b]).

§. 645. Nach Verlauf der zwei Jahre (§. 641) kann der Kontrakt von den Gläubigern des Käufers nicht weiter angefochten werden[51c]).

§. 646. Doch haben dieselben auf die Leibrente selbst, so lange sie dauert, als auf ein Objekt ihrer Befriedigung, eben die Rechte, wie auf das übrige Vermögen und die Einkünfte des Schuldners[52]).

Anh. §. 19. Diese Vorschriften §§. 641—646 können auf den Fall, wo ein ganzer Vermögensinbegriff[53]) durch einen Vitalizien- oder Alimentenkontrakt[54]) übertragen wird, nicht ausgedehnt

51a) Konkursordnung vom 8. Mai 1855, §. 99 u. §. 102, Nr. 1; Ges. vom 9. Mai 1855, §. 5, Nr. 1 (G.S. S. 429).

51b) Einführungsges. vom 8. Mai 1855, Art. II und Konk.-Ordn. a. a. O.; Gesetz v. 9. Mai 1855, §. 5, Nr. 1. Die §§. 641—645 enthielten die Bestimmung, daß die Gläubiger des Käufers innerhalb Eines Jahres nach geschlossenem Vertrage gegen das Geschäft protestiren könnten und die Protestation die Wirkung haben sollte, daß ein solcher Gläubiger, in Ermangelung anderer Mittel zu seiner Befriedigung, dieselbe aus dem auf Leibrenten gegebenen Kapitale fordern könne (§§. 641, 642); daß aber auch dem Verkäufer der Leibrente freistehe, sobald ihm die Protestation bekannt gemacht worden, von dem Vertrage wieder abzugehen und das Kapital, nach Abzug der davon etwa schon entrichteten Leibrenten, zurückzuzahlen, oder, wenn er dennoch bei dem Vertrage stehen bleiben wolle, „durch Zurückbehaltung und gerichtliche Niederlegung" eines verhältnißmäßigen Theils der Leibrente sich zu decken. Von dieser Protestation hat man Abstand genommen und dagegen die Bestimmung getroffen, welche die §§. 641 und 645 wiedergeben.

51c) (4. A.) Ausgenommen wenn das Rechtsgeschäft in der dem anderen Theile bekannten Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu bevortheilen, unternommen worden ist, was der Kläger zu behaupten und zu beweisen hat. Gesetz vom 9. Mai 1855, §. 7, Nr. 1.

52) Hiernach sind die Gläubiger nicht verpflichtet, von der Leibrente eine Kompetenz zu bewilligen. Vergl. Konk.-Ordn. §. 434.

53) Man darf die Uebertragung des ganzen Vermögens mittelst eines solchen Kontrakts nicht als eine Universalsuccession betrachten. Der Alimentenverkäufer ist vielmehr Singularsuccessor in eine universitas juris, gleich einem Legatar auf eine Quote (legatum partitionis); er tritt daher nicht, wie ein Universalsuccessor, in die Stelle des Käufers und haftet mithin nicht persönlich für die Schulden desselben. Allein er muß, da die Schulden zur universitas juris gehören und an dem Vermögensinbegriffe haften, als bonorum possessor sich belangen lassen, und auf Höhe des Vermögens für alle Verbindlichkeiten des Käufers aufkommen, in ähnlicher Weise wie der Erbschaftskäufer und der Benefizialerbe, der ja auch nicht in die Verbindlichkeiten seines Erblassers mit seiner Person eintritt. S. die folg. Anm. 56. (4. A.) Der hier von mir ausgesprochene Grundsatz, daß die Uebertragung des ganzen vorhandenen Vermögens des Uebertragenden mittelst eines Vitalizien- und Alimentenvertrages keine Universalsuccession sei, ist von dem Obertr. in dem Erk. vom 5. Juni 1849 und 24. Januar 1856 anerkannt und es ist daraus ganz richtig gefolgert, daß, wenngleich der Singularsuccessor sich von den Gläubigern des Uebertragenden unmittelbar in Anspruch nehmen lassen müsse, er doch ein gegen den Letzteren ergangenes Judikat nicht ohne Weiteres gegen sich gelten zu lassen brauche, und daher aus demselben die Exekution nicht gegen ihn vollstreckt werden könne, er vielmehr zur Vertretung des Uebertragenden in einem besonderen Prozesse anzuhalten sei. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 65.) S. auch Erk. dess. v. 3. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 205).

Uebrigens versteht sich, daß nur der gegenwärtige Vermögensinbegriff, wie er sich zur Zeit des Kontraktsabschlusses befindet, auf den Verkäufer der Alimente übergeht und daß das künftige Vermögen des Käufers eine neue universitas juris desselben ist. Dadurch, daß der Uebertragende sich einzelne Gegenstände vorbehält, hört der Gegenstand der Uebertragung nicht auf, ein Vermögensinbegriff (universitas juris) zu sein. Vergl. den Rechtsfall in Ulrich, Arch. Bd. IV, S. 501, und unten, Anm. 22, Abs. 2 zu §. 656, Tit. 12.

54) Darunter versteht man einen Vertrag, wodurch der Verkäufer sich verbindlich macht, den Käufer, gegen Empfang seines dermaligen Vermögens, so lange derselbe leben wird, zu ernähren und zu verpflegen. Der Verkäufer muß dem Käufer alle Lebensbedürfnisse verschaffen: der Hauptgegen-

werden, vielmehr gilt für dieſen Fall der Grundſatz, daß unter Vermögen[55]) nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verſtanden werden kann[56]).

---

ſtand des Vertrages iſt mithin aus Handlungen und Leiſtungen zuſammengeſetzt und als ein Vertrag über Handlungen zu behandeln. (5. A.) Die Beſtimmung des §. 19, welche für eine Ausnahme von der Regel des §. 75, Tit. 5 von dem Obertr. angeſehen wird, findet nicht bei jeder Uebertragung eines geſammten Vermögens, ſondern nur bei einer durch einen Vitalizien- und Alimentenvertrag bewirkten, Anwendung. Erk. vom 18. Februar 1864 (Arch. für Rechtsf. Bd. LII, S. 260). So meint das Obertr. Dies entſpricht nicht dem Rechtsbegriffe von „geſammtem Vermögen". Vergl. die Anm. 53 und 55. Die Motive gehen über den tieferen Zuſammenhang des §. 19 mit dem ganzen Rechtsgebäude hin; der §. 19 iſt nicht eine Ausnahme des §. 75, Tit. 5, ſondern die wiſſenſchaftliche Konſequenz eines Rechtsbegriffs und Rechtsgrundſatzes. In einem Erk. v. 3. Mai 1866 hat das Obertribunal ſeine Ausnahme-Doktrin aufrecht erhalten, ſich jedoch in die Tiefen der Rechtswiſſenſchaft wieder nicht eingelaſſen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 166.) Dies hat mich veranlaßt, den Gegenſtand eingehend zu erörtern und die Grundloſigkeit der Theorie des Obertr. nachzuweiſen. M. ſ. darüber meinen Aufſatz in Hinſchius' Zeitſchrift für Geſetzgebung und Rechtspflege, Bd. II, S. 1 ff. Hier iſt dazu der Raum zu beſchränkt. — Dieſe Theorie ſcheint das Obertr. verlaſſen zu haben. In dem Erk. vom 29. März 1868 ſtellt es die Uebertragung eines ganzen Vermögens-Inbegriffs unter Lebenden der Ererbung eines Vermögens gleich und führt aus: „Der Erbe tritt in alle vermögensrechtlichen Verhältniſſe des Erblaſſers ein, in den Vermögens-Inbegriff zur Zeit des Erbanfalls, der Annehmer eines ganzen Vermögens in den Vermögensinbegriff zur Zeit des Uebertragungskontraktes. In dieſem Sinne iſt das Eine wie das Andere eine Univerſalſucceſſion.

Anhang z. A. L.R. §. 19. — Präjudize 1008, 2060. — Motive des Pl.-Beſchl. vom 4. Juni 1866 (Entſch. Bd. LV, S. 295, 305, 307, 309, 310).

Es ſteht hiernach der Uebergang der Verpflichtungen des Erblaſſers auf den Erben dem Uebergange der Verpflichtungen des Uebertragenden auf den Annehmer im Weſentlichen gleich: weiter aber als der erſtere geht der Letztere nicht." (Entſch. Bd. LIX, S. 64.) Dieſe Auffaſſung entſpricht zwar, wie in dem bezeichneten Aufſatze von mir nachgewieſen iſt, nicht dem römiſchen Rechte, denn dieſem iſt die direkte Beziehung der Gläubiger des Uebertragenden eines ganzen Vermögens zu dem Uebernehmer fremd, wodurch indeß die Gläubiger nicht zu Schaden kommen. Indeſſen kann man es gern ſehen, wie ebenda geſagt iſt, wenn das preußiſche Recht ſich in dieſer Richtung entwickelt und feſtiget. Aber damit fällt die Ausnahme-Theorie des Obertribunals in Beziehung auf den Anhangs-Paragraphen 19 zuſammen und damit wäre ein großer Vorſchritt gethan.

55) Ueber den Begriff von Vermögen ſ. o. die Anm. 25 zu §. 37, Tit. 2, und Anm. 2 zu §. 350, Tit. 9.

56) Derjenige, welchem ein ganzer Vermögensinbegriff durch einen Vitalizien- oder Alimentenkontrakt übertragen worden, iſt den Gläubigern des Uebertragenden, auch wenn ſie dem Vertrage nicht beigetreten ſind, unmittelbar verhaftet. Pr. des Obertr. 1008, v. 26. April 1841 (Entſch. Bd. VII, S. 67). Vergl. oben die Anm. 52.

Die im §. 19 des Anhangs zum A. L.R. ausgeſprochene Verpflichtung des Vermögensübernehmers in Betreff der vorhandenen Schulden iſt nicht auf ſolche Schuldverbindlichkeiten einzuſchränken, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu löſen ſind. Pr. d. Obertr. 2060, v. 20. Oktbr. 1848. In Anwendung dieſes Grundſatzes verurtheilte das Obertr. den Uebernehmer des Vermögens zur Erfüllung eines von dem Uebertragenden abgeſchloſſenen Kaufkontrakts durch Uebergabe des verkauften Grundſtücks. (4. A.) Nach demſelben Grundſatze muß derjenige, welcher durch einen ſolchen Vertrag einen ganzen Vermögensinbegriff übernommen hat, auch wegen der Anſprüche dritter Perſonen in Betreff einer zugleich mit jenem Vermögensinbegriffe übernommenen Erbſchaft gerecht werden. Erk. des Obertr. v. 11. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 96). (5. A.) Auch Wechſelforderungen und ihre Geltendmachung im Wechſelprozeſſe ſind von dem Rechtsgebiete des Anhangs-§. 19 nicht ausgeſchloſſen. Dabei iſt der Streit der Parteien: ob der fragliche Uebertrags-Vertrag ein „Vitalizien- oder Alimentenkontrakt" im Sinne des §. 19 ſei, in dem Wechſelprozeſſe zu entſcheiden. Erk. des Obertr. v. 29. September 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 204). Das Obertr. geht nämlich davon aus, die Uebertragung eines „geſammten Vermögens" könne nur durch einen ſ. g. Vitalizien- oder Alimentenkontrakt, nicht durch einen anderen Titel, etwa durch eine donatio omnium bonorum, bewerkſtelligt werden (vergl. Anm. 54), deshalb muß die Frage: ob ein ſolcher Kontrakt vorliege, zur Begründung der Wechſelklage präjudiziell zugleich im Wechſelprozeſſe erörtert und entſchieden werden. — Ingleichen iſt ein ſolcher die dem Uebertragenden obgelegene Verpflichtung zur Schichtung mit ſeinen unabgefundenen Kindern zu erfüllen und zu dem Ende das Vermögen zu manifeſtiren verpflichtet. Dieſer Grundſatz gilt auch, wenn der Uebertragende mit ſeinen Kindern in der prorogirten Rietbergiſchen oder Paderbornſchen Gütergemeinſchaft gelebt hat und die Geſammtvermögensmaſſe einem Dritten, wenngleich durch einen läſtigen Vertrag, zugewendet hat, und iſt in dieſem Falle der Uebernehmer auch verpflichtet, behufs Ermittelung des den unabgefundenen Kindern zu gewährenden ordnungsmäßigen Abdikats den Vermögensſtand durch Inventar und Abſchätzung der Ver-

§. 647. Wenn der Verkäufer der Leibrente durch drei hintereinander folgende Jahre mit deren Bezahlung im Rückstande bleibt, so kann der Käufer das Kapital zurückfordern, und der Verkäufer darf darauf, wegen der bis dahin bezahlten Leibrente, nichts abziehen.

§. 648. Vielmehr muß er von der Zeit an, wo er mit Bezahlung der Rente im Rückstande geblieben ist, das Kapital landüblich verzinsen[57]).

§. 649. Ist wegen des letzten Lebensjahres nichts Besonderes verabredet, so muß der Verkäufer die Rente des ganzen Jahres bezahlen, wenn auch der Todesfall gleich zu Anfang desselben sich ereignet hätte[58]).

§. 650. Der Anfang eines jeden Lebensjahres wird, im Mangel verabredeter Bestimmungen, von dem Tage an, wo die erste Zahlung fällig war, gerechnet.

§. 651. Gemeinschaftliche[59]) Wittwen[59a])-, Sterbe-[60]) und Aussteuerkassen dürfen, ohne landesherrliche Genehmigung, nicht errichtet werden[61]). 10) Von Wittwen-, Heirathe- und Sterbe-Kassen.

---

mögensgegenstände darzulegen. Erk. des Obertr. v. 21. Dezember 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 209). — Vermöge dieses Grundsatzes bleibt in dem Falle, wenn ein in münsterischer Gütergemeinschaft stehender letztlebender Ehegatte das gesammte Vermögen durch einen Vitalizienvertrag, ohne Zuziehung der Kinder, überträgt, den letzteren das Miteigenthum an dem beim Absterben des erstverstorbenen Ehegatten vorhandenen gemeinsamen Vermögen vorbehalten, auf dessen Anerkennung sie auch schon bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten gegen den Uebernehmer klagen können. Erk. d. Obertr. vom 20. September 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 211).

Der Einwand, daß die Vermögensmasse erschöpft sei, muß durch gehörige Rechnungslegung nachgewiesen werden; es gehört nicht zur Begründung der Klage, zu behaupten, daß der Uebernehmer sich noch im Besitze von Vermögensvortheilen befinde. (4. A.) Wenn in einem solchen Falle nachgewiesen wird, daß der noch vorhandene Ueberschuß den Werth des herauszugebenden Grundstückes nicht deckt; so muß der Gläubiger mit dem, was noch vorhanden ist nach Bezahlung anderer Schulden, zu seiner Entschädigung sich zufrieden stellen; es muß also alsdann zur Liquidation des Interesses und zur Verwerthung des noch Vorhandenen im Wege der Exekution kommen.

57) Die Rückstände der Rente können in diesem Falle nicht eingefordert werden; denn der Käufer tritt von dem Vertrage zurück und kann mithin nur das Gegebene mit Verzugszinsen zurückfordern. (4. A.) Deshalb können die Zinsen nicht erst nur vom Ablaufe der drei Jahre an, sondern schon von der Zeit an, von welcher ab die Zahlung der Leibrente angefangen hat eingestellt zu werden, gefordert werden. Erk. des Obertr. vom 13. März 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 16).

58) Dieser Satz folgt aus der Verbindlichkeit zur Vorausbezahlung der Leibrente (Tit. 16, §§. 61, 62) und enthält zugleich die Bestimmung über die Zahlungstermine; diese sind darnach ganzjährig.

59) Damit werden gesellschaftliche Institute gemeint, gegründet auf Gegenseitigkeit, d. h. öffentliche, welchen ein Jeder beitreten kann. Zu vergl. Anm. 9, Satz 2 zu §. 23 des G. vom 3. Nov. 1838 (Zus. 5 zu Tit. 6, Th. II).

59a) (5. A.) Seyberth, de reditu annuo praesertim vitali, Tontina ac Fiscis viduarum. Goett. 1767. Littrow, über Lebensversicherungen u. Versorgungsanstalten. Wien 1832. — Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, S. 338.

60) Der ungedr. Entwurf hatte den Ausdruck „Beerdigungskassen"; man weiß nicht, weshalb derselbe mit dem unpassenden „Sterbekassen" vertauscht worden ist. (Ges.-Revis. Pens. XIV, Motive S. 112.) Die Ausdrücke „Sterbekassen, Beerdigungskassen, Begräbnißkassen" sind synonym. Daher ist ein Schr. des Min. d. J. v. 5. Juli 1830, belehrend, daß Begräbniß-Kassenvereine der hier vorgeschriebenen landesherrlichen Genehmigung nicht bedürfen, da der §. 615 lediglich von den Sterbekassen spreche, deren Einrichtung sich unter die Kategorie der gewagten Geschäfte stelle (v. Kamptz, Annal. Bd. XIV, S. 567), mir unverständlich.

Auch sog. Krankenkassen, d. h. Gesellschaften, welche mit gemeinschaftlichen Mitteln die Krankenpflege bezwecken, gehören hierher. Alle solche Kassen müssen in Oberaufsicht des Staats genommen werden, wie ein Schr. des M. d. J. vom 12. Januar 1837 (v. Kamptz, Annal. Bd. XXI. S. 109) vermeint.

Wenn solchen Kassen (Gesellschaften) in der Bestätigungsurkunde ausdrücklich Korporationsrechte beigelegt werden, so sind sie juristische Personen. Man hat das aus unjuristischen Gründen bezweifelt. S. R. des J.M. v. 9. Sept. 1844. (J.M.Bl. S. 206.)

Alle derartigen Gesellschaften sind nicht wie Erwerbsgesellschaften nach Tit. 17, Abschn. 3, sondern nach Tit. 6, Th. II zu beurtheilen. Vergl. den älteren Rechtsfall in Stengel, Bd. II, S. 117 ff., und den die Nichthaftung der Vorsteher behandelnden Fall in Mathis, Bd. VI, S. 474.

61) Werden sie dennoch ohne solche Genehmigung errichtet und als gemeinschädlich aufgehoben,

12. K.O. v. 29. September 1833, wegen Ertheilung der landesherrlichen Genehmigung, welche zur Errichtung von Wittwen- und Sterbe-Kassen erforderlich ist. (G.S. S. 121.)

Auf den Bericht des Staatsministerii vom 31. v. Mts. bestimme Ich nach dessen Antrage, daß die landesherrliche Genehmigung, welche nach §. 651, Tit. 11, Th. I des A.L.R. zur Errichtung gemeinschaftlicher Wittwen-, Sterbe- und Aussteuer-Kassen erforderlich ist, künftig von dem Oberpräsidenten ertheilt werden soll. Wenn sich jedoch der Wirkungskreis einer solchen Kasse über die Grenzen des Ober-Präsidialbezirks hinaus erstreckt, oder wenn sich gewisse Klassen von Beamten dazu vereinigen; so hat der Minister des Innern und der Polizei, letzternfalls gemeinschaftlich mit dem vorgesetzten Minister der Beamten, die Genehmigung zu ertheilen. Unter den Sterbekassen sind übrigens alle Kassen zu verstehen, aus welchen für den Sterbefall eines Mitgliedes der Gesellschaft eine Zahlung zu irgend einem Zwecke zu leisten ist.

§. 652. Die Rechte und Pflichten der Interessenten sind nach dem vom Staate bestätigten Plane zu beurtheilen[62]).

## Siebenter Abschnitt.

### Vom Darlehnsvertrage.

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 776—788. Dazu Glück, Erläuterung, Th. XI, S. 460—475 u. Fortsetzung Th. XII, S. 1 flg. Aeltere Werke vorzugsweise: Cujacius, Recitationes solennes ad tit. Pand. de rebus creditis; in ejus operibus postumis Tom. IV, P. 1 (Par. 1658) pag. 654 sqq. Donellus, Commentar. juris civilis, Lib. XIV, cap. 1. de Ludwig, Differentiae juris Romani et Germanici in mutuo. Halae 1715. Neuere Schriften: Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, S. 10 flg. Luden, Darlehn, mutuum, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. III, S. 227 flg. — Preußisches Recht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 228 flg. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §§. 252 flg.

Begriff. §. 653. Das eigentliche[1]) Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemünztes Geld, oder geldwerthe, an jeden Inhaber zahlbare Instrumente[2]), unter gedungener Wiedererstattung[2a]) in gleicher Qualität und Quantität[3]), einem Andern zum Verbrauche[4]) übergiebt[4a]).

---

so hat kein Theilnehmer von dem Anderen etwas zu fordern; denn alle Theilnehmer sind Kontrahenten einer verbotenen Gesellschaft. Ist das Verhältniß nicht auf Gegenseitigkeit, sondern auf Zahlung einer bestimmten Summe ein für allemal oder jährlich gegründet, so stehen die Unternehmer der Versicherungsanstalt dem Versicherungnehmenden gegenüber nnd müssen in dem vorausgesetzten Falle vollständige Entschädigung leisten. Diese besteht in der Zurückzahlung der Prämie mit Zinsen. — Vgl. Str.G.B. (Th. II, Tit. 20) §. 340, Nr. 6.

62) (4. A.) Der Min. des Innern hat unterm 21. Mai 1861 bestimmt, daß die staatliche Aufsicht über ältere Sterbe- und Begräbniß-Kassenvereine sich in der Regel auf alljährliche Einreichung eines Rechnungsabschlusses, Prüfung der statutmäßigen Verwaltung und Lage der Kasse im Allgemeinen, namentlich sichere Unterbringung des Vermögens zu beschränken hat und eine sonstige amtliche Einwirkung und in Folge besonderen Anlässes, wie Beschwerden u. s. w. eintreten soll. „So sehr es der ... Aufgabe der Staatsverwaltung entspricht, auf dem Gebiete des Versicherungswesens nicht nur der gewinnsüchtigen Ausbeutung, sondern auch dem eigenen Fehlgreifen der Unerfahrenheit und Unbesonnenheit nach Möglichkeit zu begegnen, so darf doch andererseits nicht außer Betracht bleiben, daß ein allseitiges und lebhaftes Streben, im Wege **genossenschaftlicher Selbsthülfe** die Unfälle des menschlichen Lebens zu lindern, im höchsten Interesse des gemeinen Wesens liegt, und die Staatsbehörde wird sich deshalb um so mehr zu hüten haben, daß nicht dieses gemeinnützige Streben durch ihre übertriebene Fürsorge in schädlicher Weise zurückgedrängt werde."

1) Im Gegensatze zum uneigentlichen. S. u. §. 853 d. T. Der Unterschied ist bloß nominell.

2) Darunter werden nicht allein Papiergeld, sondern auch andere öffentliche, d. h. unter Autorität des Staats ausgegebene, verzinsliche oder unverzinsliche Geldpapiere verstanden.

„Dadurch allein, daß bei einem Darlehn in Pfandbriefen oder in anderen geldwerthen, an jeden Inhaber lautenden, mit Zinskoupons versehenen Papieren zugleich die Koupons ausgehändigt worden, wird eine Verpflichtung des Darlehnsempfängers, bei Erstattung des Kapitals in Papieren gleicher Art auch die Koupons seit dem Tage des Empfanges zurückzugewähren, oder deren Geldbetrag zu ver-

§. 654. Hat Jemand durch einen gültigen [5]) Vertrag sich verpflichtet, einem Andern ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig, diesen Vertrag, zur bestimmten Zeit, Von Verträgen über künftige Darlehne.

gültigen, noch nicht begründet." So lautet das Pr. des Obertr. 1916, vom 4. Okt. 1847. (Entsch. Bd. XV, S. 160.) Die Gründe rechtfertigen den Satz nicht. Die Koupons sollen nämlich nicht Gegenstand des Darlehns neben dem Pfandbriefe sein, sondern nur Bedingung des Gebrauchs des Pfandbriefs, indem der Darlehnsnehmer den Pfandbrief ohne die Koupons zum Zwecke des Darlehns nicht benutzen könne. Diese Thatsache ist unrichtig, man kann Pfandbriefe auch *ohne* Koupons beim Geldwechsler in ausgemünztes Geld umsetzen, wenn auch für einen geringeren Preis als für einen Pfandbrief *mit* Koupons. Sogar die Koupons ohne den Pfandbrief sind zu Gelde zu machen, noch vor der Fälligkeit; sie können mithin auch Gegenstand des Darlehns sein. Uebrigens sind dergleichen verzinsliche Geldpapiere nicht geeignet zu Gegenständen des eigentlichen Darlehns; sie gehören zu den fruchttragenden Sachen, auf welche die Lehre von Zinsen nicht paßt.

Geldwerthe Papiere können nur in der Weise Gegenstand des Darlehns sein, daß sie in gleicher Qualität und Quantität zurückgegeben werden; sie können aber nicht die Stelle des baaren Geldes vertreten. S. u. §. 793 d. T.

2[a]) (4. A.) Dadurch, daß die Wiedererstattung nach und nach durch Abrechnung der Miethe, welche der Darlehnsgeber aus einem beabsichtigten, in der Folge aber nicht zu Stande gekommenen Miethskontrakte dem Darlehnsnehmer schuldig werden würde, geschehen sollte, wird die rechtliche Natur des Darlehnskontrakts nicht verändert. Erk. des Obertr. v. 2. April 1857 (Arch. Bd. XXV, S. 37).

3) Das Darlehn ist ein Realkontrakt, welcher nur durch wirkliche Ueberlieferung des Geldes vollzogen werden kann und nur zur Zurückzahlung der wirklich gegebenen Summe verbindlich macht. Vergl. §§. 661, 727, 757. Die Schuldverschreibung über ein Darlehn begründet gar keine Verbindlichkeit, sondern ist, abgesehen von gewissen Nebenbestimmungen, ein bloßes Beweismittel. §§. 732 bis 736, 742, 867 d. T.; Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 272. — Lautet die Verschreibung über ein baares Darlehn und ist statt Geldes, eine Forderung als Valuta cedirt worden oder ist ein aus einer sog. Geschäftsverbindung verbliebener Saldo als Valuta des Darlehns betrachtet worden; so ist kein Darlehn vorhanden. Uneingetr. Pr. des Obertr. vom 12. Dezbr. 1848 in Sachen Gerwer w. Gast, $^{497}/_{1850}$, III. 48, und Pr. v. 2. Febr. 1849 in Sachen Bersdorf w. Abt, $^{713}/_{1852}$, III. 48. Der Cession fehlt es in dem ersten Falle an einer gültigen Grundlage; die Quasitradition hat keinen Titel. Vergl. oben §. 376 d. T.

(4. A.) Das Obertr. sagt in einem Erk. vom 16. Januar 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 154): Diese Bestimmungen (§§. 653, 654, 661, 727) schließen nicht aus, daß die darin ausgesprochene Verpflichtung des Gläubigers, die Valuta baar oder in geldwerthen Papieren zu gewähren, hinterher (hinter was? oder wem?) anderweit vereinbart, beziehungsweise nach gegenseitiger Uebereinkunft zwischen dem Darlehnsgeber und Empfänger dahin geändert werde, daß die Valuta des Darlehns durch Uebereignung bestimmter Geldforderungen des Gläubigers oder eines für ihn eintretenden Dritten, unter Aushändigung der diesfälligen Schuldurkunden, gewährt und in dieser Weise für berichtigt angenommen werde. — Das ist ein ganz unklarer, wenn überhaupt ein juristischer Gedanke. Ein Darlehn wird erst durch das thatsächliche Geben der geliehenen Gegenstände existent. So lange das dare nicht geschehen, ist kein Darlehn kontrahirt. Wie soll es gedacht werden können, daß *hinterher*, hinter ein Nichts „anderweit vereinbart werde und dahin geändert werde, daß Valuta des Darlehns durch Uebereignung (Cession?) von Geldforderungen gewährt werde?" Da soll wohl fingirt werden: das Darlehn sei durch körperliches Geben des Geldes kontrahirt worden und „hinterher" sei es wieder zurückgegeben und dafür sei die Valuta (diese Valuta wäre ja nun aber eine andere Valuta, nämlich die Leistung auf ein neues Geschäft) in Forderungen gewährt worden? Ein solches Darlehnsgeschäft kennt die Rechtsgeschichte nicht. Vermuthlich ist bei diesem Elaborat der in der Anm. 21 zu §. 793 erwähnte *dritte* Fall in Gedanken gewesen. Die in Rede stehende Uebereinkunft ist ein Verkauf von Forderungen, mit der Nebenverabredung, daß das Kaufgeld kreditirt sein solle.

4) Zum Eigenthume. Vergl. §. 661 d. T. Die Verschaffung des Eigenthums des gegebenen Gegenstandes gehört zum Wesen des Darlehns.

4[a]) (4. A.) Nicht das körperliche Zuzählen des Geldes genügt zur Begründung des Darlehnskontrakts, vielmehr bedarf es hierzu des Zuzählens verbunden mit der Absicht und Vereinbarung, daß der Darlehnsnehmer das Geld zum Verbrauche erhalten und Eigenthümer derselben werden soll. Erk. des Obertr. vom 14. Juli 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 116).

Der Zweck, zu welchem der Nehmer das geliehene Geld in seinem Interesse verwenden will, ist für das Wesen des Darlehns unerheblich. — In der Behauptung, Jemandem eine Summe Geldes als Darlehn gegeben zu haben, liegt auch die Behauptung der geschehenen Verabredung der künftigen Rückzahlung. Erk. des Obertr. vom 13. Dez. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 182). Vergl. unten, Anm. 58 zu §. 730 d. T.

5) Nämlich in der Tit. 5, §. 131 vorgeschriebenen schriftlichen Form. Vgl. §. 658 d. T. Durch die Annahme des Schuldscheins über den ganzen Betrag eines nicht in rechtsgültiger Form verspro-

durch Zahlung der versprochenen Summe in Gelde, oder[6]) geldwerthen Papieren, zu erfüllen[7]).

§. 655. Thut er dieses nicht, so kann der Andere auf Erfüllung klagen, oder auch seines Orts vom Vertrage wider abgehen, das etwa schon ausgestellte Instrument zurückfordern[7a]), und auf Vergütung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens antragen.

§. 656. Gegen eine solche Klage kann der Versprecher des Darlehns hauptsächlich mit dem Einwande der veränderten Umstände sich schützen. (Tit. 5, §. 360 sqq.)

§. 657. Dahin gehört besonders, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird[7b]).

§. 658. Der Borger, welcher das Darlehn gesucht hat, ist schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen[8]).

§. 659. Weigert er sich dessen, so muß er den Andern schadlos halten[9]).

§. 660. Diese Schadloshaltung ist, wenn kein höherer Betrag nachgewiesen werden kann, auf eine halbjährige landübliche Zinse des besprochenen Kapitals zu bestimmen.

---

chenen Darlehns und durch die theilweise Zahlung der darin verschriebenen Valuta wird der Darlehnsgeber nicht verpflichtet, den Rest der Valuta nachzuzahlen. Pr. des Obertr. 957, v. 12. Dez. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 313); und Pr. v. 28. Nov. 1805 (Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 120), auch Erk. v. 21. April 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 119). Hat er aber die Schuldverschreibung auf den ganzen, noch nicht gezahlten, Betrag cedirt, so muß er als Betrüger den Aussteller, wenn es eine Hypothekenverschreibung ist, die der Schuldner in den Händen eines redlichen Dritten gelten lassen muß, entschädigen. Der Cessionar ist aber kein redlicher Dritter, wenn ihm auf irgend eine Weise der Mangel der Valutenzahlung von dem Schuldner vor der Cession kund gethan ist; zur Begründung der exceptio doli bedarf es nicht der Eintragung des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta im Hypothekenbuche. Pr. des Obertr. v. 20. Febr. 1849. (Entsch. Bd. XVII, S. 270.)

6) Dadurch soll ihm nicht die Wahl zugestanden werden, das Eine für das Andere zu geben; sondern das „oder" bezieht sich auf den Inhalt des Versprechens.

7) Wenn es der Andere verlangt; dieser ist zur Annahme nicht verpflichtet. Vergl. §. 659 d. T.

7a) (3. A.) Das materielle Klagerecht (actio) ist die condictio causa data, welche auch dann Anwendung findet, wenn der Andere sich nicht durch einen gültigen Vertrag verpflichtet hat (§. 654), aber doch den angenommenen Schuldschein nicht zurückgiebt. M. s. die in der Note 15 zu §. 258 des Rechts der Forderungen angegebenen Stellen, besonders L. 7 C. de non num. pec. (IV, 30) und L. 3 C. de cond. ind. (IV, 5). Vergl. Hyp.-O. Tit. 2, §. 180. Behauptet der Andere, den Schuldschein verloren zu haben, so muß er denselben mortifiziren. (4. A.) Der Aussteller kann aber auch geradezu auf Ungültigkeitserklärung des Schuldscheins klagen, was ein Appellationsgericht, ohne dafür einen zutreffenden juristischen Grund zu wissen, für nicht zulässig erkannt hatte. Dagegen s. m. das Erk. des Obertr. vom 14. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 104).

7b) (4. A.) Das kann auch durch den Tod des Darlehnssuchers geschehen. Daher muß der Versprecher, welcher mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Suchenden diesem ein Darlehn zugesagt hat, zurücktreten dürfen, wenn dieser vor dem Empfange des Darlehns stirbt. Dessen Erbe ist in dieser Hinsicht eine andere Person, mit welcher der Versprecher sich gar nicht eingelassen haben würde.

8) Es wird ein förmlicher Vertrag vorausgesetzt (§. 654), also nicht bloß ein einseitiges Versprechen des Darlehnsgebers und eine mündliche Annahme des Borgers; vielmehr auch eine von seiner, des Borgers, Seite erfolgte förmliche Vollziehung des Vertrages. Außerdem ist derselbe ein 50 Thlr. übersteigendes Darlehn anzunehmen nicht verpflichtet. Der Ausdruck: „schriftlich versprochene Summe", deutet nicht an, daß nur der Darlehnsgeber ein schriftliches Versprechen zu geben habe, um den Anderen zur Annahme verbindlich zu machen, sondern er bezieht sich auf den im §. 654 erwähnten (schriftlichen) Vertrag, in welchem die Summe versprochen worden. Zugleich aber enthält sie die Bestimmung, daß der Borger die ihm von dem Anderen gültig (schriftlich) versprochene Summe ganz anzunehmen verpflichtet sei, wenn er seinerseits auf die Erfüllung bestehen wolle.

9) Auf Annahme des Darlehns kann, auch im Falle der förmlichen Verpflichtung des Borgers (s. die vor. Anm. 8), nicht geklagt werden, vielmehr ist die Klage auf Entschädigung in solchem Falle schon durch die Weigerung der Annahme begründet.

Vom Darlehnsvertrage selbst, und in wie fern dadurch das Eigenthum des Geldes auf den Borger übergeht.

§. 661. Ist der Darlehnsvertrag selbst durch die Zahlung der versprochenen Summe vollzogen, so erwirbt der Borger, durch den Empfang [10]) der gegebenen Gelder oder geldgleichen Papiere, das Eigenthum derselben.

§. 662. Hat Jemand wissentlich [11]) fremdes Geld von einem Andern, der darüber zu verfügen nicht berechtigt war, zum Darlehn angenommen, so muß er dasselbe, insofern es noch vorhanden [12]) ist, dem wahren Eigenthümer sofort zurückgeben.

§. 663. Ist das Geld nicht mehr vorhanden, so haftet der Empfänger dem wahren Eigenthümer für das Kapital und landübliche Zinsen [13]).

§. 664. Hat sich Jemand fremden Geldes unter dem Vorwande eines Darlehns betrüglicher Weise bemächtigt, so haftet er dem Eigenthümer für das ganze Interesse [14]).

§. 665. Hat der Empfänger nicht gewußt, daß ihm fremdes Geld zum Darlehn gegeben werde, so kann er an den Geber so lange sicher Zahlung leisten [15]), als es ihm noch nicht, auf den Antrag des wahren Eigenthümers, gerichtlich [15a]) untersagt worden.

§. 666. Ist vor dieser Untersagung die Rückzahlung noch nicht erfolgt, so ist der Empfänger nur an den, welcher als der wahre Eigenthümer des gegebenen Geldes ausgemittelt wird [16]), Zahlung zu leisten verpflichtet.

§. 667. Dieser tritt, in Ansehung aller verabredeten Bedingungen, an die Stelle des Gebers [17]).

---

10) Durch den Empfang, ohne Unterschied: ob der Geber Eigenthümer ist, ob nicht. Hiernach bedarf es der Verjährung, des Verbrauchs und des Unterganges der Unterscheidbarkeit als aushelfender Erwerbungsarten für das Eigenthum an den gegebenen Sachen nicht. Eine in den Materialien anscheinend nicht gerechtfertigte Anomalie. S. die folg. Anm. 11 und die Anm. 17 zu §. 667.

11) Das Erforderniß des guten Glaubens hängt mit der vorhergehenden Bestimmung des §. 661 zusammen und ist ebenso neu wie jene. Der Wissenschaft steht keineswegs die Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit gleich; wer nicht weiß, daß er fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat, wird Eigenthümer durch den Empfang, wenn er auch bei einer vorher angestellten Untersuchung hätte auf den Verdacht kommen können, daß das Geld fremdes sei. — (2. A.) Die Bestimmungen der §§. 661 und 662 stimmen übrigens mit den Grundsätzen über die Vindikation von baarem Gelde überein. Tit. 15, §§. 45, 46.

12) Nämlich unterscheidbar vorhanden. Ist es mit anderen Geldern vermischt, so ist es juristisch nicht mehr vorhanden.

13) Das Klagerecht des Eigenthümers ist in diesem Falle ebendasselbe, wie in dem Falle des §. 662; der Empfänger, welcher das fremde Geld verbracht hat, wird als fingirter Besitzer auf Hauptsache und Nebensachen belangt. Zu den Nebensachen gehören die Früchte, wofür hier ohne näheren Nachweis landübliche Zinsen angenommen werden.

14) Für diesen Fall ist die actio doli das geeignete Rechtsmittel.

15) Der Geber gilt bis dahin für den wahren Gläubiger.

15a) Die prozessualische Form wird die des Arrestschlages sein. Außerdem kann der Richter zu einer Untersagung nicht kommen. Nur auf das sonstige Erforderniß der Unsicherheit des Arrestaten kann in diesem Falle nicht gesehen werden, wo es sich nicht um ein Befriedigungsmittel wegen einer Forderung, sondern um das Eigenthum des Gegenstandes handelt. Vergl. §. 670 d. T.

16) Unten, Anm. 6, Nr. IV zu §. 3, Tit. 15.

17) Hierdurch soll die Anomalie des §. 661 ausgeglichen werden. Das Rechtsverhältniß ist hiernach als eine negotiorum gestio des Gebers für den Eigenthümer des Geldes aufzufassen. Läßt der Eigenthümer sich die geschehene Anlegung des Geldes gefallen, so ist es regelrecht, daß er in die verabredeten Bedingungen eintreten muß, denn das Geschäft wird durch seine Genehmigung ganz das seine. Gefällt ihm hingegen das Rechtsgeschäft nicht, so kann er nicht gezwungen werden, in die Stelle des Gebers einzutreten. Der negotiorum gestor behält dann dasselbe für sich und muß den Eigenthümer vollständig entschädigen.

Bei Hypothekenforderungen bedarf es für den Fall, daß der Eigenthümer des Geldes in die Stelle des Gebers eintreten will, einer äußeren Form für die Uebertragung auf den Namen des Eigenthümers. Diese besteht entweder in der Erklärung des Gebers, daß das ausgeliehene Geld Eigenthum des Anderen gewesen sei, und daß ihm deshalb auch das Gläubigerrecht von Anfang zugestanden habe, oder in einem entsprechenden Ausspruche des Richters.

§. 668. Auch wenn der Geber dem Empfänger mehr als gewöhnlich vortheilhafte, an sich aber erlaubte, Bedingungen bewilligt hat, so ist der wahre Eigenthümer gegen den redlichen Empfänger daran gebunden[18]).

§. 669. Er kann aber deshalb von dem Geber besondere Schadloshaltung fordern[19]).

§. 670. So lange das Eigenthum des gegebenen Geldes zwischen dem Geber und einem Dritten noch streitig ist, muß der Empfänger alle inzwischen fällige Zahlungen, es sei an Kapital oder Zinsen, auf Kosten des unterliegenden Theils in das gerichtliche Depositum abführen.

§. 671. Hat Jemand sein eigenes Geld unter fremdem Namen zum Darlehn gegeben, so besteht der Vertrag nur zwischen dem Empfänger und demjenigen, auf dessen Namen das Darlehn gegeben worden[20]).

§. 672. Was dabei zwischen dem Eigenthümer des Geldes, und dem, auf dessen Namen dasselbe verliehen ist, verhandelt worden, hat auf die Rechte und Pflichten des Empfängers, so weit dieser an den Verhandlungen nicht Antheil genommen hat, keinen Einfluß.

§. 673. Will in der Folge der Eigenthümer des Geldes auf das Darlehn Anspruch machen, so finden die Vorschriften §§. 665 bis 670 Anwendung[21]).

Von den Personen, welche Darlehnsverträge schließen können.

§. 674. So weit Jemand nach den Gesetzen sich überhaupt durch Verträge nicht verbinden kann; so weit ist er auch Darlehne zu machen und aufzunehmen unfähig[22]). (Tit. 5, §. 9 sqq.)

§. 675. Von den Darlehnen der Ehefrauen, der noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder, der Korporationen und Gemeinen, der Stadtcommunen, der Kirchen, der öffentlichen Kassen, ingleichen an Pflegebefohlene und Studirende, wird gehörigen Orts besonders gehandelt. (Th. II, Tit. 1, Abschn. 5; Tit. 2,

---

18) Versteht sich, wenn er das Geschäft für sich annimmt; sonst geht es ihn nichts an. S. die vor. Anm.

19) Das ist nicht folgerecht. Wenn der Geschäftsherr sich die Vortheile aus der Geschäftsführung aneignet, so muß er auch die Nachtheile mitnehmen. Gefällt ihm die Anlegung seines Kapitals in der geschehenen Art nicht, so braucht er die Forderung nicht zu übernehmen; wider seinen Willen kann sie ihm nicht aufgedrungen werden; gefällt sie ihm aber, so ist der Geschäftsführer auch gedeckt. Eine praktische Rücksicht ist hier vielleicht von Einfluß gewesen: die der Sicherung. Der Geber (Geschäftsbesorger) ist vielleicht eine mittellose Person und der Eigenthümer des Geldes muß das Forderungsrecht, wie es immer sei, zu seiner Sicherheit nehmen. Wenn es so steht, so ist auch die Bestimmung des §. 669 nutzlos; wenn aber der Geber aufzukommen im Stande ist, so kann der Eigenthümer die entstandene Forderung immer noch zum Gegenstande seiner Befriedigung machen, ohne daß es erforderlich ist, in die ihm lästige Obligation einzutreten und wegen der Ausgleichung der nachtheiligen Bedingungen sich in einen weitläuftigen Prozeß mit einer schwierigen und künstlichen Beweisführung einzulassen. Er kommt auf dem graden Wege kürzer und leichter zum Ziele.

20) Weil das Darlehn re kontrahirt wird und der Geber durch seine Erklärung sich zum Stellvertreter des Dritten macht, auf diesen mithin auch den Besitz überträgt (constitutum possessorium). Daß der Dritte damit einverstanden sein muß, versteht sich von selbst. In dem Pandektenrechte steht dieser Grundsatz noch in der Entwickelung, daher die Ungewißheit in der L. 2, §. 4, L. 15 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 34 pr. D. mandati (XVII, 1).

21) Hierbei ist der Fall vorauszusetzen, wo der Dritte das Geschäft nicht angenommen hatte. Denn nach geschehener Annahme wäre es eine juristische Unmöglichkeit, daß der Geber durch seine einseitige Erklärung dem Dritten das Forderungsrecht wieder nehmen und auf sich übertragen könnte.

22) In einem alten Erk. vom J. 1787 (Stengel, Bd. VI, S. 71) wird der Satz behauptet, daß ein minderjähriger Justizbeamter, wenn er eine Schuld kontrahirt, mit der exc. minorennitatis sich nicht schützen könne, weil ihm nach der V. v. 25. April 1771 eine dergleichen öffentliche Justizbedienung nicht hätte aufgetragen werden sollen, er also damals sein Alter dolose verschwiegen haben müsse. Das ist, was den Rechtspunkt betrifft, gänzlich unbegründet, indem eine Person im öffentlichen Berufe völlig selbstständig und in privatrechtlichen Angelegenheiten doch nicht handlungsfähig sein kann; und in thatsächlicher Hinsicht ist es bei den heutigen Zuständen in der Beamtenwelt geradezu unmöglich.

Abſchn. 2; Tit. 6; Tit. 7, Abſchn. 2; Tit. 8, Abſchn. 2, 3; Tit. 11, Abſchn. 4; Tit. 12, Abſchn. 3)[22a].

§. 676. Aus Darlehnen an Prinzen und Prinzeſſinnen, welche durch Geburt oder Heirath zum königlichen Hauſe gehören, ſoll, ſo lange die Einwilligung des regierenden Oberhaupts der Familie nicht hinzugekommen iſt, bei hieſigen Gerichten keine Klage angenommen werden[23].

§. 677. Auf Prinzeſſinnen, welche durch Heirath aus der königlichen Familie herausgegangen ſind, findet dieſe Vorſchrift nicht Anwendung.

§. 678. Wer mit einem in wirklichen Kriegsdienſten ſtehenden Offizier Darlehnsverträge ſchließen will, muß ſich dazu die Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs beibringen laſſen[24]. Beſonders von Militärperſonen.

13. K.O. v. 3. Januar 1816, betr. die von Subalternofftzieren behufs ihrer Aſſociation bei der Offizier-Wittwen-Kaſſe auszuſtellenden Wechſel. (G.S. 1816, S. 93.)

Auf Ihren Bericht v. 11. v. Mts. ſetze Ich hierdurch feſt, daß es bei den von den Subalternoffizieren, behufs ihrer Aſſociation bei der Offizier-Wittwen-Kaſſe auszuſtellenden Wechſeln der ſonſt geſetzlichen Beibringung der Konſenſe der Kommandeurs, zu Schuldverpflichtungen, nicht weiter bedarf.

§. 679. Dieſe Einwilligung muß in der Regel von dem Chef, wenn aber dieſer bei dem Regimente nicht zugegen iſt, oder die Beſorgung der Regimentsgeſchäfte dem Kommandeur übertragen hat, von Letzterem ertheilt ſein.

§. 680. Sie muß ſchriftlich ausgefertigt, und entweder hinter das Schuldinſtrument verzeichnet, oder mit genauer und deutlicher Beziehung auf das Datum, den Betrag des Darlehns, und den Namen des Gläubigers, abgefaßt werden.

§. 681. Soll die im Vertrage beſtimmte Zahlungszeit verlängert werden, ſo iſt auch zu dieſer Verlängerung ein gleichmäßiger ſchriftlicher Konſens des Chefs oder Kommandeurs erforderlich.

§. 682. Fällt weg[25].

§. 683. Wie weit die Regiments-Chef oder Kommandeurs dergleichen Einwilligung (§. 678) ertheilen oder verſagen ſollen, iſt in den ihnen ertheilten Inſtruktionen beſtimmt.

§. 684. Ermangelt die Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs, und der

---

22a) Statt Tit. 11, Abſchn. 4 und Tit. 12, Abſchn. 3 iſt zu leſen: „Tit. 11, Abſchn. 9; Tit. 12.“ R. vom 29. Dez. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

23) Bezahlen dieſe Perſonen, ſo hat es dabei ſein Bewenden. Dies Geſchäft iſt nicht unerlaubt, dem Gläubiger iſt nur der Rechtsſchutz entzogen.

24) Die §§. 678—690 hatten in dem Geſetzbuche eine andere Faſſung und gehören zu den Materialien, welche in Folge unmittelbaren Befehls umgearbeitet werden mußten. Man ſ. darüber Jahrb. Bd. XLI, S. 30 ff., wo auch der vorlandrechtlichen Geſetzgebung, die hier nicht von Intereſſe iſt, Erwähnung geſchieht. Die ganze Geſetzgebung paßt nur noch auf Offiziere bei dem ſtehenden Heere, nicht auf Landwehroffiziere, welche ihre Civilverhältniſſe beibehalten und nur einſtweilen zur Dienſtleiſtung einberufen, hiernächſt aber wieder entlaſſen werden. Auf die von ſolchen Offizieren während der vorübergehenden Dienſtzeit gemachten Schulden können dieſe Vorſchriften nicht angewendet werden, weil deren Vorausſetzungen nicht zutreffen.

Die Beſtimmungen der §§. 678 ff. finden auch auf den Fall nicht Anwendung, wo ein Handlungsunfähiger vor Eintritt in den Militärdienſt ein Darlehn aufgenommen und daſſelbe ſpäter, nach erlangter Dispoſitionsfähigkeit, als Offizier anerkannt hat. — Vgl. u. die Anm. 77 zu §. 862 d. T.

25) (3. A.) Der §. lautet: „Sollen die Gewehrgelder eines Kompagnie- oder Eskadron-Chefs für die Befriedigung des Gläubigers haften; ſo müſſen dieſelben unter Einwilligung des Regiments-Chefs oder Kommandeurs beſonders verpfändet, und dieſe Verpfändung muß in das bei dem Regimente zu führende Hypothekenbuch eingetragen werden.“ Die alte Einrichtung betreffs der Gewehrgelder und der darüber geführten Hypothekenbücher hat, mit der Veränderung der Militärverfaſſung, längſt aufgehört.

Schuldner ist ein Subaltern-Offizier[26]); so ist der Darlehnsvertrag null und nichtig; der Gläubiger hat niemals die geringste Wiederbezahlung zu hoffen; und das wirklich Gegebene fällt, zur Strafe, dem Fiskus[27]) unwiderruflich anheim[28]).

---

26) Dazu gehören nur die Premier- und Sekondelieutenants. R. vom 27. Juli 1821 (Jahrb. Bd. XVIII, S. 8).

27) Im auth. Texte steht: „der Invalidenkasse". Seit der verbesserten Einrichtung der Staatsbehörden aber, im Jahre 1808, ist an die Stelle der Generalinvalidenkasse hinsichts aller Vermögenskonfiskate, mithin auch in dem Falle dieses §. 684, die betreffende Regierungshauptkasse getreten. R. v. 29. Novbr. 1809 (Rabe, Bd. X, S. 194). Vergl. §. 267 des Anh. zur A. G.O. (I, 36, §. 5) u. §. 278 (zu §. 39 ebend.).

28) Diese Vorschrift wird, auch nach Entscheidung der Kontroverse: was unter dem „wirklich Gegebenen" zu verstehen (Zus. 14), noch verschieden aufgefaßt. Sie ist angeblich wörtlich aber doch nicht ganz vollständig aus der K.O. vom 25. September 1789 entnommen, welche wörtlich so mitgetheilt wird: „Nachdem Se. Königl. Majestät von Preußen ꝛc. Unser allergnädigster Herr in Erfahrung gebracht, daß ungeachtet derer so oft emanirten Edikte gegen das Schuldenmachen der Subalternoffiziers sich dennoch Leute finden, welche denselben Geld borgen, ohne daß der dazu erforderliche Konsens beigebracht werde, ungeachtet das erhöhete Traktement der Subalternoffiziers sie in den Stand setzt, daß sie ohne Schuldenmachen leben können; so haben Se. Königl. Majestät für nöthig erachtet, das Edikt gegen das Schuldenmachen der Subalternoffiziers auf eine geschärfte Art dahin erneuern zu lassen, daß diejenigen, welche demselben entgegenhandeln und ohne Konsens Geld an Subalternoffiziers borgen, niemals auf dessen Wiederbezahlung hoffen dürfen, sondern daß solches der Invalidenkasse unwiderruflich anheim fallen und von derselben eingezogen werden soll. Das O. K. Kollegium wird also dieserhalb das Erforderliche besorgen und das 7. Departement besonders dahin instruiren, daß dasselbe hierunter auf das Interesse der Invalidenkasse ein wachsames Auge habe. Charlottenburg, d. 25. Septbr. 1789." (Jahrb. Bd. XLI, S. 40.) Die Worte: „und von derselben eingezogen werden soll" (nämlich das geborgte Geld), sind nicht mit aufgenommen, dagegen hat man die Worte: „der Darlehnskontrakt ist null und nichtig", und „das wirklich Gegebene" gegen die Vorschrift eingeschaltet. Hätte man das nicht gethan, so würde muthmaßlich der Meinungsstreit, welche die K.O. v. 27. Juli 1825 (Zus. 14) entscheidet, nicht entstanden sein. Zu diesen Abweichungen von der Vorschrift war keine Veranlassung, man hatte auch durchaus keine andere Absicht, als gerade nur den Inhalt derselben in das A. L.R. aufzunehmen. Denn in den Anmerkungen zu dem umgearbeiteten Texte heißt es: „Der §. 684 ist wörtlich nach der K.O. v. 25. Sept. 1789 befaßt;" und weiter: „Die K.O. will die Gesetze gegen das Schuldenmachen der Offiziere schärfen, und verordnet gleichwohl keine härtere Strafe, als die Konfiskation des Darlehns." (Jahrb. Bd. XLI, S. 37 und 46.) Hieraus ist wohl so viel klar, daß das Rechtsgeschäft nicht wegen persönlicher Handlungsunfähigkeit des Subalternoffiziers als eines solchen ungültig ist; denn „das Geborgte soll von der Invalidenkasse eingezogen werden", das „Darlehn" soll konfiszirt werden. Der Ausdruck in dem §. 684: „der Darlehnskontrakt ist null und nichtig," bezieht sich hiernach nicht auf das Rechtsgeschäft überhaupt, sondern auf das Verhältniß des Darlehnsgebers: für ihn wird nichts gewirkt. Aber wenn das Darlehn konfiszirt ist, so ist der Fiskus ipso jure an die Stelle des Darleihers getreten, der Fiskus ist vermöge der Konfiskation, von dem Augenblicke der die Konfiskation zur unmittelbaren Folge habenden Handlung, Gläubiger aus dem Darlehn geworden, gleich einem Cessionar. Die Konfiskation vernichtet oder verändert nicht die von ihr betroffenen Forderungsrechte, sondern sie überträgt sie auf den Fiskus. Wird die Bestimmung so aufgefaßt, verlieren sich alle großentheils ganz bodenlosen Zweifel.

a) Der Fiskus hat nicht nöthig, gegen den Darlehnsgeber zu klagen, ja er hat nicht einmal ein Klagerecht gegen ihn, denn der Darlehnsgeber verletzt nicht die Rechte des Fiskus, er hat nichts von ihm hinter sich, er kann ihm nichts übertragen und der Fiskus hat keinen Konsens desselben nöthig; eine völlig nutzlose Willenserklärung ihm abzuzwingen hat der Fiskus kein Recht; eine solche Klage, wie sie in der Praxis wohl vorkommt, ist völlig gegenstandslos. Nur die Herausgabe des Schuldscheins kann er fordern. Vergl. das etwas unsicher und unbestimmt gehaltene R. v. 17. Sept. 1832 (Jahrb. Bd. XL, S. 159).

b) Die Frage: ob ein ohne Konsens gegebenes Darlehn durch ein nach gehobener Unfähigkeit (?) erfolgtes Anerkenntniß konvalesziren könne, läßt sich nicht thun. Das Darlehn braucht nicht zu konvalesziren, es ist gültig aber konfiszirt. Außerdem könnte aber auch von der Konvaleszenz hier gar nicht Rede sein, wenn die Worte „null und nichtig" nach ihrem juristischen Sinne genommen werden; denn was von Anfang null und nichtig ist, kann niemals konvalesziren oder durch bloßes Anerkenntniß hergestellt werden. Die Entscheidung der Gesetzkommission v. 8. Februar 1785, wonach dem Fiskus ein nach empfangenem Abschiede vom Offizier erklärtes Anerkenntniß den Anspruch entziehen könne, ist bei dem durch die K.O. vom 25. Septbr. 1789 veränderten Stande der Gesetzgebung gewichtlos; damals gab es noch keine Konfiskation des Darlehns, sondern nur eine unklagbare Obligation und eine Strafe des Gebers. Ed. v. 2. Dezbr. 1766. Das konnte sich freilich durch ein constitutum de-

14. K.O. v. 27. Juli 1825. (G.S. S. 188.)

Auf den Bericht des Staatsministerii vom 22. d. Mts. deklarire Ich die mißverstandene Disposition des A.L.R. Th. I, Tit. 11, §. 684, welche den ohne die Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs mit einem Subalternoffiziere geschlossenen Darlehnsvertrag für nichtig erklärt, und das wirklich Gegebene der Invalidenkasse zuspricht, dahin:

daß unter den Worten: „das wirklich Gegebene", keineswegs das von dem Schuldner dem Gläubiger zurückgezahlte, sondern dasjenige Kapital zu verstehen ist, welches der Gläubiger dem Schuld-

---

bitl nach dem Austritte aus dem Militärstande ändern. Bei der Umarbeitung des Gesetzbuchs ist die Frage umgangen, unter der Bemerkung: „Vom Anerkenntnisse nach weggefallenem statu militari braucht nichts besonderes gesagt zu werden, weil desfalls die allgemeinen Vorschriften Tit. 5, §§. 37, 38 und Tit. 11, §§. 862—865 eintreten." (Jahrb. Bd. XLI, S. 38 u. 47.) Allein das ist kein Gesetz und als Ausdruck einer wissenschaftlichen Meinung ein Irrthum, der auf unklarer Auffassung des Rechtsverhältnisses und der Konfiskation beruht. (S. auch unten die Anm. 22 zu §. 170, Tit. 16.) Darauf beruht das Pr. des Obertr. 1737, v. 8. April 1846: „Der nach §. 684 dem Fiskus zustehende Anspruch auf das einem Subalternoffizier gegebene Darlehn wird durch ein, nach dem Ausscheiden aus dem Militärdienste von diesem in Gemäßheit der Vorschrift des §. 37, Tit. 5 bewirktes Anerkenntniß des Darlehnsvertrages gehoben." (3. A.) Bei dieser Meinung ist das Obertr. auch bei einer späteren Entscheidung vom 29. März 1854 stehen geblieben, „weil von den damals von dem Obertr. adoptirten Ansichten abzugehen kein Grund vorhanden." Die hierbei nachträglich mitgetheilten Gründe dieser Ansichten berühren aber das punctum saliens gar nicht, es sind eben nur Ansichten, keine Rechtsgründe, und es muß wohl auch bei der jüngeren Entscheidung an treffenden Rechtsgründen gefehlt haben, da man sich auf eine Würdigung der Frage und Widerlegung der bequem ignorirten Gegengründe nicht eingelassen hat. Entsch. Bd. XXVII, S. 325. — Die Beweisführung zur Begründung der alten Meinung des Obertr., daß der Grund der vermeintlichen Ungültigkeit des Darlehnskontrakts in der persönlichen Eigenschaft des Darlehnsnehmers liege (Erk. vom 29. Oktbr. 1807, Jahrb. Bd. III. S. 313), ist erst mit dem Pl.-Beschl. vom 18. Februar 1856 (unten Anm. 75 zu §. 254, Tit. 14) unternommen, doch nach wissenschaftlichen Anforderungen nicht gelungen. Der Fall des §. 684 und der des §. 744 sind sich juristisch ganz gleich.

c) Aus denselben Gründen, aus welchen dem Fiskus die erworbene Forderung hinterdrein nicht durch ein solches Anerkenntniß wieder entzogen werden kann, ist auch die freiwillige Bezahlung des Schuldners an den Darlehnsgeber ohne Einfluß auf das Recht des Fiskus; die Forderung wird dadurch nicht getilgt. (Denselben juristischen Gedanken sprach v. Goldbeck auf die irrige Auffassung des Rechtsverhältnisses seitens Suarez' aus. Unten, Anm. 22 a. E. zu §. 170, Tit. 16.) Der Fiskus kann aber, wenn es ihm zuträglich scheint, den Zahlungsnehmer als seinen Geschäftsführer behandeln und ex negotiis gestis gegen ihn verfahren. Dadurch genehmigt er die Einhebung und der Schuldner wird liberirt. Hält sich hingegen der Fiskus an den Darlehnsschuldner, so kann dieser sich demnächst an den Zahlungsnehmer condictione causa data erholen. (4. A.) In einer Entscheidung vom 17. Juli 1856 (Archiv für Rechtsfälle Bd. XXII, S. 143) behauptet das Obertribunal den Satz, daß der Fiskus die ihm nach §. 684 zustehende Konfiskation dem Subalternoffizier (Schuldner) gegenüber dann nicht mehr ausüben könne, wenn derselbe das Darlehn bereits vor Insinuation der Konfiskationsklage zurückgezahlt habe. Der Satz ist nach den vorhin dargelegten Rechtsgründen keine Rechtswahrheit. Der Fiskus hat gar keine Konfiskationsklage gegen den Darlehnsnehmer, diesem wird durchaus nichts konfiszirt; der Fiskus bedarf auch gegen den Darlehnsgeber (Gläubiger) keiner Konfiskationsklage, es bedarf überhaupt keines Konfiskationsakts, denn der Fiskus tritt ipso jure in die Darlehnsobligation an die Stelle des Darlehnsgebers und hat daher von Zeit der Entstehung der Darlehnsschuld an, die Darlehnsklage gegen den Darlehnsempfänger.

d) Weil der Fiskus, vermöge der Konfiskation, in die Stelle des Darlehnsgebers in die Obligation eintritt, so muß er sich auch die verabredeten Modalitäten gefallen lassen, kann aber auch accessorische Rechte geltend machen, insbesondere die vorbedungenen Zinsen einfordern; denn ihm steht die Darlehnsklage zu.

e) Von der fünfjährigen Verjährung aus dem §. 600 der Krim.-Ordn. kann in keinem Falle Rede sein.

Die Vorschrift des §. 684 kann, als eine exceptionelle, nicht auf andere Rechtsgeschäfte, namentlich Käufe auf Kredit, ausgedehnt werden. Das Obertribunal hat ausgesprochen in dem Pr. 327, v. 4. Sept. 1837: „Wenn, außer dem Falle des §. 690 (soll heißen „684"), Tit. 11 einem Subalternoffiziere ohne Einwilligung des Chefs, oder Kommandeurs, Sachen auf Kredit gegeben worden sind, so hat der Gläubiger kein Klagerecht, allein die kreditirte Summe verfällt nicht dem Fiskus." (Entsch. Bd. II. S. 360.) Die Nichtklagbarkeit wird aus §. 684 d. T. entnommen, der aber, nach der hier vertretenen Meinung, darüber nichts entscheidet. S. o. Buchst. b. — (3. A.) Der Grundsatz wird auch auf das Kreditiren von Cessionsvaluten angewendet. Pr. des Obertr. 2404, v. 12. Okt. 1852 (Entsch. Bd. XXIV, S. 41).

ner, ohne wucherliche Erhöhung, wirklich gezahlt hat, und zu dessen Zurückforderung die Invalidenkasse statt des ursprünglichen Gläubigers, berechtigt sein soll[28a]).

§. 685. Dagegen sind zwar Darlehne an Stabs-Offiziere, Kompagnie- und Escadrons-Chefs, auch ohne Konsens gültig, und der Gläubiger kann zur bestimmten Zeit die Rückzahlung fordern. Wenn aber diese nicht anders, als durch verhältnißmäßige Abzüge von den Diensteinkünften des Schuldners, geleistet werden kann; so müssen Gläubiger, deren Forderungen mit dem vorschriftsmäßigen Konsens nicht versehen sind, denjenigen, welche für die gehörige Beibringung dieses Konsenses gesorgt haben, nachstehen[29]).

§. 686. Ueberhaupt muß jeder Gläubiger eines Offiziers, wenn auch die Forderung an sich gültig ist, sobald die Zahlung nur aus den Diensteinkünften des Schuldners erfolgen kann, mit terminlichen Zahlungen, so wie dieselben ohne Nachtheil des Dienstes und des nothwendigen Unterhalts des Schuldners bestimmt werden können, sich begnügen, und kann auf Personalarrest gegen den Schuldner niemals antragen[30]).

Anh. §. 50. Auf die Mobilien und Moventien, die der Offizier an dem Orte, wo er sich des Dienstes wegen aufhält, bei sich hat, findet keine Exekution statt[31]).

§. 687. Ein Offizier, welcher Immobilien besitzt, kann dieselben auch ohne Konsens des Chefs oder Kommandeurs gültig verpfänden. Doch erlangt, wenn außerdem der Konsens nothwendig war (§. 684), eine solche Schuld nur von dem Augenblicke an, da die Eintragung in das Hypothekenbuch wirklich geschehen ist, ihre Gültigkeit[32]).

---

28a) (4. A.) Bei dieser Klage des Fiskus gilt der ursprüngliche Darlehnsgeber als ein klassischer Zeuge über die Hingabe des Darlehns. Erk. des Obertr. vom 3. März 1853 (Archiv für Rechtsf. Bd. VIII, S. 328).

29) Das hier den konsentirten Schulden beigelegte Vorrecht war schon lange obsolet; es hing mit der alten Militärverfassung und dem Edikte v. 2. Dezember 1766 zusammen. Darnach mußte zu allen Offizierschulden konsentirt werden, und der konsentirende Chef oder Kommandeur mußte für die konsentirte Schuld subsidiarisch haften, und um ihn möglichst zu decken, gab die Militär-Konkursordnung solchen Schulden vor allen anderen den Vorzug. Proz.-Ordn. Tit. 50, §. 694, Nr. 2. Die Grundsätze jenes Edikts waren auch die Grundlage der hierher gehörigen Bestimmungen des neuen Gesetzbuches, und damit harmonirte sowohl dieser §. 685 als die Proz.-Ordn. a. a. O. Sie mußten aber wesentlich verändert werden. S. o. die Anm. 24. Der Konsens zur Aufnahme eines Darlehns für Stabsoffiziere und Kompagniechefs war nun nicht mehr erforderlich und kommt deshalb in der Praxis nicht vor; eben so wenig wie die subsidiarische Haftung des Konsentirenden. Denn was diese betrifft, so ist die Bestimmung darüber nicht in das A. L.R. aufgenommen, und die gelegentliche Erwähnung derselben im §. 694, Nr. 2, Tit. 50 der Pr.-O. war nur als eine geschichtliche anzusehen. Deshalb paßte der §. 685 nicht zu den Grundsätzen über das Schuldenmachen der höheren Offiziere. Ueber die unzweifelhafte Unangreifbarkeit der Darlehnsschulden der höheren Offiziere äußert sich Suarez in den Bemerkungen über die umgearbeiteten Bestimmungen so: „Der §. 685 folgt unmittelbar aus der K.O. v. 25. Sept. 1789. Denn wenn diese qua lex novissima et correctoria den Verlust des Darlehns ausdrücklich nur auf Subalternoffiziers einschränkt, so liegt es ja wohl deutlich darin, daß bei Stabsoffiziers die Strafe der Konfiskation zur Invalidenkasse nicht Anwendung finden soll. Man kann also nicht weiter gehen, als daß man bei Stabsoffiziers dem Kreditor, der ohne Konsens geliehen hat, so lange kein jus agendi einräumt, als der Debitor noch in Diensten ist. Denn nur in soweit läßt sich bei der Sache irgend ein Militärinteresse gedenken. — Aus gleichen Grunde ist auch der Strafen, deren das Edikt von 1766 ohnehin nur ganz allgemein und unbestimmt Erwähnung thut, hier nicht gedacht worden; denn die Kabinetsordre will die Gesetze gegen das Schuldenmachen der Offiziers schärfen, und verordnet gleichwohl keine härtere Strafe als die Konfiskation des Darlehns." (Jahrb. Bd. XLI, S. 37 u. 46.) — (3. A.) Durch die Konkursordnung v. 8. Mai 1855, §§. 72—82, verb. mit dem Einf.-Ges. Art. II, ist nun das Vorrecht auch formell beseitigt.

30) Dieser §. ist aus einem alten Cirk. vom 10. August 1778 entnommen. (Jahrb. Bd. XLI, S. 39 u. 46.)

31) Dieser Satz ist später weiter entwickelt im §. 155 des Anh. z. A. G.O. (I, 24, §. 70).

32) Nämlich in Beziehung auf den Darlehnsgeber. S. oben Anm. 28. Ergiebt sich, daß die Form der hypothekarischen Schuldverschreibung nur zur Bemäntelung eines einfachen Darlehns ge-

§. 688. Auch über Einkünfte von Grundstücken und Präbenden, über Zinsen von Kapitalien, und andere jährliche Hebungen, welche nicht zu den Diensteinkünften des Offiziers gehören, kann derselbe durch Anweisungen und sonst, auch ohne Konsens gültig verfügen. Doch versteht sich dieses, bei Subaltern-Offizieren, nur von solchen verfallenen, oder im nächsten Termine wirklich fällig werdenden Einkünften dieser Art; nicht aber von Anweisungen oder Cessionen, die, um der Vorschrift des Gesetzes auszuweichen, auf solche Hebungen, die erst in einer entferntern Zukunft fällig werden sollen, gegeben sind[33]).

§. 689. Durch den Konsens des Chefs oder Kommandeurs kann der Mangel anderer Erfordernisse zur Gültigkeit eines Darlehns nicht ergänzt werden. Doch können die vormundschaftlichen Gerichte ihre Einwilligung oder Genehmigung nicht versagen, wenn zu wirklichen Ausgaben eines minorennen Offiziers, in Fällen, die keinen Verzug leiden, besonders in Kriegszeiten, ein Darlehn mit Konsens des Chefs oder Kommandeurs aufgenommen worden[34]).

§. 690. Dagegen kann der Gläubiger gegen den Mangel des zur Gültigkeit des Darlehns nothwendigen Konsenses durch den Einwand einer in den Nutzen des Schuldners geschehenen Verwendung sich nur alsdann schützen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Vorschuß zu Dienstausgaben des Offiziers nicht nur gemacht, sondern auch wirklich verwendet worden; und daß es ihm unmöglich gewesen sei, sich um den erforderlichen Konsens vorher zu bewerben.

§. 691. Aber auch in diesem Falle muß dem Chef oder Kommandeur, sogleich nach gemachtem Vorschusse, als der Gläubiger denselben mündlich oder schriftlich anzutreten Gelegenheit hat, Anzeige geschehen[35]).

§. 692. Bei Kommandeurs und Chefs der Regimenter, und anderer besonderen Corps, ist zur Aufnehmung eines gültigen Darlehns höhere Einwilligung nicht erforderlich.

---

braucht worden ist, so daß die Eintragung auf ein Immobile nicht beabsichtigt worden ist und deshalb ganz unterbleibt; so ist die Forderung gleichwohl dem Fiskus verfallen. In diesem Falle kann es nöthig werden, auch gegen den Darlehnsgeber die Klage, d. i. eine analoge Vindikation, zu richten, wenn er den Uebergang der Forderung an den Fiskus bestreitet. Ist aber die Hypothekenverschreibung von Anfang ernstlich gemeint gewesen und nur ein Hinderniß vor der Eintragung dazwischen gekommen, so hat der Fiskus die Forderung nicht erworben, wenn auch, was wohl selten geschieht, der Gläubiger schon vor der Eintragung Zahlung geleistet hätte. In diesem Falle muß folgerecht, nach der hier vertretenen Meinung, dem Gläubiger die Klage auf Wiedereinziehung des Darlehns gebühren. Der Schuldner soll sich nicht bereichern und handlungsunfähig ist er nicht. S. oben die Anm. 28.

33) Suarez merkt hierzu an: „Die §§. 687, 688 gründen sich, wie ich mich mit Gewißheit zu erinnern glaube, auf ein Conclusum der Gesetzkommission, und auf eine Korrespondenz mit dem O.K. Kollegio. In dem Projekte des letzteren de 1789 war ausdrücklich angenommen, daß der Offizier ohne Konsens über seine Revenüen excl. der Diensteinkünfte durch Assignation x. frei disponiren könne. Die älteren Gesetze enthalten auch nichts, so dem zuwider wäre." (Jahrb. Bd. XLI, S. 37 u. 46.) Das Konklusum ist vom 6. Juni 1789 und bestätigt den 4. Januar 1790. (Ed. Samml. Bd. VIII, S. 2847.)

34) Suarez rechtfertigt diese sich von selbst verstehende Bestimmung a. a. O. so: „Der §. 689 ist um deswillen nöthig, weil in einigen Fällen von Regimentern bezweifelt werden wollen, ob nicht bei minorennen Offiziers, die unterm Pupillenkollegium stehen, der Konsens der Chefs oder Kommandeurs allein hinreichend sei, oder ob die Einwilligung des Vormunds und die Approbation des Pupillenkollegii noch außerdem erfordert werde. Letzteres ist jedoch bei dem Finanzdepartement und allen Oberkollegiis stets angenommen und behauptet worden."

35) Hierzu und zu §. 690 ist von Suarez a. a. O. Folgendes angemerkt: „Die §§. 690, 691 sind ebenfalls dem Geiste des Edikts de 1766 gemäß, welches so wie die späteren Gesetze den Einwand der Version gänzlich ausschließt, weil sonst der Zweck des Verbots per indirectum zu leicht vereitelt werden könnte, aus welchem Grunde denn auch die Gesetzkommission in ihrem Gutachten vom 26. Dez. 1789 auf die Ausschließung der Version angetragen hat. Gegen die einzige beigefügte Ausnahme wird das Ober-Kriegskollegium gewiß nichts einzuwenden haben."

Anh. §. 21. Alle Inspektions- und Generaladjutanten, welche bei den Generalen angestellt werden, bedürfen, so lange sie nicht zu Stabsoffizieren avancirt sind, oder wirkliche Kompagnieen oder Eskadrons erhalten haben, zur Gültigkeit ihrer Schulden des Konsenses ihres Chefs.

§. 693. Ein Gleiches gilt von den Kommandeurs einzelner Bataillons, die entweder zu keinem Regimente gehören, oder in Kriegszeiten von ihren Regimentern getrennt, und bei andern Corps oder Garnisonen in Festungen angestellt sind.

§. 694. Fällt weg [36]).

§. 695. In wie fern Offiziere, die nicht dem Kommandeur oder Chef eines Regiments, Bataillons, oder andern Corps untergeordnet sind, bei Aufnehmung von Darlehnen eines Konsenses bedürfen, und bei wem derselbe nachzusuchen sei, hängt von den besondern Militäreinrichtungen, und übrigen Dienstverhältnissen eines solchen Offiziers ab.

§. 696. Wer sich also mit dergleichen Personen in Darlehnsgeschäfte einlassen will, muß sich nach diesen Einrichtungen und Verhältnissen zuvörderst näher erkundigen.

§. 697. Fällt weg [37]).

§. 698. Personen, die zum Unterstabe gehören, bedürfen zu ihren Darlehnen keiner Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs.

§. 699. Doch kann der Gläubiger, bei nicht erfolgter Bezahlung, keine solche Exekution gegen die Person derselben, wodurch sie ihre Dienste gehörig wahrzunehmen verhindert würden, ausbringen [38]).

§. 700. Unteroffiziere, gemeine Soldaten, und deren Weiber können ohne schriftliche Einwilligung ihres Kompagnie- oder Escadrons-Chef kein gültiges Darlehn aufnehmen [39]).

§. 701. Aufgehoben [39a]).

15. V. v. 18. März 1811, betr. die Freiheit der Unteroffiziere und gemeinen Soldaten, über ihr Vermögen zu verfügen. (G.S. 1812, S. 5.)

§. 3. Auch in Rücksicht der Befugniß der Unteroffiziere und gemeinen Soldaten, Darlehne aufzunehmen und Schuldverträge einzugehen, hat es bei den Vorschriften des A. L.R. Th. I, Tit. 11, §§. 700, 702 und 703, und des ersten Anhanges §. 22 das Verbleiben.

---

36) S. o. die Anm. 25 zu §. 682. Der §. 694 lautet: „Aber auch bei diesen muß der Gläubiger, wenn er sich auf die Gewehrgelder derselben ein dingliches Recht verschaffen will, für die Eintragung der Schuld in das Regiments-Hypothekenbuch sorgen."

37) Adlige Fahnen- und Standartenjunker, welche, nach diesem §. 697, in Rücksicht der Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen, den Offizieren gleich zu achten, giebt es nicht mehr; die heutigen Portepeefähnriche gehören zum Stande der Unteroffiziere.

38) Dieses Benefizium genießen bekanntlich jetzt alle mittelbare wie unmittelbare Staatsdiener. §. 174 des Anh. z. A. G.O. (I, 24, §. 142) und die Zus. und Anm. dazu.

39) Hinsichtlich der Unteroffiziere und gemeinen Soldaten haben die Bestimmungen über das Schuldenwesen derselben eine andere Bedeutung als der §. 678 d. T. in Ansehung der Offiziere. Anm. 28. Die unkonsentirten Schulden der Unteroffiziere und Soldaten sind an sich nicht rechtsbeständig, so daß die Forderungsrechte konfiszirt würden; die Vorschriften beschränken vielmehr die persönliche Fähigkeit dieser Personen. Deshalb ist zur Verbindlichmachung derselben die vorgeschriebene Autorisation oder Genehmigung des Vorgesetzten nothwendig, während der Offizier ohne solchen Konsens sich wirklich verbindlich macht, und nur einen anderen Gläubiger (in der Person des Fiskus) erhält. Aus dieser rechtlichen Bedeutung des Konsenses zu Schulden der Unteroffiziere und Gemeinen erhellet auch, daß ein solcher Konsens zu jeder Spezies eines Schuldvertrages erforderlich ist. Dies ist auch anerkannt in dem Pr. des Obertr. 1869, v. 10. Mai 1847: „a. Zur Gültigkeit der von einem Unteroffiziere oder gemeinen Soldaten zu übernehmenden Bürgschaft ist die schriftliche Einwilligung des Kompagnie- oder Eskadronchefs erforderlich. b. Die bloß auf Uebernahme einer Bürgschaft gerichtete Einwilligung ertheilt nicht die Befugniß zur Uebernahme einer selbstschuldnerischen Verpflichtung." (Entsch. Bd. XV, S. 167.)

39a) (3. A.) Es hieß: „Auch ihre Grundstücke können sie ohne dergleichen Einwilligung nicht gültig verpfänden."

§. 4. Dagegen soll, anstatt der Vorschrift des §. 701 über die ohne Einwilligung ihrer Kommandeurs ungültige Verpfändung ihrer Grundstücke, die §. 687 am angeführten Orte für die Offiziere gegebene Bestimmung auch bei den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten dahin in Anwendung kommen, daß sie ohne Konsens des Kommandeurs die Immobilien gültig verpfänden können.

Doch erlangt eine solche Schuld nur von dem Augenblick an ihre Gültigkeit, da die Eintragung in das Hypothekenbuch wirklich geschehen ist.

§. 5. Die den Subalternoffiziers, in dem §. 688 a. a. O., nachgelassene freie Verfügung über Einkünfte von Grundstücken und über jährliche Hebungen, soll gleichfalls den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten zu Statten kommen.

§. 702. Schulden eines Unteroffiziers und Gemeinen, welcher die Einwilligung seiner Vorgesetzten zur Treibung eines bürgerlichen Gewerbes überhaupt erhalten hat, sind zwar auch ohne besonderen Konsens gültig.

§. 703. Will aber der Gläubiger, wegen einer solchen Schuld, an das Militärvermögen (§. 679)[40]) oder an die Grundstücke seines Schuldners sich halten, so muß er sich den besondern Konsens des Kompagnie- oder Eskadrons-Chefs in das Darlehn verschaffen.

Anh. §. 22. 1) Diese Vorschriften §§. 702, 703 finden nur auf diejenigen unter ihnen, welche das Bürger- und Meisterrecht gewonnen haben, Anwendung. Dagegen ist zu den Schulden derjenigen, welche sonst als Freiwächter oder Beurlaubte irgend ein Gewerbe treiben, die gerichtliche Abschließung des Darlehns oder sonstigen Schuldvertrages zur Gültigkeit der Schuld erforderlich, und muß diese gerichtliche Abschließung in der Garnison bei der vorgesetzten Militärbehörde, im Fall des Urlaubs aber bei den Gerichten des Wohn- und Aufenthaltsorts erfolgen[41]).

Anh. §. 23. 2) Obsolet[42]).

§. 704. Personen, welche bei den königlichen Singe- und Schauspielen, oder bei der Hofkapelle angestellt[43]) sind, können, so lange sie in diesen Diensten stehen, aufgenommener Darlehne wegen, gerichtlich nicht belangt werden[43a]). Von Personen, die bei den königlichen Schauspielen stehen.

---

40) Das Allegat ist der, bei der Umarbeitung dieser Materie des Gesetzbuchs, unterdrückte §. 679 des Gesetzbuchs, welcher enthielt, daß der Gläubiger eines Offiziers, so lange der Schuldner im Dienste stehe, sich weder an dessen Person, noch an dessen Besoldung oder andere Diensteinkünfte, noch an seine Montirung, Equipage oder was sonst zum Kriegsdienste gehört, solle halten können; sonst solle die Schuld nach §. 678 ohne Konsens gültig sein. Dieses Allegat ist hier im §. 703 aus Versehen stehen geblieben.

41) Diese aus dem P. v. 14. März 1797 wegen Einführung des A. L.R. bei den Militärgerichten, Nr. 3 (Rabe, IV, S. 41) entnommene Bestimmung kann direkte Anwendung nicht mehr finden; sie ist jedoch hier stehen geblieben, weil es nach der V. v. 18. März 1811 (Zus. 15) dabei sein Bewenden behalten soll. Durch die seitdem eingetretene Veränderung der Militärverfassung sind die „Freiwächter" und die Militärgerichte weggefallen, auch werden Soldaten, die in der Garnison von dem Bürger- und Meisterrechte Gebrauch machen, heutzutage in der Armee schwerlich noch vorkommen. Nur auf die Beurlaubten könnte die Vorschrift noch angewendet werden, doch niemals mehr so, daß vor der Militärbehörde eine gerichtliche Abschließung möglich wäre, da die Militärgerichte keine Civilgerichtsbarkeit mehr haben. Es ist zweifelhaft: ob ein sonst handlungsfähiger Beurlaubter oder Kriegsreservist seine Schuldverträge nothwendig vor Gericht abschließen muß.

42) Betraf die Schulden der nicht mehr vorkommenden Werbeoffiziere. Es sollte von den Regimentern und Bataillons die Maßregel getroffen werden, daß die Werbeoffiziere wegen Aufnahme der für Werbung benöthigten Gelder an gewisse Handlungshäuser gewiesen, und letztere genau instruirt würden, wieviel sie im äußersten Falle den Werbeoffizieren zu kreditiren hätten. Im Uebrigen sollte es auch bei dem Grundsatze, daß die Gläubiger wegen solcher Schulden, deren Verwendung zur Werbung nicht erwiesen würde, ihren Regreß an ihre unbefugten Schuldner nehmen müßten, verbleiben.

43) Angestellte Personen sind gemeint, ohne Unterscheidung nach der Art ihrer Leistungen, nicht bloß die wirklichen Schauspieler, Sänger und Musiker. Angestellt nennt man jedoch nur solche Personen, welche auf eine in sich oder beziehungsweise bestimmte Zeit gegen ein voraus bestimmtes Gehalt in Dienst genommen sind.

43a) (4. A.) Die §§. 704—706 finden auf Wechselverbindlichkeiten dieser Personen nicht Anwendung. Erk. des Obertr. v. 6. Febr. 1851 (Arch. für Rechtsf. Bd. I, S. 214).

Anh. §. 24. Dies gilt auch von denen, welche in dieser Qualität bei den Schauspielen oder der Kapelle der Königin angestellt sind.

§. 705. In sofern sie aber Grundstücke besitzen, und dieselben durch gerichtliche Eintragung einem Gläubiger gehörig verpfändet haben, kann letzterer aus diesen Grundstücken seine Befriedigung suchen.

§. 706. Auch kann, nach geschehener Entlassung oder erfolgten Absterben, der Gläubiger an das Vermögen[43b]) oder den Nachlaß eines solchen Schuldners sich halten.

In wiefern Darlehne an unfähige Personen gültig werden;

§. 707. Hat Jemand seine Unfähigkeit, Darlehne aufzunehmen, dem Gläubiger verheimlicht, so ist die Sache nach den Vorschriften Tit. 5, §§. 31—36 zu beurtheilen.

durch nützliche Verwendung,

§. 708. So weit der einem sonst unfähigen Schuldner gegebene Vorschuß zu nothwendigen oder nützlichen Ausgaben desselben, welche derselbe ohne seine Schuld[44]) aus eigenen Mitteln nicht bestreiten können, wirklich verwendet worden, ist der Gläubiger in der Regel die Wiedererstattung zu fordern berechtigt[45]).

§. 709. Was für eine nothwendige oder nützliche Verwendung zu achten sei, ist gehörigen Orts näher bestimmt. (Tit. 13, Abschn. 3.)

§. 710. Selbst wegen eines, der nützlichen Verwendung halber, für gültig zu achtenden Darlehns, kann gegen die §. 704 bezeichneten Personen, so lange sie im Dienste stehen, keine solche Exekution, wodurch sie in das Unvermögen, ihren Dienst zu versehen, gesetzt werden würden, stattfinden.

§. 711. In Ansehung der Militärpersonen findet die Vorschrift des §. 690 Anwendung.

§. 712. Wenn Jemand, nachdem er ein gültiges Darlehn aufgenommen hat, in einen Stand tritt, wo er dergleichen Verträge entweder gar nicht, oder nicht ohne Einwilligung seiner Obern schließen kann, so werden dadurch die Rechte des Gläubigers aus den frühern Verträgen nicht aufgehoben[46]).

durch Anerkenntniß.

§. 713. Wie weit durch ein Anerkenntniß der Schuld, welches von unfähigen Personen nach gehobener Unfähigkeit abgegeben wird, die Schuld zur Gültigkeit gelange, ist nach den allgemeinen Vorschriften Tit. 5, §§. 37, 38 zu beurtheilen[47]).

---

43b) Also doch nicht an die Person? Ich meine, Ja. Denn nach §. 704 ist die Obligation nur unklagbar, „so lange sie in Diensten stehen". Vergl. §. 710. (4. A.) Wir hätten sonst hier eine Obligation ohne persönlichen Schuldner, was der rechtlichen Natur der bloß persönlichen Schuldverhältnisse widersprechen würde.

44) Dieses Erforderniß der Schuldlosigkeit an der Verlegenheit des Kreditnehmers gehört zur Begründung der Klage und bezweckt die wirksamere Beschränkung des Borgens. Die Geschäftsbesorgung oder die nützliche Verwendung allein genügt hier noch nicht zur Begründung eines Anspruchs.

45) Das Obertribunal hat die Sätze ausgesprochen: „Darlehnsforderungen, welche gegen eine Militärperson selbst, auf den Grund nützlicher Verwendung, nicht geltend gemacht werden können, geben aus diesem Fundamente auch gegen den Vater des Schuldners kein Klagerecht. Das Nämliche gilt von Forderungen für kreditirte Sachen." Pr. v. 21. Juli 1838. (Entsch. Bd. IV, S. 94.) Es heißt dort S. 99: „Der Frage: ob der Verklagte für die Schuld des Sohnes verantwortlich gemacht werden dürfe, muß immer erst die Frage vorausgehen: ob die Schuld an sich gültig sei. Denn ist die letztere zu verneinen, so hat der Gläubiger kein Klagerecht gegen den eigentlichen Schuldner, und steht ihm solches gegen den Sohn nicht zu, so kann in Beziehung auf den Vater nur ein Gleiches stattfinden." Diese Beweisführung ist Irrthum. Man verwechselt oder identifizirt die negotiorum gestio mit der in rem versio. Nur von der ersteren gilt das Gesagte. War das Rechtsgeschäft, welches der Geschäftsbesorger verrichtete, dem, den es anging, nicht gestattet, so konnte er weder durch eigene Vollziehung desselben sich verbindlich machen, noch demjenigen, der es für ihn besorgte, ex negotiis gestis verbindlich gemacht werden. Von der versio in rem gelten aber andere Grundsätze: hier ist es der gewöhnliche oder doch sehr häufige Fall, daß der Vertent (den das Obertribunal den eigentlichen Schuldner nennt) wegen persönlicher Unfähigkeit nicht verbindlich gemacht wird; ja die in rem versio ist gerade die Vermittelung einer Obligation zwischen dem Geber der verwendeten Gegenstände und dem Dritten, zu dessen Nutzen sie verwendet sind; sie soll gerade deshalb wirksam sein, weil „der Gläubiger kein Klagerecht gegen den eigentlichen Schuldner", nämlich den Empfänger, hat.

46) S. o. die Anm. 24, Alinea, zu §. 678 d. T.

47) Das von dem Schuldner nach gehobener Unfähigkeit erklärte Anerkenntniß eines während

§. 714. Gelder, welche Jemandem, der an sich gültige Darlehnsverträge schließen kann, zu einem verbotenen Zwecke wissentlich gegeben worden, fallen dem Fiskus anheim. Von Darlehnen, die zu einem unerlaubten Zwecke oder wo Waaren statt baaren Geldes gegeben worden.

§. 715. Waaren[47a]) sollen, bei Darlehnen, nicht statt baaren Geldes gegeben werden.

§. 716. Sind auf einen Schuldschein oder Wechsel[48]) Waaren gegeben, und die Valuta baar verschrieben worden, so ist der Schuldner daraus, als aus einem Darlehnsgeschäfte nicht verhaftet.

§. 717. Vielmehr ist der ganze Vertrag nichtig[49]), und der Empfänger der

derselben empfangenen Darlehns von mehr als 50 Thlrn. erfordert zu seiner Rechtsverbindlichkeit die schriftliche Form. Pr. des Obertr. vom 10. Febr. 1838. (Entsch. Bd. III, S. 147.) In solchem Falle ist nicht re kontrahirt, sondern der Verpflichtungsgrund (causa) ist die Willenserklärung (das constitutum debiti proprii), welche nur in der vorgeschriebenen Form Kraft hat. Die causa ist dadurch verändert (novirt). (4. A.) Die Vorschrift des §. 37, Tit. 5, auf welche hier zur Heilung eines ungültigen Darlehnskontrakts verwiesen wird, läßt sich nicht wörtlich auf ein Darlehn anwenden. Denn dort wird dem Anerkenntnisse eines wegen Unfähigkeit des betroffenen Theiles ungültigen Vertrages nur in sofern verbindliche Kraft beigelegt, als dasselbe für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Da nun der Darlehnskontrakt nur durch die Hingabe des Geldes in der entsprechenden Absicht beider Theile zu Stande kommt (re contrahitur obligatio); so leuchtet ein, daß das alte ungültige Darlehn nicht durch neue Uebergabe des Geldes hergestellt werden kann; der neue Vertrag muß daher von anderer Art, er kann nur ein Konsensualvertrag sein. Dazu ist ein, zumal unvollständiger Schuldschein (§. 730) nicht tauglich. Denn dieser ist nur Beweismittel, setzt ein gültiges Darlehn voraus und läßt sich durch anderen Beweis ergänzen, begründet aber keine Verbindlichkeit. Daher muß das Anerkenntniß, wodurch ein ungültiges Darlehn aufrecht gehalten werden soll, alle Essentialien des Darlehns dergestalt angeben, daß es darüber keines Beweises durch andere Mittel bedarf, denn dieses Anerkenntniß soll die Verbindlichkeit gründen und kann dies nur soweit sein Inhalt reicht, da ein anderer Verpflichtungsgrund fehlt; demnächst muß der Anerkennende, dem anderen Theile gegenüber, erklären, daß und wie er für dieses von Anfang ungültige Darlehn kraft seiner gegenwärtigen Erklärung dem Geber gehalten sein wolle; und der andere Theil muß diese Erklärung, den Vorschriften Tit. 5, §§. 78 bis 81 entsprechend, annehmen. Dadurch ist „ein neuer rechtsgültiger Vertrag" zu Stande gekommen, wie es der §. 37 a. a. O. verlangt.

47a) Was unter „Waaren" zu verstehen, darüber unten Anm. 49, Satz 2 und oben Anm. 31 im Schlußsatze zu §. 1, Nr. 1 des G. vom 31. März 1838 (Zus. 7 zu §. 550, Tit 9).

(4. A.) Wechsel und Forderungen sind nicht für Waaren im Sinne des §. 715 anzusehen. Erk. des Obertr. vom 16. Januar 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 155). Vergl. Anm. 21 zu §. 793, „Dritter Fall", u. oben die Anm. 3, Abs. 2 zu §. 653.

48) Die Worte: „oder Wechsel", fallen nach Aufhebung des Tit. 8, Abschn. 8, Th. II, und Einführung der A. D. W.O. weg, indem das Bekenntniß der empfangenen Valuta jetzt kein Erforderniß eines gültigen Wechsels mehr ist.

49) Das ist eine juristische Nothwendigkeit. Denn das Darlehn ist ein Realkontrakt und verpflichtet nur zur Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte. Wird also eine Quantität, anderer Sachen als gegeben worden, verschrieben und zurückzugeben versprochen, so ist das Geschäft kein Darlehn in der verschriebenen Art von fungiblen Sachen; der Empfänger ist nur das Empfangene oder dessen Werth zurückzugeben verbunden. (3. A.) Das Geschäft führt den barbarischen Namen mohatra, der Vertrag heißt daher contractus mohatrae. Nach Ziegler, de mohatrae contractu, §. 29 kommt der Ausdruck aus dem Spanischen. Diese Art von Wuchergeschäften verbietet schon die Reichs-Pol.-O. von 1577, Tit. 17, §. 2.

Hieraus erhellet zugleich, was in den §§. 715 ff. unter „Waaren" als dem Gegensatze vom baaren Geld zu verstehen ist: es ist alles Andere als die verschriebene Valuta. Welche engere und weitere Bedeutung das Wort „Waare" habe, ist für die Eingehung eines Darlehns völlig gleichgültig: es ist kein Gelddarlehn, wenn etwas anderes als gemünztes Metall oder Papier gegeben worden, mag es sonst sein was immer. In einem Schr. vom 11. März 1822 (Jahrb. Bd. XIX, S. 194) hat der J.M. die Meinung ausgesprochen, daß ein auf einen bestimmten Inhaber lautendes Privat-Schuldinstrument, wenn es als Valuta eines baar verschriebenen Gelddarlehns gegeben worden, nicht als eine Waare in dem hier gemeinten Sinne angesehen werden könne, wenn nachgewiesen werde, daß die cedirten Privataktiva für voll untergebracht worden. Ein solches Geschäft ist kein Darlehn, wie auch das Obertribunal angenommen hat. S. die Pr. vom 12. Dez. 1848 und v. 2. Febr. 1849 o. in der Anm. 2 zu §. 653 d. T. Selbst durch Uebergabe von öffentlichen, auf den Inhaber lautenden Geldpapieren als Valuta auf ein über ein baares Gelddarlehn lautendes Dokument wird kein solches Darlehn vollzogen. Ein eigentliches Darlehn kann zwar in dergleichen Geldpapieren, die eigentlich

Waare nur verbunden, die Waare selbst, in so fern sie noch verhanden ist, zurückzugeben, oder wenn die Waare nicht mehr vorhanden wäre, den Werth, welchen sie zur Zeit der Uebergabe gehabt hat, zu ersetzen.

§. 718. Derjenige, welcher auf ein über baares Geld lautendes Schuldinstrument Waaren gegeben hat, hat die Vermuthung[50]) des Wuchers wider sich.

§. 719. Kann diese nicht abgelehnt werden, so fällt der von dem Empfänger vermöge §. 717 zu leistende Ersatz, nach näherer Bestimmung des Kriminalrechts[51]), dem Fiskus anheim.

§. 720. Ist das Schuldinstrument über den bedungenen Kaufpreis gegebener Waaren ausgestellt worden, so besteht zwar das Geschäft, als ein Kaufkontrakt, nach den unten §. 861 sqq. vorgeschriebenen Grundsätzen.

§. 721. Wenn aber erhellet, daß dem Schuldner, welcher ein Darlehn in baarem Gelde gesucht hat, statt desselben Waaren zum Kaufe auf Kredit angeboten worden; so wird bei dem Gläubiger eine wucherliche Absicht vermuthet.

§. 722. Diese Vermuthung fällt jedoch hinweg, wenn die Waaren von der Beschaffenheit sind, daß der Empfänger dieselben ohne Verlust wieder zu verkaufen Gelegenheit gehabt hat.

§. 723. Sind die auf Kredit gegebenen Waaren von der Beschaffenheit, daß sie, nach dem Stande und Gewerbe des Käufers, demselben entweder an sich selbst, oder doch in der gegebenen Quantität, unbrauchbar sein würden, so wird vermuthet, daß unter dem vorgeblichen Kaufe ein wucherliches Darlehnsgeschäft nach §. 721 verborgen liege.

§. 724. Wird diese Vermuthung durch den Nachweis eines andern Herganges der Sache nicht aufgehoben, so findet die Vorschrift §§. 717—719 Anwendung.

§. 725. Sind theils Waaren kreditirt, theils baares Geld gegeben, über beides zusammen aber nur Ein Schuldinstrument ausgestellt, und darin nicht bestimmt worden: wie viel in Gelde und wie viel in Waaren gegeben sei; so gilt die Vermuthung, daß bei dem ganzen Geschäfte eine wucherliche Absicht zum Grunde liege[51a]).

---

eine Waare sind und als solche einen Marktpreis haben, gemacht werden, aber eben nur in diesen Instrumenten; denn sie können nicht unmittelbar als baares Geld gebraucht werden. Vergl. o. die Anm. 6 zu §. 654. Auf einem Umwege läßt es sich erreichen, indem der Empfänger die Papiere nach dem Tageskourse in Geld umsetzt und das Geld als wirkliches Geld darlehn behält. Zur Abkürzung des Geschäfts ist es ausdrücklich gestattet worden, dem Darlehnssucher selbst unmittelbar den Kours der Papiere in Rechnung zu stellen, so daß es nun darauf nicht mehr ankommt: wieviel er dafür wirklich erhält. Dekl. vom 28. Dezember 1811 (s. u. zu §. 793). Man darf dies aber nur als eine positive Erleichterung des Verkehrs ansehen, wodurch in der rechtlichen Natur des Geschäfts nichts geändert wird; es wird fingirt, der Darlehnsnehmer habe den berechneten Kours wirklich empfangen. — (4. A.) Das Obertr. hat in einem Erk. v. 14. Oktober 1862 die Sätze hingestellt: „Die Quittungsbogen einer genehmigten Aktiengesellschaft sind nicht für Waaren im Sinne des §. 715 zu erachten; als mit der Berechtigung auf den Besitz der demnächst zu ertheilenden Vollaktien verbundene Bescheinigungen über eingezahlte Aktienbeträge, ausgestellt von landesherrlich genehmigten, mit korporativen Rechten versehenen, Aktiengesellschaften sind sie vielmehr den öffentlichen geldwerthen Papieren beizuzählen, und als solche geeignet, einen Gegenstand des Handelsverkehrs zu bilden. Sind sie aber für solche öffentliche Werthpapiere anzusehen, so unterliegen auch Darlehne, die in ihnen gegeben werden, der Beurtheilung in Gemäßheit der Deklaration vom 4. April 1811" — wenn sie auch auf eine bestimmte Person lauteten und überhaupt keinen Kourswerth hatten. Der Werth ist nun anderweit festzustellen. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 267.)

50) S. d. folg. Anm. 51 a. E.

51) An die Stelle des im authentischen Texte bei diesem §. allegirten Abschn. 15, Th. II. Tit. 20 des A. L.R. tritt der Tit. 25 des Str.G.B., welcher dergleichen Bestimmungen nicht enthält. Die in dem §. 719 unter Bezugnahme auf die näheren Bestimmungen des Strafgesetzes angedrohte Konfiskation wird mit diesem Gesetze selbst weggefallen sein, und es wird jetzt lediglich das neue Strafgesetz, §. 273, zur Anwendung kommen. Ueberhaupt haben die zum Beweise des Wuchers hier und in den §§. 718 ff. vorgeschriebenen Vermuthungen mit der Aufhebung der positiven Beweistheorie ihre rechtliche Bedeutung verloren. Doch läßt sich darüber streiten, weshalb die §§. 718—726 hier stehen geblieben sind.

51a) (4. A.) Wenn Jemand von dem Anderen baares Geld in verschiedenen Summen erhält und

§. 726. Kann dieſe nicht abgelehnt werden, ſo finden auch in einem ſolchen Falle die Vorſchriften §§. 717, 719 Anwendung.

§. 727. Durch den bloßen Empfang des Darlehns wird der Schuldner zur Wiedererſtattung des Empfangenen[52]) auch ohne ſchriftlichen[53]) Vertrag verpflichtet[54]). Form der Darlehnsverträge.

auch allmählich Waaren auf Kredit ankauft; demnächſt aber zwiſchen Beiden eine Berechnung ſtattfindet und der Schuldner über die gefundene Schuld einen Schuldſchein dahin ausſtellt, daß er an vor und nach geliehenem und baar empfangenem Gelde, ſowie an allmählich von dem Gläubiger angekauften und erhaltenen Waaren, zufolge der Dato mit ihm abgehaltenen Abrechnung, die ausgedrückte Summe ſchuldig geworden ſei; ſo paſſen auf ein ſolches Geſchäft und den dadurch herausgeſtellten Schuldſchein die §§. 716 ff., insbeſondere der §. 725 nicht. Erk. des Obertr. v. 16. Febr. 1858 (Arch. f. R. Bd. XXIX, S. 115).

(5. A.) Das Obertr. hat angenommen, der §. 725 ſetze ganz unzweifelhaft voraus, daß die Ausſtellung des Schuldſcheins der Grund der Lieferung der Waaren und der Zahlung des Geldes geweſen, daher dieſe Vermuthung auf den Fall keine Anwendung finde, wo die Waaren ohne Bezug auf den Schuldſchein vorher geliefert worden und dem Liefernden daraus Rechte auf Bezahlung des Kaufpreiſes zuſtehen. Erk. vom 8. Oktober 1866 (Entſch. Bd. LVII, S. 34). Dieſe Auslegung hat den Wortlaut des §. 725 und die Natur der Sache gegen ſich. Was den Erſten betrifft, ſo ſpricht derſelbe geradezu aus, daß die Waaren ſchon kreditirt und das baare Geld ſchon gegeben ſei und der darüber ausgeſtellte Schuldſchein die beiden Summen nicht angebe. Woher ſoll denn auch, was die Andere angeht, der Ausſteller eines Schuldſcheins vor Empfang der Valuta in voraus wiſſen, was und wieviel er darauf erhalten werde? Es wäre daher eine ſonderbare Zumuthung des Geſetzgebers, zu verlangen, der Schreiber ſolle vorher beſtimmen: wieviel er in Waaren und wieviel er in Gelde erhalten habe (?), während die vermeintliche Vorausſetzung des Obertr. die iſt, daß er noch gar nichts erhalten hat. Das Obertr. fingirt alſo eine ganz undenkbare Vorſtellung des Geſetzgebers von der Entſtehung eines gültigen Schuldſcheins über ein vermiſchtes Kreditum: ein ſolcher Schuldſchein kann niemals vor Empfang des Gegebenen zutreffend geſchrieben werden, und daher auch nicht vorkommen.

52) Vergl. o. die Anm. 49. (4. A.) Daß der Darlehnsnehmer die Darlehnsſumme perſönlich zu eigenen Händen empfangen habe, iſt nicht erforderlich. Zahlt der Geber auf des Darlehnsnehmers, wenn auch nur mündliche, Anweiſung, alſo in deſſen Auftrage und für deſſen Rechnung, an einen Dritten, ſo iſt der Darlehnskontrakt gültig vollzogen und der Darlehnsſchuldner hat nicht die Einrede, daß ihm die Valuta nicht gezahlt worden ſei. Tit. 5, §. 156 u. Tit. 14, §. 215. Erk. des Obertr. v. 17. Nov. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 278).

53) Man hat angenommen, daß auch die zur Gültigkeit der Schuld einer Ehefrau erforderliche Bewilligung des Mannes, auch bei Gegenſtänden über 50 Thlr., nicht unbedingt, und namentlich nicht bei Darlehnen, der ſchriftlichen Form bedarf. Pl.-Beſchl. des Obertr. v. 1. März 1847. (Entſch. Bd. XIV, S. 33.) (4. A.) Ueber den Fall, wenn der Schuldſchein von Mann und Frau unterſchrieben, die Frau aber Darlehnsnehmerin iſt, unten, Anm. 54a zu §. 729.

54) Und zwar immer perſönlich, wie die Natur einer jeden Obligation mit ſich bringt. In Simon's Rechtsſpr. Bd. II, S. 249 wird eine Entſcheidung des Obertr. v. 31. Okt. 1827 mitgetheilt, welche folgende Ueberſchrift hat: „Der Empfänger eines Darlehns wird nicht perſönlich verhaftet, wenn er in einer demnächſt außergerichtlich, ihrem Inhalte nach vom Gläubiger genehmigten Schuldverſchreibung über das Darlehn erklärt, daß er ſeinem Gläubiger für die geliehene Summe ein beſtimmtes Grundſtück, mit ausdrücklicher Ausnahme ſeines Mobiliar- und anderweitigen Vermögens, und ſeines ſonſtigen Einkommens, dergeſtalt verpfände, daß der Gläubiger ſich nur rein an das Grundſtück halten ſolle." Ein ſolches Rechtsgeſchäft iſt ein eigenthümliches, unbenanntes, kein Darlehnskontrakt.

Mehrere können durch den Empfang nicht in solidum verpflichtet werden, quia re contrahitur obligatio, und von dem Darlehnsgeber immer nur Einer eine gewiſſe Summe empfangen kann: ein und dieſelbe Summe können mehrere nicht gleichzeitig ergreifen. Die Solidarität kann in ſolchem Falle nur consensu begründet werden. Vergl. das Pr. 2271 in der folg. Anm. a. E. (4. A.) In einer Entſcheidung v. 10. Jan. 1856 ſagt das Obertribunal das Gegentheil. M. ſ. dagegen jedoch oben die Anm. 30 zu §. 424, Tit. 5. Bei dieſer Entſcheidung iſt der Verpflichtungsgrund verkannt. Re kann eine Verbindlichkeit nur durch den wirklichen, körperlichen Empfang kontrahirt werden, und die Verbindlichkeit zur Zurückgabe an demſelben Orte kann nicht das „Empfangene", wie der §. 727 ſich richtig ausdrückt, überſteigen. Soll einer von mehreren gleichzeitigen oder gemeinſchaftlichen Darlehnsſuchern für mehr als er erhält haften, ſo kann das nicht durch den Empfang ſeines Theils, ſondern nur durch ſeine Willenserklärung vermittelt werden. Es treffen dann zwei verſchiedene Verpflichtungsarten zuſammen, res und consensus. Das Obertr. ſelbſt hat hiervon ſonſt ſchon eine richtige Anwendung gemacht in dem Falle, wenn unter den mehreren Kontrahenten auf einer Seite eine Perſon iſt, die ſich consensu nur unter gewiſſen Förmlichkeiten verbindlich machen kann, namentlich eine

§. 728. Die Zeit zur Rückzahlung wird in einem solchen Falle nach Vorschrift §§. 761, 762 bestimmt.

§. 729. Soll aber ein Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit, gegen Interessen, oder auf andere Bedingungen[54a]) geschlossen werden, so ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredungen zustehen soll, ohne Unterschied der geliehenen Summe, ein schriftlicher Vertrag[55]) erforderlich[55a]).

---

Frauensperson. Hier führt das Obertr. aus, daß die Frauensperson nicht über das Empfangene hafte. Pl.-Beschl. (Pr. 1545) vom 28. Febr. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 33). Warum denn? Darum, weil ihre Verbindlichkeit hinsichtlich dessen, was sie nicht empfangen hat, ihre Begründung nicht in der res, sondern im consensus hat, und der Konsens wegen mangelnder Form unkräftig ist; denn ein jeder correus ist für das, was er über seinen Theil übernimmt, Intercedent.

Soll durch das Geben und entsprechende Nehmen ein gültiges Darlehn kontrahirt werden, so wird bei beiden Theilen die Handlungsfähigkeit vorausgesetzt. Hinsichtlich des Nehmers sind darüber besondere Bestimmungen gegeben. §§. 674 ff. Der Fall, wo ein Handlungsunfähiger ein Darlehn giebt, ist nicht besonders vorgesehen und muß deshalb (gemäß §. 674) nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Der Empfänger, wenn er die Unfähigkeit des Gebers kennt, wird nicht Eigenthümer, es wird mithin auch kein Darlehn zu Stande gebracht und es kommen die Grundsätze der §§. 662, 663 zur Anwendung. Vergl. §. 2 J. quibus alienare licet (II, 8); L. 17, 19, §. 1, L. 12 D. de rebus creditis (XII, 1). Hat er die Unfähigkeit nicht gekannt, so wird er, nach den Grundsätzen des A. L.R. §. 662 verb. mit §. 665, Eigenthümer des Geldes, und es handelt sich dann nur um die gültige Rückzahlung des an sich rechtsbeständigen Darlehns. Auch in dem ersten Falle, wenn der Darlehnsnehmer die Unfähigkeit des Gebers kennt, konvaleszirt das Darlehn (der Nehmer wird Eigenthümer), wenn der Geber nach erlangter Handlungsfähigkeit sein Geschäft gut heißt. Deshalb kann z. B. ein gewesener Mündel, welcher während seiner Minderjährigkeit seinem Vormunde ein Darlehn gegeben hat, nach erlangter Großjährigkeit mit der Darlehnsklage gegen ihn verfahren. Vergl. den Rechtsfall in den Rechtsf. des Obertr. Bd. III, S. 393.

54a) (4. A.) Wenngleich zu Gunsten des Schuldners. Erk. des Obertr. vom 22. April 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 114).

55) Die Form dieses schriftlichen Vertrages ist eben der in dem folgenden §. 730 vorgeschriebene Schuldschein. Er hat eine doppelte Natur. Ueber den Realkontrakt ist er bloßes Beweismittel und über die Modalitäten ist er die wesentliche Form eines Konsensualkontrakts. In der ersteren Beziehung begründet die Schuldverschreibung gar keine Verbindlichkeit, daher ist z. B. die auf Grund derselben geschehene Eintragung ungültig, in soweit keine Valuta darauf gezahlt worden, und der Cessionarius eines solchen Instruments, welcher dies weiß, hat kein Recht erworben. Vergl. den Rechtsfall in den Entsch. des Obertr. Bd. XVII, S. 270. In der zweiten Bedeutung hat dieser schriftliche Vertrag das Eigenthümliche, daß nur die Unterschrift des Schuldners erforderlich ist (§. 730, Nr. 8) und daß der Gläubiger, welcher den Schuldschein ohne Vorbehalt angenommen und darauf das Darlehn gegeben hat, an die darin enthaltenen Modalitäten gleichfalls gebunden ist. Der juristische Grund davon findet sich in der Natur der Kondiktionen, dem Rechtsmittel zur Zurückforderung des Gegebenen. Man kann nicht zurückfordern, was man einem Andern gegeben hat, es sei denn, daß und in soweit solches bei dem Geben ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung gemacht worden. Daraus erklärt sich ganz von selbst, warum der Darlehnsschuldner anders zurückzugeben nicht verbunden ist, als er sich dazu bei der Empfangnahme verbindlich gemacht hat: seine Verbindlichkeit reicht nicht weiter; er würde gar nichts zurückzugeben haben, wenn er unter dieser übereinstimmenden Absicht beider Theile empfangen hätte, obgleich der Geber keine Schrift unterschrieben hat. Vergl. m. Recht der Forderungen, Bd. III, S. 292 ff. Das Obertr. hat in dem Pr. 1128, vom 23. April 1842, eine entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen (welche auch in dem Lehrbuche des pr. Privatrechts, §. 615, 1. u. 2. Ausg., vorgetragen ist). Diese ist durch den Plenarbeschl. (Pr. 2388) v. 5. Juli 1852 beseitigt, welche lautet: „Ein Darlehnsgläubiger, welcher einen ihm vom Schuldner ausgestellten Schuldschein ohne Vorbehalt angenommen hat, kann seinen Anspruch über die in dem Schuldscheine festgestellten Modalitäten hinaus aus dem Grunde allein nicht ausdehnen, weil diese Modalitäten von den gesetzlich anzunehmenden abweichen, und er seine Zustimmung zu dieser Abweichung nicht schriftlich erklärt hat." (Entsch. Bd. XXIII, S. 13.) Es ist Maxime des Obertr., Alles negativ auszudrücken, sich vor dem Ausspruche eines positiven Rechtssatzes so viel wie möglich in Acht zu nehmen. Auf solche Weise kann es kommen, daß von allen Seiten so viel negirt wird, daß etwas Positives nicht mehr übrig ist. (4. A.) In Uebereinstimmung mit diesem Pr. ist in dem Erk. vom 13. Juli 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 231) angenommen, daß zur Feststellung der von den gesetzlichen Zahlungsmodalitäten abweichenden Nebenverpflichtungen des Darlehnsschuldners es der schriftlichen Genehmigung seiner desfallsigen Erklärungen in dem Schuldscheine seitens des Darlehnsgläubigers nicht bedürfe, vielmehr diese Genehmigung auch stillschweigend, insbesondere durch Annahme des Schuldscheins ohne Vorbehalt erfolgen könne. Dagegen wird durch Annahme des über ein empfangenes Darlehn von dem Schuldner ausgestellten Schuld-

§. 730. Zu einem vollständigen Schuldscheine wird erfordert:
1) das Bekenntniß der empfangenen Valuta[55b]);
2) die deutliche Bestimmung, worin selbige bestanden habe[56]);
3) die Angabe der Münzsorte, in welcher sie gezahlt worden[57]);
4) das Versprechen der Wiedererstattung[58]);

---

scheins der Gläubiger an eine in denselben aufgenommene selbstständige Verfügung über den Darlehnsvertrag hinaus und für die Zeit, wo das Darlehn aufhört, Darlehn zu sein, nicht gebunden. Erk. v. 9. Juni 1853 (Arch. f. R., Bd. IX, S. 257).

Ein von mehreren Personen ausgestellter Schuldschein begründet aus der Schrift eine Solidarverbindlichkeit der sämmtlichen Aussteller für das verschriebene Darlehn auch in dem Falle, wenn die Valuta desselben nicht an sie gemeinschaftlich, sondern an einen oder einige von ihnen, ohne Zuziehung der Uebrigen, gezahlt ist. Pr. des Obertr. 2271, v. 13. Jan. 1851. (Entsch. Bd. XXI, S. 421.) Vergl. Erk. dess. vom 10. Jan. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX. S. 246). Ein Handlungsunfähiger aber haftet immer nur auf das wirklich Empfangene, soweit er bereichert ist; consensu wird er nicht verbindlich. Insbesondere hat dieser Grundsatz praktische Bedeutung bei Frauenspersonen, welche einen solchen Schuldschein mit unterschreiben. (4. A.) Der Darlehnsgeber kann aber, wenngleich er den von einer Manns- und Frauensperson gemeinschaftlich ausgestellten und daher die Vermuthung einer bloßen Bürgschaft der Frau begründenden Schuldschein ohne Vorbehalt und Widerspruch angenommen hat, dennoch die Letztere als die Darlehnsschuldnerin in Anspruch nehmen, in sofern er die wirklich erfolgte Hingabe des Darlehns an dieselbe zu beweisen vermag. Erk. des Obertr. v. 11. Nov. 1856 (Arch. f. R. Bd. XXIII, S. 49).

55a) (3. A.) Diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Darlehnsgeber, welcher die gezogenen Nutzungen eines ihm in Folge mündlichen Uebereinkommens zum antichretischen Pfandbesitze übergebenen Grundstücks, auf die Zinsen des vorgestreckten Darlehns, in Abzug bringen will, wenn auch diese Zinsen nur mündlich versprochen worden sind. Pr. des Obertr. v. 20. Nov. 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 392). Der Schuldner befindet sich in diesem Falle nicht in der Lage, einen gegen ihn gemachten Anspruch auf Erfüllung durch die Einrede des Mangels der schriftlichen Form abzuwehren; sondern er hat die rechtliche Stellung eines Zurückfordernden, welcher die Zinsen schon gezahlt hat und sie nun, wenn er die Abrechnung der Nutzungen auf das Kapital fordert, erstattet verlangt. (4. A.) Das nothwendige ausdrückliche Zinsversprechen ist jedoch in der dem Gläubiger geschehenen Zusicherung der Früchte des verpfändeten Grundstücks nicht enthalten, daher vertritt die hypothekarische Eintragung des Pfandbesitzes nicht die der Zinsverbindlichkeit. Erk. des Obertr. vom 6. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 348). — Auch aus der Eintragung rückständiger Zinsen eines Kapitals ist die Verbindlichkeit des Schuldners zur Entrichtung vorbedungener Zinsen nicht zu folgern. Erk. dess. vom 26. Febr. 1856 (Arch. f. R. Bd. XXI, S. 14).

(4. A.) Die Vorschrift findet jedoch Anwendung, wenn mehrere Darlehnsempfänger sich solidarisch verpflichten sollen; sonst haften sie aus dem Realkontrakte nur pro parte. Das Obertr. hat zwar in einem Erk. v. 10. Jan. 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 349) das Gegentheil behauptet; dagegen s. m. jedoch Recht der Forderungen, Bd. II, §. 63, Nr. 1, a.

(4. A.) Zur Begründung der Klage auf Rückzahlung eines Darlehns ist die Beibringung des Schuldscheins nicht erforderlich. Erk. des Obertr. vom 11. Mai 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 94).

55b) (4. A.) Vergl. die Anm. 58. (5. A.) Der Umstand allein, daß das in einer Schuldverschreibung enthaltene Bekenntniß des Schuldners, aus von ihm ausgestellten und ihm zurückgegebenen Wechseln eine gewisse Summe schuldig zu sein, erweislich nicht richtig ist, macht die Schuldurkunde nicht völlig unwirksam. Daher bedarf es zur Begründung der Klage des Schuldners: das Schuldbekenntniß und die Hypothek für unwirksam zu erklären und den Beklagten zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu verurtheilen, der Aufklärung des wahren Sachverhältnisses. Erk. des Obertr. vom 18. Dezember 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 181).

56) Ohne diese Angabe giebt die Schrift (cautio indiscreta, instrumentum indiscretum) keinen Beweis für ein Darlehn. Wenn der Schuldner z. B. erklärt hat, daß er den Schuldbetrag nach einer zwischen ihm und dem Gläubiger angelegten Berechnung verschulde, ohne daß sonst eine andere Angabe, worin die Valuta bestanden habe, im Schuldscheine enthalten ist, so begründet der Schuldschein als ein bloßes documentum referens noch nicht die rechtliche Vermuthung, daß der Schuldner die Valuta empfangen habe; es muß das documentum relatum (die Berechnung) vorgelegt werden. Pr.-O. Tit. 10, §. 113; Pr. des Obertr. vom 7. April 1825 (Simon, Rechtspr., Bd. II, S. 75).

57) Ist unnöthig; fehlt sie, so versteht sich preuß. Silberkourant, bis derjenige, welcher etwas Anderes behauptet, solches beweist. §. 779 d. T.

58) Dies Versprechen ist schon in der Erklärung, daß man das Geld als Darlehn empfangen,

5) die Zeit, wann dieſe geſchehen ſoll[59]);
6) die deutliche Benennung und Bezeichnung des Gläubigers;

16. Geſetz v. 17. Juni 1833, betr. die Ausſtellung von Papieren, welche eine Zahlungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten[59a]). (G.S. S. 75.)

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen hierdurch auf den Antrag Unſeres Staatsminiſteriums und nach erfordertem Gutachten Unſeres Staatsraths für den ganzen Umfang Unſerer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Papiere, wodurch die Zahlung einer beſtimmten Geldſumme an jeden Inhaber verſprochen wird, dürfen von Niemand ausgeſtellt und in Umlauf geſetzt werden, der dazu nicht Unſere Genehmigung erhalten hat.

(Der zweite Satz fällt weg)[60]).

§. 2. Die Genehmigung zur Ausſtellung ſolcher Papiere ſoll hinfüro nur auf den Antrag der Miniſter für den Handel und für die Finanzen durch ein landesherrliches Privilegium ertheilt werden, welches die rechtlichen Wirkungen deſſelben beſtimmen und ſeinem ganzen Inhalte nach durch die Geſetzſammlung bekannt gemacht werden muß.

§. 3. Dergleichen an jeden Inhaber zahlbaren Papiere begründen gegen den Ausſteller ein Klagerecht.

§. 4. Die bisher ohne landesherrliche Genehmigung ausgegebenen Papiere dieſer Art iſt jeder Inhaber gegen den Ausſteller einzuklagen befugt, ohne die Uebertragung des Eigenthums nachweiſen zu dürfen.

§. 5. Wer künftig, dem Verbot des §. 1 entgegen, ſolche Papiere ausſtellt und in Umlauf ſetzt, verfällt in eine, dem fünften Theil des Betrages derſelben gleiche Strafe, die jedoch in keinem Fall geringer als hundert Thaler ſein darf.

Zugleich muß der Ausſteller von Amtswegen angehalten werden, die Einlöſung und Vernichtung der ausgegebenen Papiere zu bewirken.

§. 6. Dergleichen Papiere, welche ohne Unſere unmittelbare Genehmigung vor der Publikation dieſes Geſetzes ausgeſtellt worden, dürfen, nachdem ſie an den Ausſteller zurückgekehrt ſind, von demſelben bei gleicher Strafe, nicht wieder ausgegeben werden.

16a. Verordnung, betreffend die Einführung des Geſetzes wegen Ausſtellung von Papieren, welche eine Zahlungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten, vom 17. Juni 1833, in die durch die Geſetze vom 20. September und 24. Dezember 1866 der preußiſchen Monarchie einverleibten Landestheile. Vom 17. September 1867 (G.S. S. 1518).

Wir ꝛc. verordnen, auf den Antrag des Staatsminiſteriums, was folgt:

Art. I. Das Geſetz wegen Ausſtellung von Papieren, welche eine Zahlungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten, vom 17. Juni 1833, tritt in den durch die Geſetze vom 20. September u. 24. Dezember 1866 mit der preußiſchen Monarchie vereinigten Landestheilen, jedoch mit folgenden Abänderungen, in Wirkſamkeit.

---

oder geliehen erhalten habe; denn dabei verſteht ſich die Wiedererſtattung von ſelbſt. (4. A.) Vergl. oben Anm. 4a, Abſ. 2. — Es iſt aber zur Gültigkeit des über ein Darlehn ausgeſtellten Schuldſcheins die ausdrückliche Angabe, daß die verſchriebene Summe als Darlehn gegeben worden, nicht erforderlich, vielmehr reicht das in dem Schuldſcheine enthaltene Bekenntniß der baar empfangenen Valuta verbunden mit dem Verſprechen der Verzinſung des verſchriebenen Kapitals zum Beweiſe des Darlehns hin. Erk. des Obertr. v. 3. April 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX. S. 19). Vergl. unten, Anm. 67. Schon in einem Erkenntniſſe vom 8. März 1851 (Arch. f. R. Bd. I, S. 305) iſt angenommen, daß, wenn der Geber einer Geldſumme ſich deren Verzinſung ausbedungen habe, ein Darlehn zu vermuthen ſei.

59) Iſt nach der Vorausſetzung ein weſentliches Erforderniß; denn die Vorausſetzung iſt eben, daß das Darlehn auf eine andere beſtimmte Zeit, als die geſetzliche, verabredet worden. §. 729.

59a) (5. A.) Ueber den rechtlichen Charakter der Inhaber-Papiere ſ. m. unten, Anm. 50 zu §. 47, Tit. 15.

60) Betraf die Ausnahme wegen der auf den Briefsinhaber ausgeſtellten Wechſel, welche jetzt nicht mehr gelten.

§. 1. An die Stelle des zweiten Satzes im §. 1 des Gesetzes tritt nachstehende Vorschrift: Ausgenommen von dieser Bestimmung bleiben jedoch diejenigen Zahlungsanweisungen, welche im Gebiete der vormals freien Stadt Frankfurt mit einer höchstens vierwöchentlichen Geltungsfrist auf jeden Inhaber ausgestellt werden.

§. 2. Der §. 6 des Gesetzes fällt weg.

Art. II. Auf diejenigen Papiere, welche vor der Publikation dieser Verordnung ausgegeben worden sind, finden die §§. 1, 2, 3 u. 5 des Gesetzes keine Anwendung. Ingleichen werden diejenigen Rechte zur Ausstellung von Papieren der im §. 1 des Gesetzes bezeichneten Art, welche bereits vor Publikation dieser Verordnung staatlich verliehen waren, durch die letztere nicht berührt.

7) der Ort, wo, und das Datum, unter welchem der Vertrag geschlossen worden[61]);

8) die Unterschrift des Schuldners[62]).

§. 731. Wie weit dasjenige, was von diesen Stücken im Schuldscheine nicht ausgedrückt worden, auf andere Art erwiesen werden könne[63]), oder nach gesetzlichen Bestimmungen zu ergänzen sei[64]), ist nach den Vorschriften des Fünften Titels §. 127 sqq. zu beurtheilen.

§. 732. Der Schuldschein begründet die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann[65]).

Von der Valuta bei Darlehnen.

§. 733. Es gilt also auch das Geständniß der erhaltenen Valuta gegen den Aussteller[66]), so lange als sich bei der Instruktion der Sache nicht findet, daß dieselbe ganz oder zum Theil[67]) wirklich nicht gegeben worden.

---

61) Ist unwesentlich.

62) Des Schuldners, nicht aber auch des Gläubigers. Darin liegt die Eigenthümlichkeit der Form dieses Vertrages. S. o. die Anm. 55 zu §. 729. Uebrigens beziehen sich diese Bestimmungen, sowie die der §§. 731 ff., nur auf Schuldscheine über Darlehen. Sog. Schuldscheine über Schulden aus anderen Rechtsgeschäften, namentlich aus Konsensualkontrakten, haben eine andere rechtliche Natur und bleiben hier außer Beurtheilung; denn es kommt vorzüglich auf die Beschaffenheit des besonderen Falls an.

63) Dies ist der Fall mit den Stücken, in welchen der Schuldschein bloßes Beweismittel ist, namentlich Nr. 1 bis 4, 6 und 7. Diese Bestimmung paßt z. B. gar nicht auf sog. Schuldscheine über andere Rechtsgeschäfte. S. die vor. Anm. 62.

64) Die Zeitbestimmung Nr. 5 ist der einzige formelle Bestandtheil.

65) Der §. 106, Tit. 16 findet hier nicht Anwendung, weil ein Schuldschein (das Bekenntniß des Empfanges der Valuta) nicht die rechtliche Natur einer Quittung im rechtlichen Sinne hat. Uneingetr. Pr. des Obertr. vom 25. Nov. 1851, $^{1797}/_{155}$ IV, 51. Eine gleiche Entscheidung vom 28. April 1848 theilen schon die Rechtsfälle Bd. IV, S. 64 mit, auch das Erk. dess. v. 2. Mai 1865 wendet den Satz an. (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 114.) Der Grund überzeugt zwar nicht, denn zwischen einem chirographum über ein Darlehn und einer Quittung (apocha) über die zum Zwecke der Tilgung einer Schuld geleistete Zahlung ist das Aehnliche, daß beides ein Beweisstück über ein Realrechtsgeschäft ist; nur der Zweck der Zahlung unterscheidet beide. Allein die Unanwendbarkeit liegt in der Verschiedenheit der positiven Gesetzgebung über die sog. exc. n. u. pecuniae und über die Beweiskraft der Quittungen.

(4. A.) Vergl. oben, Anm. 55*, Abs. 3. — Der Grundsatz, — daß mündlich abgeschlossene, in das Wesen des schriftlich errichteten Vertrages selbst eingreifende Verabredungen, welche zur Begründung des Einwandes der Simulation, oder des Einwandes, daß etwas Anderes niedergeschrieben als verabredet worden, angeführt werden, nicht als bloße Vorverhandlungen oder mündliche Nebenabreden anzusehen sind, und daher den Inhalt der Urkunde und ihre Beweiskraft ganz oder theilweise vernichten, — findet auch bei einseitigen Verträgen und insbesondere auch bei Schuldverschreibungen Anwendung. Erk. des Obertr. vom 14. Sept. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 312).

66) Durch das Bekenntniß der empfangenen Valuta in einseitig ausgestellten, wenn auch in das Hypothekenbuch eingetragenen, aber in den Händen des Schuldners gebliebenen Darlehnsinstrumenten wird das Darlehn nicht erwiesen, und kann insbesondere eine persönliche Verpflichtung des Ausstellers daraus nicht hergeleitet werden. Pr. des Obertr. vom 2. Nov. 1849. (Entsch. Bd. XVIII. S. 197.) Erst durch die Aushändigung an den Gläubiger erhält das Dokument seine Bedeutung. (5. A.) Anders steht es, wenn der Gläubiger bei der Ausstellung der Schuldurkunde zugezogen worden und unter stillschweigender Zustimmung des Schuldners den Antrag auf Ausfertigung einer Rekognition ge-

§. 734. Diese Ausmittelung wird durch nachherige Anerkenntnisse des Schuldners noch nicht ausgeschlossen [68]).

stellt hat. Dann ist die Urkunde nicht einseitig von dem Schuldner ausgegangen. Erk. des Obertr. vom 30. Oktober 1863 (Entsch. Bd. L, S. 150).

(4. A.) Die Ehefrau, welche Ausstellerin des Empfangsbekenntnisses über die an ihren Ehemann gezahlte Darlehnsvaluta ist, haftet nicht für das Darlehn. Erk. des Obertr. v. 2. Dez. 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 71).

67) Das von dem Aussteller eines Schuldscheins über ein Darlehn in dem Instrumente abgegebene Bekenntniß der baar empfangenen Valuta verliert, wenn der Gläubiger einräumt, einen Theil der Valuta nicht baar, sondern durch Abrechnung einer Schuld des Darlehnsnehmers berichtigt zu haben, nicht gänzlich, sondern nur in Beziehung auf den geständlich nicht baar gegebenen Theil der Valuta die Kraft. Pr. des Obertr. 2006, v. 14. April 1848. — Ueber einen Fall solcher Abrechnung s. m. den Ministerialbescheid v. 26. Mai 1804. (Rabe, Bd. VIII, S. 63.) — (4. A.) Ist in einem Schuldscheine über ein Darlehn die Valuta als in baarem Gelde gegeben bezeichnet, in der Wirklichkeit aber nicht in baarem Gelde, sondern in Eisenbahnaktien gewährt worden, so hat der Schuldschein keine Beweiskraft. Erk. des Obertr. vom 6. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 71).

68) Ein besonderer Valutenschein von einem jüngeren Datum schloß die gemeinrechtliche exceptio non numeratae pecuniae aus. Dies soll durch die Bestimmung des §. 734 aufgehoben werden; dessen bedurfte es aber nicht, denn die exceptio n. n. p. selbst ist an sich unterdrückt; die §§. 732 bis 734 schaffen in dieser Beziehung ein ganz neues Recht, zu dessen Rechtfertigung Suarez in den amtlichen Vorträgen über die Schlußrevision des Gesetzbuchs Folgendes sagt: „Diese Sätze weichen von der bisherigen Theorie circa exceptionem n. n. pec. beträchtlich ab; sie beruhen aber auch auf den erheblichsten Gründen. 1) Es ist ganz wider die Natur der Sache und die Analogie der Gesetze, daß der Kreditor, welcher das schriftliche Geständniß des Schuldners über die empfangene valutam in dem chirographo für sich hat, dennoch numerationem noch besonders beweisen, und wenn er einen solchen Beweis, wegen ermangelnder mediorum probandi nicht aufbringen kann, seine in klarem Brief und Siegel beruhende Forderung verlieren soll. Confessio propria ist in allen anderen Fällen der stärkste Beweis und hier allein soll sie nicht gelten! 2) Die Röm. Theorie ist auf eine ganz verkehrte Weise und zerstückelt in unsern Foris aufgenommen worden. Justinian wollte den alten contractibus litteralibus, die zu seiner Zeit schon außer Uebung gekommen waren, etwas anderes substituiren, und erfand zu dem Ende die cautiones de mutuo und de dote. Nach dieser seiner Erfindung: a) entstand aus dem chirographo intra biennium nach dessen Ausstellung eigentlich gar keine Aktion, wenn nicht der Inhaber numerationem aliunde beweisen konnte; dagegen aber b) konnte elapso biennio, die Exceptio n. n. p gar nicht mehr opponirt werden, sondern der Aussteller war ex solis litteris obligirt, und mußte simpliciter bezahlen. Cf. L. 14 pr. C. de n. n. p. — Unsere Dd. und Gerichtshöfe haben die Theorie Justinians ad a aufgenommen; und dagegen ad b dieselbe verworfen, indem bei uns der Beweis, daß keine Valuta gegeben worden, auch nach Verlauf des Biennii unbedenklich zugelassen wird. Wir haben aus dem Darlehnsvertrage ein Monstrum gemacht, welches halb Contractus realis, halb Contractus litteralis ist. Daher giebt es auch 3) mehrere angesehene Doctores, welche behaupten, daß diese Römische Theorie in unsern Foris nicht gelten könne. Cf. Schilter, Exercit. 22, §§. 9, 10; Boehm, Introd. in Jus Dig. Lib. XII, Tit. 1, §. 22 et ll. ibi alleg. 4) Der scheinbarste Grund, welcher für die römische Theorie angeführt werden kann, liegt in der Schwierigkeit, welche mit Führung des Beweises: daß die Valuta nicht bezahlt worden, verbunden ist. Aber einestheils beweiset dieser Grund zu viel, weil man alsdann gar keine Probationem negativam zulassen müßte. Anderentheils aber ist dieselbe durch unsere Prozeßordnung, wenigstens größtentheils, gehoben; indem es nach dieser nicht darauf ankommt, wer den Beweis zu führen habe? sondern der Richter Veritatem facti ex officio auszumitteln angewiesen ist; und es daher, wenn der ganze Hergang und Zusammenhang der Sache vollständig untersucht wird, weit leichter, als ehemals sein muß, zu eruiren: ob Valuta wirklich gegeben, oder nicht. 5) Die übrigen sogenannten Billigkeitsgründe, die man zur Unterstützung des Römischen Satzes aus der Avaritia creditorum et Indigentia debitorum gewöhnlich herleiten will, sind offenbar aequitatis cerebrinae. Da nach den Gesetzen und der Praxis die Exceptio n. n p. ausgeschlossen wird, wenn ein besonderer Valuta-Schein gegeben und darin der Exception renunziirt worden, und wenn nach ausgestellter Obligation ein Anerkenntniß des Ausstellers auf irgend eine Art hinzugekommen ist, — Hellfeld §. 787, — so ist dem erfahrenen Manne nichts leichter, als der Exceptio n. n. p. auszuweichen. Die ganze Römische Theorie ist als eine Schlinge, welcher der Wucherer, wie die tägliche Erfahrung lehrt, ohne Mühe entwischt, und womit nur der gerade unbefangene Mann, der sich auf seinen Brief und Siegel verläßt, ohne von solchen, dieselben entkräftenden Subtilitäten etwas zu wissen, von einem arglistigen und betrügerischen Schuldner nur allzu leicht berückt werden kann. — Ich bemerke übrigens noch: α) daß die Vorschriften §§. 740, 741 ohne Zweifel mehr dazu beitragen werden, den Wucherer abzuschrecken und zurückzuhalten, als die Römische Lehre d. n. n. p., der sie, wie gedacht, so leicht ausweichen können; β) daß, wenn in den §§. 738 bis 739 die Exceptio n. n. p. in gewissem Maße bei-

§. 735. Der Einwand der nicht erhaltenen Valuta ist nicht nur gegen den ersten, sondern auch gegen jeden folgenden Inhaber in so weit zulässig, als überhaupt Einwendungen gegen den Cedenten auch dem Cessionario entgegengesetzt werden können[69]).

§. 736. Daß der Schuldschein auf Ordre gestellt worden, macht dabei keinen Unterschied[70]).

§. 737. Wie weit bei kaufmännischen auf Ordre gestellten Wechseln eine Ausnahme stattfinde, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit 8, Abschn. 8.)

§. 738. Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das gerichtliche Hypothekenbuch bestimmt, und darin wirklich eingetragen sind[71]), tritt die Vermuthung,

---

behalten worden, solches darin seinen Grund habe, weil bei eingetragenen Hypotheken der Kreditor nicht eher mit Sicherheit zahlen kann, als bis ihm der in vim recognitionis super facta intabulatione ausgefertigte Hypothekenschein vorgelegt worden; indem er erst dadurch die Gewißheit erhält, daß seine Forderung im Hypothekenbuche an dem Orte wirklich zu stehen komme, den er sich vorbedungen hat. Cf. die Hypothekenordn. de 1783, Tit. II. §§. 171—181." (Jahrb. Bd. XLI, S. 20.) S. die folg. Anm. 69.

69) Die Fassung dieses §. paßt eigentlich nicht zu der neuen Theorie (s. die vor. Anm.), denn von dem Einwande der nicht gezahlten Valuta kann nach dem jetzigen Rechtsstande nicht Rede sein. Der Rechtsstand ist der, daß der Schuldschein den Grund der Klage beweist, und daß der Beklagte, wenn er diesen Einwand macht, den Klagegrund (das Darlehn) bestreitet und den Gegenbeweis anzutreten hat. Weil es hier lediglich auf eine juristische Thatsache, nicht auf die juristische Form ankommt, so ist, völlig folgerecht, das Ableugnen des Klagegrundes nicht bedingt durch den Dolus des Cessionars. Vergl. §. 407 d. T. Nur bei eingetragenen Forderungen und gegen die Hypothekenklage wird das Vorbringen ausnahmsweise ein eigentlicher Rechtseinwand, d. h. ein selbstständiger, den Klagegrund aufhebender Rechtsgrund. Denn die Hypothekenklage ist begründet durch die Form der Eintragung; in sofern ist die Hypothekenforderung eine formelle, und der Einwand muß sich auf die gleiche Form gründen. §. 738 d. T. Mehr als diese Form, wegen der damit verbundenen Fiktion, ist nicht erforderlich zur Zulassung dieser Exception; ob der Kläger sie gekannt habe, ob nicht, ist unerheblich, er kann thatsächlich in gutem Glauben sein. Ist der Cessionar von der wahren Bewandtniß der Sache vorher in Kenntniß gesetzt worden, so steht dem Bekl. auch die doli exceptio zur Seite. Ang. von dem Obertr. in den Entsch. Bd. XVII, S. 276. (Meine Arbeit.)

70) Bezieht sich auf die bekannte Meinung mehrerer Neueren, daß, wenn Jemand einen Schuldschein, zahlbar an den genannten Inhaber „oder dessen Ordre", ausstelle, dem Cessionar Einwendungen aus dem Rechtsgeschäfte oder gegen die Person des ursprünglichen Inhabers nicht sollten entgegengesetzt werden dürfen.

71) Das bei wirklich eingetragenen Hypothekeninstrumenten stattfindende Verhältniß, wonach der Einwand der nicht erhaltenen Valuta einem Cessionar oder Pfandinhaber, der ein solches Instrument erst 38 Tage nach der Eintragung erworben hat, nicht entgegengesetzt werden darf, — findet auf solche Instrumente, welche bei noch nicht vollendetem Hypothekenwesen mit bloßen Rekognitionsatteſten versehen worden sind, keine Anwendung. Pr. des Obertr. 730, vom 30. Sept. 1839. Weil hier das Mittel fehlt, die Protestation für Jeden sichtbar zu machen. — (3. A.) Ob die im §. 738 bestimmte Ausnahme von der Regel in allen Landestheilen, in denen das Hypothekenwesen noch nicht vollendet ist, auf Schuldverschreibungen, welche mit bloßen Rekognitionsatteſten versehen worden sind, keine Anwendung finde, hat das Obertr. bei der Entscheidung eines Rechtsfalles aus dem Herzogthume Westphalen auf sich beruhen lassen. Für das Herzogthum Westphalen hat das Obertr. aber, auf Grund der dortigen Spezialgesetze (Pat. vom 21. Juni 1825, §§. 6—13; Verordn. vom 31. März 1834, §§. 4, 24, 25), die Frage bejaht. Erk. vom 31. Okt. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 114).

(5. A.) Die Ausnahme des §. 738 von der Regel (§§. 732, 733) setzt nur den auch nach der Hyp.-Ordn. §§. 175 ff., Tit. 2 vorgesehenen Fall voraus, daß ein Schuldner in gutem Glauben sich zum Empfange der Darlehns-Valuta bekannt und dafür Hypothek bestellt, nichtsdestoweniger aber Schuld- und Hypothekverschreibung nur in Erwartung des Valuten-Empfanges ausgestellt hat. Ein solcher redlicher Schuldner soll durch seine Protestation gegen ihm nachtheilige Disposition mit dem Instrument und gegen dessen Beweiskraft gesichert werden. Keinesfalls ist aber die Vorschrift im §. 738 mit ihren Konsequenzen auf den Fall auszudehnen, wo der Schuldner eines zur Eintragung bestimmten Instruments doloser Weise und gegen die Vorschrift im §. 240, I. 14 sich zum Empfange der Darlehns-Valuta bekannt, dies jedoch nur simulirt und Beides — Empfangsbekenntniß und Hypothekverschreibung — nur in der unredlichen Absicht erklärt hat, dem seinerseits fingirten Darlehnsgeber Kredit zu verschaffen und zu diesem Ende denselben in Stand zu setzen, sich durch Dispositionen über das ausgestellte und ihm ausgeantwortete Instrument — die gesuchten Geldmittel mit

daß Valuta nach dem Inhalte des Instrumentes wirklich gegeben worden, erst alsdann[72]) ein, wenn der Schuldner innerhalb Acht und Dreißig Tagen[73]), nach erfolgter Eintragung, keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken[74]) lassen.

---

Täuschung Dritter zu verschaffen. Für eine solche den betrüglichen Dolus begünstigende Ausdehnung des Gesetzes giebt die Fassung der §§. 738, 739 nicht den entferntesten Anhaltspunkt. — So führt das Obertr. aus in dem Erk. vom 12. April 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 75). Nach diesen Vordersätzen könnte man den Schlußsatz erwarten: der dolose Schuldverschreiber müsse folglich die simulirte Darlehns- und Hypothekenschuld dem redlichen Dritten (Cessionar oder Pfandnehmer) gegenüber gelten lassen. Darin würde man sich täuschen: das simulirte Aktivum wird durch den Dolus des Simulanten nicht existent und die Hypothek ist jedenfalls ungültig. M. s. unten die Anm. 77ª, Abs. 2 zu §. 739. Es kommt daher in dieser Beziehung auf guten oder bösen Glauben des Ausstellers gar nichts an. Das Obertr. will mit seiner Ausführung den Ausspruch begründen, daß der Simulant dem redlichen Cessionar des werthlosen Instruments, gemäß §. 210, I, 14, Entschädigung leisten müsse.

Die Bestimmung der §§. 738 und 739 erzeugt einen sonderbaren Rechtszustand. Nicht alle Schuldverschreibungen, in welchen Hypothek bestellt wird, werden eingetragen; man überläßt die Nachsuchung der Eintragung oft dem Gläubiger, dem man die Verschreibung aushändigt, und dieser läßt die Eintragung auf sich beruhen. Haben diese Schuldverschreibungen Beweiskraft, oder nicht? Und wenn sie vor der Eintragung beweiskräftig sind, verlieren sie durch die erst lange nach der Ausstellung ausgewirkte Eintragung die Beweiskraft wieder auf 38 Tage? Man muß zwischen der persönlichen Klage und zwischen der Hypothekarklage unterscheiden. Die durch den §. 838 gegebene exceptio n. n. p. bezieht sich nur auf die Hypothekarklage, folglich entsteht sie erst mit dieser zugleich durch die wenn auch noch so spät erfolgende Eintragung; gegen die condictio ex mutuo ist die Exception nicht zulässig; wird diese Personalklage gebraucht, so kommt lediglich der Grundsatz §. 733 in Verbindung mit dem §. 735 zur Anwendung. In Beziehung auf diesen persönlichen Anspruch bleibt es bei der Regel des §. 407 d. T. S. auch Entsch. des Obertr. Bd. XVIII, S. 200. — (3. A.) Das Obertr. hat einen anderen Ausweg gefunden und durch Pl.-Beschl. (Pr. 2489) v. 5. Dez. 1853 den Rechtssatz angenommen: „Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch zwar bestimmt, aber darin noch nicht wirklich eingetragen sind, tritt die Vermuthung, daß die Valuta nach Inhalt des Instruments wirklich gegeben worden sei, ebenfalls nicht ein." (J.M.Bl. 1854, S. 38 und Entsch. Bd. XXVI, S. 193). Darnach erhalten denn Schuldverschreibungen, worin eine Hypothek bestellt ist, niemals die allermindeste Beweiskraft, wenn sie nicht zur Eintragung gelangen. (4. A.) Die Vorschrift des §. 738 findet auch dann Anwendung, wenn ein zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmtes Schuldinstrument erst mehrere Jahre nach seiner Ausstellung wirklich eingetragen worden ist. Erk. des Obertr. v. 3. Juni 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 156).

72) Bis dahin beweist mithin das Instrument nichts; hier gilt ausnahmsweise der Röm. Grundsatz und die exc. n. n. p. in ihrer eigentlichen Bedeutung. Vergl. die Begründung von Suarez in der Anm. 68 und die Anm. 69. Allein dies beschränkt sich auf die Hypothekarklage. Vergl. die Anm. 70 und 71. Aber auch später beweist es dann nichts, wenn es der Gläubiger nicht ausgehändigt hat. S. o. die Anm. 66.

Der dem Hypothekengläubiger gegen die innerhalb 38 Tagen eingetragene Protestation des Schuldners obliegende Beweis, daß die Valuta nach dem Inhalte des zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldinstruments wirklich gegeben worden, kann durch ein von dem Schuldner später ausgestelltes besonderes Empfangsbekenntniß geführt werden. Pr. des Obertr. 1992, v. 25. Febr. 1848. (Entsch. Bd. XVI, S. 146.) — Auch durch schriftliche Anerkenntnisse aus der Zeit vor Ausstellung des förmlichen Hypothekeninstruments kann die wirklich erfolgte Zahlung der Darlehnssumme bewiesen werden. Pr. 2009ª vom 2. Mai 1848.

73) Wie in der Hyp.-Ordn. der §. 178, Tit. II bestimmt. Die §§. 425 u. 426, Tit. 20 hingegen bestimmen eine Frist von 4 Wochen. Man beschränkt jene 38tägige Frist auf die exc. n. n. p. bei Darlehen und bezieht die 4wöchentliche auf die Eintragung aller sonstigen Einwendungen.

(5. A.) Ob die Cession nach Ablauf der 38tägigen Frist ausgestellt ist, oder vorher, ist vollkommen gleichgültig. Nirgends bestimmt das Gesetz, daß der Verlust des Rechts, den Einwand zu erheben, dann nicht eintrete, wenn die Cession vor dem 38. Tage nach der Eintragung der Obligation geschehen, und daß dann der Schuldner zum Beweise des Einwandes verstattet werden könnte. Nicht bloß die bis zum Ablaufe der gesetzlichen Frist gehemmte Beweiskraft des Schuldinstruments tritt alsdann ein, wenn die Protestation nicht eingetragen ist, sondern es ist der Einwand überhaupt verloren. Erk. des Obertr. vom 12. März 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXII, S. 217).

74) Vermerken lassen. Soll die Beweiskraft des Hypothekeninstruments nach §. 738 aufgehoben werden, so muß innerhalb der 38 Tage nach Eintragung der Forderung auch die wirkliche Eintragung der Protestation erfolgen. Daß in jener Frist die Eintragung bei den Grund- und Hypo-

16 b. Gesetz, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung, vom 20. Dezember 1783. Vom 24. Mai 1853 (G.S. S. 521).

§. 49. Die Eintragung einer Protestation wegen nicht gezahlter Valuta eines Darlehns kann innerhalb 38 Tagen nach der Eintragung des Darlehns, auf den Antrag des Schuldners bei der Hypothekenbehörde, erfolgen, auch wenn die Einwendung nicht bescheinigt ist [74 a]).

Die Protestation ist jedoch mit dem Ablaufe von sechs Monaten auf den Antrag eines dabei Betheiligten [74 b]) wieder zu löschen [74 c]), wenn bis dahin eine Requisition des Prozeßrichters um deren Aufrechthaltung nicht eingeht [74 d]).

---

thekenakten bloß nachgesucht worden, kommt nicht in Betracht. Pr. des Obertr. 2009 b, vom 2. Mai 1848. Ebenso Erk. v. 22. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 277). Das Recht der Parteien hängt demnach nicht von ihrem eigenen Fleiße, sondern von der zufälligen Besorgung der Angelegenheit durch den Richter und den Büreaubeamten ab. Dies ist eine Folge der bestehenden Justizverfassung, nach welcher Alles von Aufsichts- und Autoritätswegen besorgt wird, ohne daß dafür ein Gewähr geleistet ist. Wird es versäumt, so trägt die Partei den Schaden, theils weil sie vielleicht kein Versehen beweisen kann, theils weil der betroffene, kärglich besoldete Beamte nichts hat. (3. A.) In Erwägung dieses Umstandes, daß nämlich der Schutz des Schuldners durch jenen Grundsatz von einem seiner Einwirkung ganz entzogenen Erfolge (Eintragung seiner Protestation) abhängig gemacht wird, hatte der IV. S. des Obertr. beschlossen, von dem gedachten Grundsatze (des III. S.) abzugehen; derselbe ist jedoch durch Pl.-Beschl. (Pr. 2681) v. 16. Febr. 1857 aufrecht erhalten. (J.M.Bl. S. 123. Entsch. Bd. XXXV, S. 1.)

(4. A.) Die rechtliche Wirkung der wegen nicht gezahlter Darlehnsvaluta im Hypothekenbuche eingetragenen Protestation kann durch die aus einem anderen Geschäfte dem Gläubiger gegen den protestirenden Darlehnsschuldner zustehende Forderung nicht aufgehoben werden. Erk. des Obertr. vom 8. Febr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 161). Dadurch würde die Forderung aus dem anderen Geschäfte in die eingetragene aber in Wahrheit nicht vorhandene Darlehns- und Hypothekenforderung verwandelt werden, und zwar ohne eine causa efficiens, was nicht gedacht werden kann.

Die vor Einführung der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 im Hypothekenbuche rechtzeitig erfolgte Eintragung der Protestation wegen nicht gezahlter Valuta sichert dem Protestirenden den Einwand der nicht empfangenen Valuta dergestalt für immer, daß diese Wirkung wider seinen Willen nur durch ein ihn zur Löschung verurtheilendes Judikat beseitigt werden kann. — Diese Wirkung wird auch durch die in Folge des §. 49 der gedachten Novelle auf einseitigen Antrag des Gläubigers erfolgte Löschung der Protestation nicht aufgehoben. Erk. des Obertr. v. 2. Juli 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 72).

(4. A.) Wird die eingetragene Protestation, wegen Ablaufs der Zeit (G. v. 24. Mai 1853 §. 49, Abs. 2), wieder gelöscht, so ist dadurch die Beweiskraft des Hypothekeninstruments in Beziehung auf das darin enthaltene Empfangsbekenntniß der Valuta (§. 732), welche in Gemäßheit des §. 738 aufgehoben war, wieder hergestellt, ohne Unterschied, ob der Cessionar die Forderung *nach* der Löschung der Protestation, oder schon *vor* jener Löschung erworben hat. Die Sache steht eben so, als wenn das Instrument noch in den Händen des ursprünglichen Gläubigers sich befände, für den dasselbe durch die Löschung der Protestation die volle Beweiskraft erlangt hat. Erk. des Obertr. vom 9. September 1861 (Entsch. Bd. XLVI. S. 81 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 303); auch Erk. vom 10. Okt. 1864 (Archiv Bd. LVI, S. 224).

Vergl. oben die Anm. 44 zu §. 412 d. T., Abs. 5.

(5. A.) Ist die richtig eingetragene Protestation wegen nicht erhaltener Valuta nach Verlauf von sechs Monaten ungelöscht im Hypothekenbuche stehen geblieben, so muß ihr, in Ermangelung einer Vorschrift, welche die Wirkungen derselben lediglich von dem Ablaufe einer sechsmonatlichen Frist und davon, daß während dieser Zeit eine Requisition des Prozeßrichters um Aufrechthaltung der Protestation nicht eingegangen ist, abhängig macht (vergl. §. 49, Alinea 2 des Gesetzes vom 24. Mai 1853), auch nach Verlauf von 6 Monaten dieselbe Kraft, wie vorher, beigelegt werden, d. h. sie suspendirt die Beweiskraft der eingetragenen Obligation, so lange sie ungelöscht bleibt. Erk. dess. vom 5. Oktober 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 40).

74 a) (5. A.) Aus dem Bescheid des J.M. vom 18. Juli 1835 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 146). Es macht keinen Unterschied, ob die Forderung noch in den Händen des ursprünglichen Gläubigers, oder bereits auf einen Dritten mit oder ohne Eintragung seines Rechts übergegangen ist. Vergl. oben die Anm. 73, Abs. 2.

74 b) (5. A.) Der Antrag des Gläubigers reicht zur Löschung aus, ohne daß es einer vorgängigen Verwarnung des Protestanten bedarf. Erk. des Obertr. vom 2. Juli 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXII. S. 73). Mit dieser Löschung hört die Protestation auf zu existiren und die ihr im §. 738 beigelegte Wirkung: zu verhindern, daß die im §. 732 begründete Vermuthung dafür, daß die Valuta nach Inhalt des Instrumentes wirklich gegeben worden sei, eintrete, fällt nun sowohl dem ursprüng-

§. 739. Nach Verlauf dieser Zeit aber entsteht nicht nur, zu Gunsten des ersten Inhabers, aus dem Instrumente die Vermuthung der wirklich gegebenen Valuta [75]), sondern es kann auch, wenn nach diesen Acht und Dreißig Tagen, und in der Zwischenzeit, wo keine Protestation eingetragen ist, das Instrument einem Dritten [76]) cedirt [76a]) oder verpfändet worden, der Schuldner sich des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen diesen Dritten gar nicht [77]) bedienen [77a]).

---

lichen Gläubiger, als dem Cessionar gegenüber, fort. Erk. dess. v. 10. Okt. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 225). Vergl. jedoch die folg. Anm. 74c.

74c) (5. A.) Eine neue zweckmäßige Bestimmung nach Analogie des §. 22 der V. vom 4. März 1834, nur daß hier ein Antrag abzuwarten ist. (Vergl. den Absatz 2 dieser Anm.) Früher konnte sich der Besitzer (Schuldner) nach §. 180 der Hyp.-Ordn. passiv verhalten, bis er einmal in Anspruch genommen wurde, und der Gläubiger mußte, um die vielleicht grundlose Protestation wegzuschaffen, auf deren Löschung klagen und zur Durchführung der Klage die Zahlung des Darlehns durch andere Mittel als das Instrument selbst beweisen. Nach der neuen Vorschrift ist der Schuldner genöthigt, mit seiner Klage auf die Rückgabe des Instrumentes und Löschung der Hypothek bald hervorzutreten und dabei den ausdrücklichen Antrag auf Erlaß der Requisition um Aufrechthaltung der Protestation anzubringen; denn eine bloße Anzeige oder die Klage ohne diesen besonderen Antrag genügt nicht. R. des J.M. vom 14. Juni 1840 (J.M.Bl. S. 224). — Da der §. 49 neues Recht einführt, so findet die Vorschrift zufolge der allgemeinen Rechtsregel im §. 14 der Einleitung zum A. L.R. nicht Anwendung auf schon vor Erscheinung des Gesetzes vom 24. Mai 1853 eingetragene Protestationen der in Rede stehenden Art. Daher behält eine rechtzeitig im Hypothekenbuche erfolgte Eintragung, wegen nicht empfangener Valuta einer Hypothek, ihre Wirkung, wenn sie auch in Folge der später erschienenen Vorschrift dieses §. 49 auf einseitigen Antrag des Gläubigers wieder gelöscht worden ist. Erk. dess. vom 2. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 322). Vergl. Erk. dess. vom 4. Mai 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 173).

74d) (5. A.) Eine Vorschrift, welche die Wirkungen der Protestation lediglich von dem Ablaufe einer sechsmonatlichen Frist und davon, daß während dieser Zeit eine Requisition des Prozeßrichters um Aufrechthaltung der Protestation nicht eingegangen ist, abhängig macht, fehlt. Wie es damit weiter zu halten, darüber s. m. die Anm. 74 a. E.

75) Der §. 739 bestimmt das Verhältniß des Hypothekarschuldners nach zwei Seiten: zum Darlehnsgeber und zu dessen Cessionar. Das Verhältniß zum Darlehnsgeber kommt erst nach Verlauf von 38 Tagen, wenn unterdeß keine Protestation eingetragen ist, bei diesen Schuldinstrumenten auf den Stand, welchen das obligatorische Verhältniß nach §. 733 einnimmt. Er kann zwar auch jetzt noch den Empfang der Valuta bestreiten, muß aber den Gegenbeweis führen. Im Verhältnisse zu dem Cessionar (einem Dritten) ist es anders. S. die Anm. 77.

(5. A.) Von dieser Vermuthung, daß Valuta nach dem Inhalte des Instrumentes wirklich gegeben worden, welche bei hypothekarisch eingetragenen Schuldinstrumenten erst nach Verlauf von 38 Tagen nach der Eintragung, insofern der Schuldner während dieser Zeit keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen, zu Gunsten des ersten Inhabers entsteht, gilt ganz dasselbe, was in den §§. 732 u. 733 d. T. generell vorgeschrieben worden, daß nämlich diese Vermuthung hinwegfällt, sobald bei der Instruktion der Sache sich findet, daß die Valuta ganz oder zum Theil wirklich nicht gegeben ist; und dieses hat stattgefunden, wenn der angebliche Gläubiger zugesteht, daß er vor Ausstellung der fraglichen Schuldverschreibung keine Valuta gezahlt habe. Erk. des Obertr. vom 10. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIV, S. 224).

76) Nämlich einem redlichen; gegen den unredlichen findet die exc. doli statt. S. die folg. Anm.

(4. A.) Wenn sich eine Hypothekenforderung auf die Erben des Gläubigers vererbt und bei der Theilung der Erbschaft dem Einen der Miterben überwiesen, demnächst aber von diesem einem anderen Miterben cedirt wird, so ist dieser Cessionar, wegen seiner Miterbenqualität, nicht als ein Dritter hinsichtlich des dem Schuldner zustehenden Einwandes nicht erhaltener Valuta anzusehen; er ist in dieser Beziehung mit seinem Erblasser Eine Person. Vergl. das Erk. des Obertr. vom 20. Januar 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 145).

76a) (3. A.) Dieser Grundsatz findet auch Anwendung, wenn dem Exekutionssucher eine hypothekarische Forderung des Exequendus auf Grund des §. 6 des Gesetzes vom 4. Juli 1822 durch richterliche Verfügung überwiesen worden ist. Pl.-Beschl. des Obertr. v. 7. Mai 1855 (J.M.Bl. S. 166 und Entsch. Bd. XXX, S. 408). Ganz folgerichtig. Dadurch ist das ältere, den entgegengesetzten Grundsatz aussprechende Pr. 705, vom 3. Juni 1839, reprobirt.

77) Gar nicht, d. h. der Einwand ist an sich unzulässig, es ist nicht so wie gegen den Darlehnsgeber, daß dem Schuldner nur der Gegenbeweis obläge. Hierbei ist aber zu beachten, daß diese Bestimmung nur von der eigentlichen exc. n. n. p. gilt, bei welcher nach der Gemüthsbeschaffenheit des Cessionars nicht gefragt wird, daß sie sich aber nicht auf den Fall der exc. doli bezieht, wo näm-

§. 740. Wer sich einen Schuldschein ausstellen läßt, und die Valuta darauf ganz oder zum Theil nicht bezahlt; gleichwohl aber die verschriebene Summe gerichtlich ausklagt, oder einem Andern cedirt, der soll als ein Betrüger bestraft werden.

§. 741. Ein Gleiches findet statt, wenn der Inhaber des Schuldscheins die Valuta ganz oder zum Theil zurück erhalten hat, und gleichwohl denselben auf den vollen Betrag einklagt, oder einem Andern cedirt[78]).

§. 742. Hat Jemand über eine Forderung, die er aus einem andern Grunde zu machen hatte, sich einen Schuldschein ausstellen, und darin die Valuta, als baar gegeben, verschreiben lassen, so finden die unten §§. 866, 867, 868 ertheilten Vorschriften Anwendung[79]).

§. 743. Wer seine Unterschrift fälschlich leugnet, verliert alle Einwendungen, die ihm sonst gegen die Schuldforderung noch zugestanden hätten[80]).

§. 744. Hat der Aussteller sich dieser Ableugnung gegen den ersten Inhaber des Instruments schuldig gemacht; und es findet sich gleichwohl, daß dieser die verschriebene Valuta ganz oder zum Theil nicht gegeben habe; so tritt Fiskus an seine Stelle,

---

lich dem Dritten, vor der Erwerbung des Instrumentes, die Bewandtniß der Sache entweder besonders kund gegeben worden ist — §. 53 des Anh. z. A. L.R. und §. 423, Tit. 20, — oder die Wissenschaft desselben, wegen der Eintragung im Hypothekenbuche, vor dem Uebergange an einen Dritten, fingirt wird. §. 19, Tit. 4, und §§. 424—426, Tit. 20. S. auch die Entscheidungsgründe zu dem Pr. des Obertr. vom 20. Februar 1849: „Dem Cessionar einer eingetragenen Darlehnsforderung, auf welche keine Valuta gezahlt worden, kann der Schuldner den Einwand, daß er demselben den Mangel vorher kund gethan hat, mit Erfolg entgegensetzen, auch wenn er nicht den Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen." (Entsch. Bd. XVII, S. 270.) Vergl. Erk. dess. v. 22. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 277). Es versteht sich von selbst, daß Alles, was aus dem Inhalte des Instruments zu ersehen ist, für und gegen den dritten Erwerber ebendieselbe Wirkung hat, als wenn es eingetragen wäre; er erhält es unmittelbar kund gethan. Der Unterschied zwischen der exc. n. n. p. und der exc. doli liegt in der Beweislast. Ist die Eintragung der ersteren innerhalb der 38tägigen Frist erfolgt, so muß sowohl der ursprüngliche Darlehnsgeber als der dritte, wenn thatsächlich auch redliche, Erwerber die bestrittene Zahlung der Valuta erweisen; ist die Eintragung später, aber noch vor dem Uebergange auf einen Dritten geschehen, oder ist die Bewandtniß der Sache dem Dritten auf irgend eine andere Weise vor der Erwerbung bekannt gegeben: so muß der Schuldner den Grund der exc. doli beweisen. Dieser Beweis ist zusammengesetzt aus dem Beweise: daß nicht gezahlt worden (Gegenbeweis gegen den Inhalt des Instruments), und aus dem: daß und wie dem Dritten solches vor der Erwerbung kund gegeben worden. War die verspätete Eintragung vor der Erwerbung geschehen, so ist über das zweite Thema kein Beweis erforderlich, es ist gleichgültig: ob der Cessionar den Vermerk thatsächlich gekannt hat, ob nicht; seine Wissenschaft wird fingirt. Vergl. noch ein Schreiben des J.M. vom 18. Juli 1835, welches gleichfalls die §§. 738 und 739 auf die exc. n. n. p. bei dem Darlehn beschränken will. (Jahrb. Bd. XLVI. S. 149.)

77a) (4. A.) Die §§. 738, 739 werden durch den Art. 295 des H.G.B. nicht berührt. Einf.-Ges. vom 24. Juni 1861, Art. 26 (Th. II, Tit. 8).

(5. A.) Liegt der Fall so, daß der Schuldner sich des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen den Dritten bedienen kann, was auch durch Klage auf Nichtigkeitserklärung und Löschung der Hypothek durchführbar ist; so kann der Cessionar, welcher die ihm cedirte, über ein Darlehn lautende Schuld- und Hypothekverschreibung eintragen läßt, dem angeblichen Darlehnsempfänger nicht die Replik entgegensetzen, daß die Schuld- und Hypothekverschreibung ausgestellt sei, um dem Cedenten Geld oder Kredit zu verschaffen, und daß er dem entsprechend Cessionsvaluta gezahlt habe. Denn wenn keine Valuta gezahlt worden, so ist eine Darlehnsforderung nicht zur Existenz gekommen, der Cessionar des noch nicht eingetragenen Schuldscheins hat sich also ein Forderungsrecht cediren lassen, welches nicht vorhanden war. Erk. des Obertr. vom 13. Juni 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LV, S. 1).

78) Ueber die Absicht bei den §§. 740 u. 741 s. die Aeußerung Suarez' o. in der Anm. 58 zu §. 734 d. T.

79) Diese Vorschrift ist nicht auf den Fall zu beziehen, wo der Schuldner auf seine gerichtliche Schuld- und Hypothekverschreibung über ein Darlehn kein baares Geld mehr empfängt, sondern einen älteren Schuldschein über ein baares Darlehn zurückerhält. Hier hat der Gläubiger die Forderung nicht „aus einem anderen Grund zu machen", sondern er erhält über ebendieselbe Forderung einen neuen Schuldschein.

80) Vergl. Proz.-Ordn. Tit. 23, §. 52, Nr. 1.

und zieht dasjenige ein, was der Aussteller wegen der ungegründeten Ableugnung seiner Unterschrift bezahlen muß; der Inhaber hingegen, weil er es wirklich nicht gegeben hat, nicht gewinnen kann.

§. 745. Ist die Ableugnung gegen einen dritten redlichen Inhaber des Schuldscheins geschehen, so muß zwar der Aussteller diesem nach §. 743 vollständige Zahlung leisten.

§. 746. Wenn aber ausgemittelt werden kann, daß der erste Inhaber die Valuta ganz oder zum Theil wirklich nicht gegeben habe, so entreißt[81]) Fiskus demselben dasjenige, was er, über den Betrag der gegebenen Valuta, von seinem Cessionario für die Abtretung des Schuldscheins erhalten hat.

§. 747. Wer zwar nicht seine Unterschrift, wohl aber, wider besseres Wissen, den Empfang der Valuta vor Gericht ganz oder zum Theil ableugnet, der wird mit den in der Prozeßordnung vorgeschriebenen Strafen des frevelhaften Leugnens bestraft.

§. 748. Fällt weg[82]).

Von Darlehnen auf Wechsel.

§. 749. Eben daselbst[82a]) ist bestimmt, welche Personen sich wechselmäßig verpflichten können.

§. 750. Fällt weg[83]).

Anh. §. 25. Fällt weg[83a]).

§. 751. Auch genießen Schuldscheine dieser Art[84]), gleich wirklichen Wechseln, das in der Konkursordnung bestimmte Vorzugsrecht[84a]).

Dauer der Beweiskraft eines Schuldinstruments.

§. 752. Zum Vortheile des Ausstellers selbst erlöscht die Beweiskraft eines Schuldinstruments durch Verjährung nur mit der Schuld zugleich.

§. 753. Zum Vortheile des Erben[85]) des Ausstellers hingegen erlöscht diese

---

81) Ein unangenehm berührendes Bild, das Entreißen; man sieht gleichsam die Gewalthandlung und die Gegenwehr. Warum kann die in dem vorhergehenden §. 744 für den gleichen Fall der Konfiskation angewendete juristische Sprache hier nicht beibehalten werden?

82) Der Wortlaut ist: „Was wegen des Einwandes der nicht gezahlten Valuta bei Wechseln Rechtens sei, ist gehörigen Orts vorgeschrieben. (Th. II, Tit. 8, Abschn. 8.)"

82a) Nämlich Th. II, Tit. 8, Abschn. 8, an dessen Stelle die A. D.W.O. tritt.

83) Der exekutivische Prozeß, welchen hiernach Schuldscheine in Wechselform, ausgestellt von nicht wechselfähigen Personen, begründen sollten, ist aufgehoben.

83a) (3. A.) Darnach sollte es einer vorhergegangenen Anerkennung der Unterschrift zur Begründung des exekutivischen Prozesses nicht bedürfen.

84) D. h. in Wechselform ausgestellt von nicht wechselfähigen Personen. Auch dieser §. ist eigentlich obsolet. (3. A.) Er ist es nun in der That. S. die folgende Anm. 84a.

84a) Die Konkursordnung, welche hier gemeint ist, ist der Tit. 50 der Pr.-O., wo im §. 471 den Wechselforderungen das Vorzugsrecht der VI. Klasse eingeräumt ist. Diese Konkursordnung ist aufgehoben und die an ihre Stelle getretene neue Konkursordnung v. 8. Mai 1855 giebt den Wechseln und den wechselförmigen Schuldscheinen kein Vorrecht.

85) Suarez rechtfertigt diese singuläre Vorschrift in den Vorträgen über die Schlußrevision des Gesetzbuches so: „Diese Präsumtion ist zwar neu, aber nicht gegen das bisherige Recht. Wenn ein Erbe erst nach Verlauf von 10 Jahren aus einem Schuldinstrumente des Erblassers belangt wird, so ist es höchst wahrscheinlich, daß die Schuld bei der Lebenszeit des Erblassers schon abgethan worden, und nur das Instrument ex incuria desselben in den Händen des creditoris geblieben sei; denn es läßt sich kaum denken, daß Jemand 10 Jahre nach dem Tode seines Schuldners werde verstreichen lassen, ohne sich seiner Bezahlung wegen zu melden. Es ist also billig, daß die Gesetze dem Erben zu Hülfe kommen, der eben dieses langen Zeitverlustes wegen desto weniger im Stande ist, die Umstände und Beweismittel, wodurch der eigentliche Zusammenhang der Sache und die Abmachung der Schuld ins Licht gesetzt werden könnten, auszumitteln und herbeizuschaffen; wohingegen der Kreditor weit leichter nachweisen kann, daß die Schuld noch existire, und wodurch er abgehalten worden, sich früher zu melden. Uebrigens ist von einer bloßen Präsumtion die Rede, welche stets der Wahrheit weichen muß, und höchstens irgend einem nachläßigen und sorglosen Menschen präjudiziren kann." Jahrb. Bd. XLI, S. 22.

Die Verordnung veranlaßt mancherlei Zweifel. Nach dem Wortlaute kommt sie nur den Erben zu Statten, nicht also z. B. einer nachgebliebenen Wittwe, welche mit dem verstorbenen Aussteller in der ehelichen Gütergemeinschaft gelebt hat. Ist das richtig, so nutzt das Privilegium auch den Er-

Beweiskraft[86]) durch eine zehnjährige Präscription[87]) vom Todestage des Erblassers.

§. 754. Ist im Instrumente ein Zahlungstermin bestimmt, und dieser erst nach dem Tode des Erblassers abgelaufen, so nimmt diese Verjährung (§. 753) erst vom Verfalltage ihren Anfang.

---

ben neben der Wittwe nichts. Denn gesetzt, der Kläger würde gegen die Erben abgewiesen, so würde es ihnen nichts helfen, da die Wittwe das Obligatorium des Mannes, welcher die Gütergemeinschaft zu verpflichten befugt war, nach wie vor dessen Tode gegen sich gelten lassen muß, und wenn der Gläubiger gegen sie obsiegte, aus der Gütergemeinschaft das Ganze bezahlen müßte, dagegen aber bei der Auseinandersetzung berechtigt sein würde, das Bezahlte als Ausgabe abzurechnen und dadurch den Erben ihren Antheil abzuziehen, weil die Erben eines Gemeinschafters, dem anderen Gemeinschafter oder Gesellschafter gegenüber, lediglich ihren Erblasser in diesem Verhältnisse vorstellen und von jener Verjährung gegen die Theilungsklage nicht Gebrauch machen können. Ein mir vorgekommener Rechtsfall v. J. 1829, Arndt w. Kling, ist von dem ehemaligen O.L.G. zu Marienwerder nach diesen Grundsätzen entschieden worden. Ob in dem vorausgesetzten Falle die Wittwe den Schuldschein mit unterschrieben hat, ob nicht, macht keinen Unterschied, denn die Ehefrau wird, in Beziehung auf das gütergemeinschaftliche Vermögen, von dem Manne, wie ein Geschäftsherr durch den Disponenten, verbindlich gemacht, folglich muß sie, aus diesem Grunde, auch dessen Schuldschein als Beweis gegen sich gelten lassen. Pr.-O., Tit. 10, §. 138. Vergl. jedoch das folg. Pr. 924.

Die Vorschrift dieses §. findet auch dann Anwendung, wenn das Schuldinstrument von zwei oder mehreren Mitverpflichteten gemeinschaftlich ausgestellt, und die Beweiskraft der Urkunde nur zum Vortheile der in Anspruch genommenen Erben des Einen Ausstellers durch die zehnjährige Präskription erloschen ist, nicht aber in Bezug auf die außer Anspruch gelassenen Erben des mitverpflichteten Ausstellers. Der von der Verjährung des Rechts handelnde §. 576, Tit. 9, wonach einer unter mehreren Mitverpflichteten, deren Verbindlichkeit aus einem und eben demselben Rechte entspringt, bloß um deswillen, weil das Recht gegen ihn nicht ausgeübt worden, sich mit der Verjährung nicht schützen kann, — findet keine Anwendung auf die, gemäß §. 753 den resp. Erben mehrerer Aussteller eines Schuldinstruments, nach Verlauf von 10 Jahren nach dem Todestage ihrer resp. Erblasser, zu Statten kommende Präskription der Beweiskraft des Schuldinstruments. Pr. des Obertr. 924, vom 3. Oktober 1840. — Wie in solchem Falle der Grundsatz §. 445, Tit. 5, betreffs der Ausgleichung der Korrealverpflichteten unter sich angewendet werden soll, ist unklar. Hat er Geltung, so hilft die Verordnung des §. 753 den Erben in der Wirklichkeit nichts; soll er nicht gelten, so geschieht den Korrealschuldnern, welche die noch bestehende Schuld bezahlen müssen, und die Negative, deren Beweis der §. 755 dem Gläubiger aufbürdet, nicht beweisen können, offenbares Unrecht. Die Satzung paßt nicht auf das landrechtliche Korrealschuldverhältniß; es kommt dabei in dem zweiten Falle ein Anderer zum Leiden als der, welcher nach der Absicht der Verordnung getroffen werden soll. S. o. die Aeußerung Suarez' a. E. Man muß zur Beseitigung der Schwierigkeiten noch einen Schritt weiter gehen und den Grundsatz des §. 640, Tit. 9 analogisch anwenden.

86) Die hiernach zum Vortheile des Erben des Ausstellers mit dem Ablaufe von 10 Jahren seit dem Tode desselben erlöschende Beweiskraft eines von ihm ausgestellten Schuldscheins wird durch ein innerhalb jener 10 Jahre von Seiten der Erben erfolgtes Anerkenntniß der Schuld an sich nicht aufrecht erhalten; wohl aber kann in einem solchen Anerkenntnisse nach Umständen ein selbstständiger Beweis für die Richtigkeit und die Existenz der Schuld gefunden werden. Pr. des Obertr. 2004, vom 24. Januar und 3. März 1848. Soweit der Schuldschein bloßes Beweismittel ist, läßt sich gegen den Satz nichts sagen; soweit er aber Form eines Konsensualkontrakts, z. B. über Zinsenverbindlichkeit ist, kann er nicht anerkannt werden; es ist mit dem Schuldscheine wie mit den Handlungsbüchern. Doch spricht das Pr. auch nur von der erlöschenden Beweiskraft des Schuldscheins.

87) Die 10jährige Präskription der Beweiskraft von Schuldbekenntnissen, zu Gunsten der Erben des Ausstellers, beschränkt sich lediglich auf Darlehen. Auf Schuldbekenntnisse aus Vergleichen und gegenseitigen Berechnungen findet dieselbe keine Anwendung. Pr. des Obertr. 1879, v. 27. Mai 1847. (Entsch. Bd. XV, S. 172.) (4. A. Die Vorschrift findet auch auf Hypothekeninstrumente keine Anwendung, wohl aber ist sie anwendbar auf die unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts ausgestellten Obligationen, in welchen eine Generalhypothek bestellt ist. Erk. des Obertr. v. 14. September 1852, Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 1.) Aber der Grund des Gesetzes (s. Suarez o. in der Anm. 85) paßt auf alle Schulden. — Uebrigens wird die Frist zum Gebrauche dieses Beweismittels nach meiner Meinung uneigentlich eine Präskription genannt; sie ist keine eigentliche Verjährung, deshalb kommen die den Anfang der Verjährung hindernden Ursachen hier nicht in Betracht. (3. A.) Das hat auch das Obertr. nach seinem Pr. 2476, v. 21. Septbr. 1853 anerkannt, welches lautet: „Die Bestimmung des Gesetzes, „„daß die Beweiskraft eines Schuldinstruments durch zehnjährige Präskription vom Todestage des Erblassers erlischt,"" enthält keine Verjährungsfrist, und steht also auch Minorennen entgegen." (Entsch. Bd. XXVI, S. 263.) — (4. A.) In Handelssachen ist die Beweiskraft eines Schuldscheins an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden. H.G.B. Art. 295.

§. 755. Diese zehnjährige Präscription hat jedoch nur die Wirkung, daß die Richtigkeit der Schuld durch das Instrument[88]) nicht mehr begründet wird, sondern der Kläger auf andere Art nachweisen muß: daß die Schuld vom Anfange an existirt habe, und[89]) während der Lebenszeit des Erblassers[90]) nicht getilgt worden sei.

Zeit der Rückzahlung.

§. 756. Welche Wirkung es habe, wenn die Schuld selbst durch Nichtgebrauch verjährt, ist gehörigen Orts bestimmt. (Tit. 9, §. 568 sqq.)

§. 757. Aus dem Darlehnskontrakte wird der Schuldner verpflichtet, die erhaltene Summe zur bestimmten Zeit zurückzuzahlen.

§. 758. Vor Ablauf dieser Zeit kann er dem Gläubiger die Zahlung, auch unter dem Vorwande veränderter Umstände, nicht aufdringen[91]).

§. 759. Dem Gläubiger hingegen steht frei, vor Ablauf der bestimmten Frist, auf Zahlung oder Sicherstellung anzutragen, wenn der Schuldner, anderer Schulden halber, ausgepfändet, oder in Verhaft[92]) genommen worden.

§. 760. Ein Gleiches findet statt, wenn der Schuldner, um seinen Gläubigern zu entgehen, flüchtig geworden ist, oder aus andern Ursachen seinen bisher in Königlichen Landen gehabten Wohnsitz gänzlich aufgeben will.

Von Aufkündigungen.

§. 761. Ist keine Zeit zur Rückzahlung gültiger Weise bestimmt[93]), so steht beiden Theilen eine dreimonatliche Aufkündigung frei[94]).

---

88) Die Vorschrift dieses §. findet auch Anwendung, wenn das Instrument beglaubigt oder gerichtlich aufgenommen ist. Pr. 349, vom 14. Oktober 1837.

89) Diese Abnormität sucht die Praxis zu mildern. Das Obertr. hat den Grundsatz angenommen: „Der hier verlangte Beweis: „„daß die Schuld während der Lebenszeit des Erblassers nicht getilgt worden sei,““ kann auch in dieser Allgemeinheit durch Eidesdelation geführt werden. — Ein Konflikt dieser Ansicht mit dem Pr. 1521 zu §§. 568, 569, Tit. 9 — cfr. Entsch. Bd. X, S. 107 ff. — ist nicht gefunden worden.“ Pr. 1835, vom 14. Dezbr. 1846. S. o. in der Anm. zu §. 569, Tit. 9. Auf den Grund gesehen ist ein Konflikt jedoch nicht zu verkennen. — Uebrigens kann man den Folgen dieser abnormen Bestimmung durch Unterdrückung des Schuldscheins entgehen, man müßte denn noch weiter gehen und den Einwand des Daseins eines Schuldscheins geben.

90) Nämlich des ursprünglichen Ausstellers. Die Bestimmung ist also nicht auf Erbeserben in der Weise anwendbar, daß der Gläubiger zu beweisen hätte, die Schuld sei auch nicht von dem Erben des Ausstellers, dem jetzigen Erblasser der Beklagten getilgt worden. Vergl. den Rechtsspruch des Obertr. v. 7. Jan. 1848. (Rechtsf. Bd. III, S. 266.) (4. A.) Auch kann der Beweis der Negative, daß die Schuld während der Lebenszeit des Erblassers nicht getilgt worden sei, nicht gefordert werden, wenn darunter der Aussteller verstanden wird, und der Zahlungstermin nach dessen Tode eingetreten ist. In diesem Falle muß unter dem „Erblasser“ der Erbe des Ausstellers verstanden und der Fall gedacht werden, daß dessen Erben belangt werden.

91) Das A. L.R. geht von der Ansicht aus, daß die Zahlzeit in allen Fällen im Interesse beider Theile bestimmt sei, wie dieses bei verzinslichen Darlehen gewöhnlich der Fall zu sein pflegt. Bei unverzinslichen trifft es selten zu. Eine Ausnahme gilt bei Legaten. Tit. 12, §. 330. Vergl. auch u. die Anm. 93.

92) Nämlich wegen Schulden, nicht wegen strafrechtlicher Verfolgung; denn es ist hier eben von der Zahlungsunfähigkeit Rede. Es kann sein, daß ein strafrechtlicher Verhaft zum Vermögensverfalle führt; dann ist dieser der Grund zur vorzeitigen Zahlungseinforderung. Uebrigens soll der Grundsatz, wegen Gleichheit des Grundes, nicht bloß vom Darlehn, sondern vom Kreditiren überhaupt gelten. — Die Bestimmung bezieht sich selbstverständlich nicht auf bereits sicher gestellte Forderungen; von solchen ist u. Tit. 20, §§. 22, 23 gehandelt.

93) Es ist eine solche Zeitbestimmung, wenn ausbedungen worden, daß das Kapital bei eintretender Zögerung in Zahlung der Zinsen fällig sein solle, aber eine Zeitbestimmung nur zu Gunsten des Gläubigers, von welcher er nach Gefallen Gebrauch machen kann, auch nicht. Der Schuldner kann sich darauf nicht berufen, schon deshalb, weil Niemand durch Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit ein Recht erwerben kann. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 6. April 1847. (Rechtsf. Bd. I. S. 66.)

94) Ueber die Verjährbarkeit der auf Kündigung stehenden Forderungen und über die Bedeutung der Loskündigung s. oben, Anm. 56 zu §. 545, Tit. 9. — (3. A.) Ueber die Frage: von welchem Zeitpunkte die Kündigungsfrist zu rechnen: unten §. 765 und die Anm. 95a dazu.

(3. A.) Wird die Kündbarkeit vertragsmäßig ausgeschlossen, so geht das Geschäft in einen Rentenkauf über (§§. 329, 330 d. T.) Es ist jedoch, nach dem Ablös.-G. v. 2. März 1850, §. 92,

§. 762. Beträgt aber das Darlehn nur Funfzig Thaler oder weniger, so findet eine vierwöchentliche Aufkündigung statt.

§. 763. Unter welchen Umständen der Schuldner auf eine Verlängerung der bedungenen oder gesetzmäßigen Zahlungsfrist antragen könne, ist in der Prozeßordnung[94a]) bestimmt.

§. 764. Die Kündigung kann zwar gültiger Weise auch außergerichtlich und bloß mündlich geschehen[95]).

§. 765. Kann aber der Gläubiger nicht nachweisen, daß die außergerichtliche Kündigung dem Schuldner wirklich zugekommen sei, so läuft die Zahlungsfrist erst von der Zeit an[95a]), wo Letzterem die gerichtliche Kündigung[96]) behändigt worden.

---

nicht erlaubt, die Kündigung auf unbestimmte Zeit oder auf längere Zeit als 30 Jahre auszuschließen (G.S. S. 77). (5. A.) Die Kündigung, die sonst jedem Theile zu jeder beliebigen Zeit freisteht, kann auch bedingt ausgeschlossen werden, entweder zu Gunsten beider Theile, oder nur zu Gunsten des Einen Theils. Eine Verabredung z. B., daß dem Darleiher (Gläubiger) die Kündigung nicht freistehen solle, so lange der Schuldner die Zinsen prompt bezahle, ist eine Beschränkung der rechtlichen Befugniß des Gläubigers zu Gunsten des Schuldners. Sobald einmal Mora des Schuldners eingetreten ist, hat die Beschränkung der ursprünglichen Befugniß des Gläubigers aufgehört, so, als wenn darüber niemals etwas verabredet worden wäre: die Kündigungsbefugniß ist nunmehr wieder in die freie Willkür des Gläubigers gestellt, wie sie immer auch in der Willkür des Schuldners bisher gestanden hatte. Es ist aber doch behauptet worden, der Gläubiger müsse sofort kündigen, widrigenfalls und wenn er später die Zinszahlung ohne Vorbehalt annehme, er nicht mehr kündigen könne. Es lohnt nicht, hierauf zu antworten, es ist auch kein zutreffender Grund für die Behauptung angegeben und die Bezugnahme auf die Wirkung einer ähnlichen Nebenabrede bei dem Miethsvertrage, daß der Vermiether den Kontrakt vor der Zeit solle aufheben dürfen, wenn die Miethe nicht prompt bezahlt werde, welche zur Folge habe, daß der Vermiether solches nicht mehr könne, nachdem er später die Zahlung ohne Vorbehalt angenommen habe, wird von dem Obertribunal zutreffend mit der Bemerkung abgewiesen, daß zwischen beiden Fällen keine Analogie stattfinde, weil der Vermiether durch vorbehaltlose Annahme der Miethe erkläre, daß er von der Befugniß, von dem zweiseitigen Vertrag vor der Zeit zurückzutreten, nicht Gebrauch machen, sondern seinerseits mit der Erfüllung des Kontrakts fortfahren wolle. Mit der einseitigen bedingten Verzichtleistung auf die bürgerliche Freiheit zur Kündigung eines Darlehns verhält es sich anders, hier ist von einem zweiseitigen, eine bestimmte Zeit hindurch dauernden Rechtsgeschäfte nichts vorhanden. Auffällig sind nur die Gründe, aus welchen der Appellationsrichter und das Obertr. die spätere Kündigung für zulässig erklären. Der Erstere setzt den Verlust der Kündigungsbeschränkung in die Kategorie der Konventionalstrafen, die, einmal verwirkt, entrichtet werden müßten. Das Tribunal sagt: die nichtprompte Zinszahlung wirkt hier als Resolutivbedinguug für die Beschränkung der Kündbarkeit; einmal eingetreten hebt sie die letztere auf. Erk. vom 7. November 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 13). Das ist wahr. Aber überzeugend würde es sein, wenn wir erfahren hätten, mit welcher Art von Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung, die ja erst durch Beifügung einer Bedingung eine bedingte geworden, doch auch unbedingt sein könnte, man es zu thun hätte. Das sagt keiner. Die in Rede stehende Abrede gehört indeß zu derjenigen Klasse von Nebenbestimmungen, welche die Rechtssprache Geschäftsklauseln (clausulae) nennt: sie ist eine Aufhebungsklausel (clausula cassatoria), die immer auf eine Bedingung als Voraussetzung gestellt ist und nach eingetretener Voraussetzung zu jeder Zeit geltend gemacht werden kann.

(4. A.) Ueber die Wirksamkeit der Kündigung gegen den Singularsuccessor bei Realforderungen s. Recht der Ford. Bd. III, §. 253 a. E. und Erk. des Obertr. vom 24. September 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 149), wonach der Dritte, wenn er auch die Kündigung nicht erfahren hat, dieselbe gegen sich gelten lassen muß; er mag sich wegen der Nachtheile an seinen Autor, der ihm die Kündigung verschwiegen hat, halten.

94a) Tit. 47 u. Tit. 23, §. 95, jetzt Konkursordnung §§. 421 ff.

95) Auch eine außergerichtliche Kündigung kann Einem von mehreren Vormündern, resp. Kuratoren und Vorstehern, mit rechtlicher Wirkung geschehen. Pr. des Obertr. 697, v. 5. Juli 1839.

(4. A.) Die Erklärung, kompensiren zu wollen, ist für eine Kündigung der Forderung nicht zu erachten. Erk. des Obertr. v. 24. September 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 332).

95a) (3. A.) Hierdurch ist eine gemeinrechtliche Meinungsverschiedenheit beseitigt. Die Meinung der Meisten war, daß die Aufkündigungsfrist erst vom Ablaufe des Jahres an zu rechnen sei, weil, wenn eine einjährige Verzinsung ausbedungen sei, die Geldmiethe immer wieder auf ein ganzes Jahr gelte. Daher kommt die in den Schuldverschreibungen bisweilen noch jetzt erscheinende, obwohl nach dem A. L.R. unnöthige Verabredung, daß die Kündigung jederzeit freistehen solle. Nach einer

§. 766. Ist im Vertrage gerichtliche Kündigung vorbedungen, und über die Kosten derselben nichts verabredet, so müssen diese von beiden Theilen zur Hälfte getragen werden.

§. 767. Außer diesem Falle muß der gerichtlich kündigende Theil die Kosten allein tragen.

§. 768. Wird aber die Annahme der gerichtlichen oder außergerichtlichen Kündigung verweigert, und diese Verweigerung in der Folge ungegründet befunden, so fallen dem Weigernden auch die Kündigungskosten zur Last.

Ort der Rückzahlung.

§. 769. Der Regel nach ist der Schuldner verpflichtet, die Rückzahlung kostenfrei an dem Orte, wo der Gläubiger zur Zeit des geschlossenen Vertrags seinen Wohnsitz gehabt hat[96a]), zu leisten.

§. 770. Wohnt der Schuldner an einem andern Orte, und müssen also die Gelder versendet werden, so trägt der Schuldner die Gefahr so lange, bis dieselben in dem Hause des Gläubigers gehörig[97]) abgegeben sind.

§. 771. Eine Ausnahme hiervon findet statt, wenn der Gläubiger die Art der Versendung selbst vorgeschrieben hat[98]).

§. 772. Verlegt der Gläubiger seinen Wohnsitz von dem Orte, wo er zur Zeit des geschlossenen Vertrags gewohnt hat, so muß er an diesem Orte einen Bevollmächtigten zum Empfange des Geldes bestellen, und denselben dem Schuldner anzeigen.

§. 773. Geschieht dieses nicht, so kann[98a]) der Schuldner das Geld dem Gläubiger mit der Post auf dessen Gefahr und Kosten zusenden[99]), und dasselbe gerichtlich niederlegen[100]).

§. 774. Bei eingetragenen Schuldinstrumenten hat der Schuldner in dem Falle des §. 772 die Wahl: ob er an dem vorigen Wohnorte des Gläubigers, oder da, wo das Hypothekenbuch sich befindet, die Rückzahlung leisten wolle[1]).

---

anderen Meinung, welche namentlich von Wernher, Obs. Tom. II, P. IX, obs. 37 vertreten wird, soll die Frist vom Tage der geschehenen Aufkündigung an gerechnet werden. Dies ist durch unseren §. 765 als Rechtsgrundsatz festgestellt. Uebrigens hat die Lehre von der Aufkündigung der Kapitalien darum manches Folgewidrige, weil das Institut der Loskündigung auf einfache persönliche Geldleihen angewendet wird, für welche dasselbe nicht eingeführt worden ist. S. o. Anm. 56 zu §. 545, Tit. 9.

96) Soll heißen: die Klage. Denn wenn dem Kläger der Beweis der außergerichtlichen Kündigung mißlingt, so ist er darum nicht in der Hauptsache sachfällig, sondern ihm bleibt nur eine plus petitio tempore zur Last, weshalb ihm nur das, was ihm gebührt, zuerkannt wird. Es kommen dann die Prozeßgrundsätze der Proz.-Ordn. Tit. 23, §. 3, Nr. 1; Tit. 28, §. 4, Nr. 1 verb. mit §. 194 d. Anh. zur A. G.O. zur Anwendung.

96a) (4. A.) Ueber die Beziehung des Ausdrucks: „an dem Orte, wo der Gläubiger seinen Wohnsitz gehabt hat", s. m. oben, Anm. 7a, Abs. 2 zu §. 248, Tit. 5.

97) D. h. zu Händen des Gläubigers oder dessen legitimirten Vertreters.

98) Dann ist die Uebergabe mit der Ueberlieferung an denjenigen, welcher die Ueberbringung besorgen soll, für vollzogen, mithin die Zahlung für gehörig geleistet anzusehen. Vergl. Tit. 5, §§. 128, 129.

98a) Er kann, er muß aber nicht. „Der §. 773 giebt dem Schuldner nur ein Recht zur Uebersendung oder Deponirung des Geldes, legt ihm dies aber nicht als Verbindlichkeit auf. Der Schuldner kann daher dadurch allein, daß er die Uebersendung des Geldes durch die Post oder dessen gerichtliche Niederlegung unterläßt, nicht in Verzug gesetzt werden." Erk. des Obertr. v. 4. März 1853 (Entsch. Bd. XXIV, S. 411). Zu vergl. unten, Anm. 18 zu §. 24, Tit. 16. Dieses gilt, wohl verstanden, nur von Verzugszinsen im eigentlichen oder engeren Sinne; es darf kein anderer, besonderer Grund der Zinsenverbindlichkeit eintreten. Darauf beziehen sich die Worte: „dadurch allein", in dem Pr. des Obertr.

99) Dadurch wird er wegen des Beweises unsicher gestellt; die Post befaßt sich nicht mit der Feststellung des wirklichen Inhalts der Briefe und Packen, und der gewöhnliche Postschein giebt darüber keinen vollständigen Beweis.

100) An dem Zahlungsorte, §. 772 d. T.

1) Diese Vorschrift bezieht sich nur auf eingetragene Schuldinstrumente über Darlehnsforderungen. Pr. des Obertr. 734, v. 7. Oktober 1839.

§. 775. Was vorstehend §§. 772—774 verordnet ist, findet auch in dem Falle statt, wenn das Eigenthum der Schuld durch Cession, Erbgangsrecht, oder sonst, auf einen dritten Inhaber gediehen wäre; in sofern der Schuldner dabei eine Veränderung des Zahlungsorts sich nicht ausdrücklich hat gefallen lassen.

§. 776. Oeffentliche Kassen und Anstalten haben, bei aufgenommenen Darlehnen, auch wegen des Orts der Rückzahlung, vor Privatschuldnern kein Vorrecht[1a]).

§. 777. Doch muß bei den an die Bank und an die Kreditsysteme gemachten Darlehnen, der Gläubiger das Geld auf seine Gefahr und Kosten zur Kasse abliefern, und von dieser zurückholen.

Von der Münzsorte.

§. 778. Das Kapital muß in derjenigen Münzsorte, in welcher es gegeben worden[2]), zurückbezahlt werden[3]).

17. K.O. v. 12. Dezember 1812, wodurch Schuldnern königl. Kassen die Zurückzahlung der schuldigen Kapitalien in Staatspapieren gestattet wird. (G.S. 1813, S. 1.)

Da in mehreren Fällen von Grundbesitzern, welche vor dem Jahre 1806, aus Staatskassen, gegen hypothekarische Verpfändung ihrer Besitzungen Kapitale angeliehen haben, darauf angetragen worden ist, diese Darlehne jetzt in Staatspapieren nach dem Nennwerthe zurückzahlen zu dürfen; so finde Ich es zweckmäßig, zu Vermeidung des Scheins von Begünstigungen durch Gewährung in einzelnen Fällen Sie hierüber mit einer allgemeinen Bestimmung zu versehen. Ich will daher in Erwägung:

daß das A. L.R. Th. I, Tit. 16, §. 300 sqq. die Kompensation in Privatverhältnissen zwischen Schuldnern und Gläubigern auf eine analoge Art gestattet;

daß dem Edikt v. 4. Dezember 1809, §. 13 gemäß, die Zurückzahlung solcher Kapitalien in alten Treforscheinen geschehen darf; daß der Kredit des Staats die Kompensation seiner Forderungen mit seinen Schuldnern dringend empfiehlt, und daß es in staatswirthschaftlicher Hinsicht von der größten Wichtigkeit ist, die Befreiung des Grundeigenthums von Schulden zu erleichtern,

genehmigen, daß die Zurückzahlung in Staatspapieren in allen Fällen dieser Art angenommen werden darf, in sofern nur

1) die Anleihe wirklich aus einer von Meinen Kassen gegeben worden ist, und

2) das verschuldete Grundstück sich noch im Besitz des ersten Schuldners oder seiner Erben befindet.

18. K.O. v. 31. Mai 1813, betr. die Grundsätze, nach welchen rückständige Zinsen bei königl. Kassen in Staatspapieren angenommen werden sollen. (G.S. S. 73.)

Aus denselben Gründen, in deren Betracht Ich mittelst Kabinetsverfügung vom 12. Dezember

---

(5. A.) Aus dem dem Schuldner durch den §. 774 eingeräumten Wahlrechte folgt, daß derselbe gehalten ist, die von ihm getroffene Wahl dem Gläubiger bekannt zu machen, damit dieser sich an dem gewählten Zahlungsorte zur Empfangnahme einfinden kann. Erk. dess. vom 3. Oktober 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LX, S. 194).

1a) Unten, Tit. 16, §. 53.

2) Unter der nämlichen Münzsorte ist hier gemünztes Geld von demselben Metall zu verstehen, so daß nicht Gold für Silber oder Billon (Scheidemünze), und umgekehrt, gegeben werden darf. Ein Darlehn in Silberkourant, welches in Thalerstücken gegeben worden, wird in derselben Münzsorte in diesem Sinne zurückgezahlt, wenn der Schuldner die gleiche Thalersumme in Eindrittelstücken zahlt. So versteht auch von Savigny, das Obligationenrecht Bd. I, S. 484, Note a, die Stelle. — Ist das Darlehn in einer fremden Münzsorte gemacht worden, so müßte es auch in dieser selben Sorte zurückgezahlt werden. Denn ein Darlehen in ausländischen Münzsorten ist hier zu Lande nicht verboten. S. das R. vom 10. September 1830. (Jahrb. Bd. XXXVI, S. 146.) Allein für diesen Fall hat der §. 785 d. T. eine besondere Bestimmung. S. auch die K.O. v. 4. August 1832, unten Zus. 8 zu §. 78, Tit. 16.

3) Die hier zunächst für das Darlehn gegebenen Vorschriften sollen auch auf andere Arten von Geldschulden angewendet werden. §. 82, Tit. 16.

Man s. hierüber besonders: Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, Bd. I, Nr. 7, §. 1. Luden, über Darlehn, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. III, S. 239 flg.

v. J. genehmigt habe, daß Darlehnskapitalien, welche aus Meinen Kassen auf Grundstücke gegeben worden sind, in sofern letztere sich noch im Besitze des ersten Schuldners oder dessen Erben befinden, in Staatspapieren zurückgezahlt werden können, will Ich auf Ihren Vortrag gleichfalls die Genehmigung hiermit ertheilen: daß auch die rückständigen Zinsen von dergleichen Kapitalien bis zum 1. Januar 1811 in der Regel in Staatspapieren angenommen werden mögen. Vom 1. Januar 1811 ab aber müssen dergleichen Zinsen baar entrichtet werden, da der Staat von demselben Zeitpunkte an, die Zinsen auf die Staatsschuldscheine ebenfalls baar zahlen läßt.

§. 779. Ist die Münzsorte im Schuldscheine nicht bestimmt, so wird vermuthet [4]), daß die Zahlung der Valuta in dem zur Zeit der Auszahlung gangbaren Silber-Courant geschehen sei.

§. 780. Fällt weg [5]).

§. 781. Ist die Valuta in Golde, ohne Bestimmung einer gewissen Sorte, verschrieben, so werden Preußische Goldmünzen [6]), die zu Fünf Thalern ausgeprägt sind, verstanden [7]).

19. K.O. v. 21. November 1831. (G.S. 1831, S. 254.)

Bei Zahlungen an die Staatskasse in Silbergelde sollen auch Friedrichsd'or zu dem festen Kurse von fünf und zwei Drittel Thalern angenommen werden.

§. 782. Sind Dukaten ohne weitere Bestimmung verschrieben, so werden vollwichtige Dukaten nach Preußischem oder Holländischem Münzfuße angenommen.

§. 783. Ist das Instrument auf eine gewisse Anzahl von Stücken einer Gold- oder Silbermünze gerichtet, so muß genau dieselbe Zahl zurückgegeben werden.

§. 784. Lautet das Instrument nur auf eine gewisse Summe in Gold, ohne Bestimmung der Stücke, so werden bei der Berechnung, wie viel Stück zu zahlen sind, vollwichtige Dukaten zu Zwei- und Dreiviertel Thalern, andere Preußische Goldmünzen aber zu dem Betrage, nach welchem sie ausgeprägt sind, angeschlagen [8]).

§. 785. Ist das Schuldinstrument auf eine fremde Münzsorte gestellt, und in-

---

4) Daß hiergegen der Beweis zulässig, bringt nicht allein die Natur einer Vermuthung und die des Darlehns mit sich, sondern ist auch in dem §. 731 noch besonders ausgesprochen. Vergl. o. §. 258, Tit. 5 und unten §. 76, T. 16.

5) Ges. vom 30. September 1821, §. 7 (G.S. S. 159 und unten Zus. zu §. 77, Tit. 15). Der §. 780 lautet: Bei Darlehen von zehn Thalern und weniger wird Scheidemünze vermuthet.

6) Nach dem Ges. v. 30. Septbr. 1821, über die Münzverfassung, §. 1, ist der Friedrichsdor die eigenthümlich preuß. Goldmünze; Dukaten werden nicht mehr geprägt. Wem also eine Zahlung in Golde verschrieben ist, der kann solche in Friedrichsdoren, das Stück zu 5 Thlrn. gerechnet, fordern, und ist nicht verpflichtet, Dukaten anzunehmen, wenn sie nicht von (altem) preuß. Gepräge sind.

7) Wenn nicht ein Anderes behauptet und bewiesen wird; denn es kommt auf das wirklich Gegebene an und es soll hier keine Fiktion vorgeschrieben werden. S. o. die Anm. 3 zu §. 779 Vergl. auch die folg. Anm. 8. Das Pr. des Obertr. 1156, v. 28. Mai 1842 lautet: „Dieses Gesetz stellt nur eine rechtliche Vermuthung auf, die den Gegenbeweis, daß die verschriebene Valuta in anderen als preuß. Goldmünzen gegeben worden, nicht ausschließt."

(4. A.) Diejenigen auf Gold lautenden Verbindlichkeiten, welche nach dem 31. Dezember 1831 entstanden sind, müssen entweder auch ferner in preußischen Friedrichsdoren oder in Silberkourant, den Friedrichsdor zu 5 Thlrn. 20 Sgr. gerechnet, erfüllt werden. K.O. vom 21. November 1831 (G.S. S. 254); Münzgesetz v. 4. Mai 1857, §. 18 (G.S. S. 305 und oben Zus. 10[b] zu §. 259, Tit. 5).

8) Der Unterschied zwischen dem §. 781 und diesem §. 784 liegt in der Bezeichnung oder Nichtbezeichnung der Sorte. Der Fall des §. 781 ist dieser: Es werden 1000 Thlr. in Golde als Darlehn verschrieben. Nun konnte man vor 1821 streiten: ob die Rückzahlung in Friedrichsdoren oder in Dukaten gegeben oder empfangen werden müsse. Der §. 781 entscheidet für Friedrichsdor. — Der §. 784 hingegen setzt den Fall voraus, daß auch die Sorte, aber nicht die Stückzahl ausgedrückt ist. Z. B. 1000 Thlr. in Golde und zwar in Dukaten. Hier kann über den Betrag eines Dukaten, zu Thalern gerechnet, gestritten werden. Dafür giebt der §. 784 die Entscheidung.

§. 790. Ist die Münzsorte, in welcher die Valuta gegeben worden, nicht außer Kours, sondern nur in ihrem äußern Werthe, ohne Veränderung des innern Gehalts, von dem Landesherrn heruntergesetzt worden[13]), so muß dennoch die Rückzahlung in eben derselben Münzsorte geleistet und angenommen werden[14]).

§. 791. Ist diese Münzsorte gar nicht mehr zu haben, so finden die Vorschriften §§. 788, 789 Anwendung.

20. Deklaration[15]) des A. L.R. Th. I, Tit. 11, §§. 790, 791 und Tit. 16, §. 74, v. 27. September 1808. (N. C. S. Bd. XII, S. 441; Rabe Bd. IX, S. 287.)

Es sind bei der in jeder Provinz des Preuß. Staats durch ein besonderes Publikandum erfolgten Reduktion der Scheidemünze über den Sinn und die Anwendung des A. L.R. Th. I, Tit. 11, §§. 790, 791 und Tit. 16, §. 74 auf die in Scheidemünze zu leistenden Verbindlichkeiten, welche vor dem, in jenem Publikando bestimmten, oder sonst auf den Tag des Publikandi anzunehmenden Reduktionstermin, kontrahirt worden, Zweifel entstanden. Um diesen zu begegnen, wird nach eingeholtem Gutachten der Gesetz-Kommission hiermit verordnet:

§. 1. Alle Zahlungen aus Geschäften vor der Münz-Reduktion, welche nach den Gesetzen oder besonderen Verabredungen der Parteien in Scheidemünze geschehen sollen, sind in derselben nach dem durch die Reduktion heruntergesetzten Werthe zu leisten. Wer also z. B. vor der Reduktion 100 Thlr. in Scheidemünze, den Thaler zu 24 gG. geborgt hat, muß 100 Thlr. in Scheidemünze, den Thaler zu 36 gGr. zurückzahlen.

§. 2. Da aber hierbei vorausgesetzt wird[16]), daß zur Zeit der kontrahirten Verbindlichkeit der koursmäßige Werth der Scheidemünze gegen Kourant in keiner so erheblichen Differenz gestanden,

13) Dieser Fall trat ein 1808, wo die als Scheidemünze in unverhältnißmäßig großer Menge (40 Millionen Thaler) ausgeprägten Groschen und Sechser ($^1/_{24}$ und $^1/_{48}$) auf $^2/_3$ und später 1811 noch weiter auf $^4/_7$ ihres Nennwerths abgewerthet wurden, ohne daß eine Veränderung des innern Gehalts vorgegangen wäre.

14) Hiernach soll es also bloß auf den Nennwerth ankommen. Wer also im Jahre 1808, vor der Münzreduktion (s. die Anm. 11), ein Darlehn von 1000 Mal 24 Groschen (1000 Thaler) gegeben hatte, wo diese Geldsorte im Handel und Wandel ebenso für voll galt, wie die Thalerstücke, der mußte sich 1811 mit derselben Stückzahl von Groschen befriedigen lassen, obgleich er nach dem Werthmesser im Verkehre doch nur $^4/_7$ des Gegebenen zurückempfing. Da bei solcher Rechtsanwendung die Verletzung doch gar zu augenfällig ist, so habe ich die Stelle früher so ausgelegt, daß sie nur von der Geldsorte zu verstehen sei, in welcher der Gläubiger sich befriedigen lassen müsse, daß sie aber über die Stückzahl nichts verfüge und daher voraussetze, es müßten so viele Stücke gegeben werden als erforderlich, um dieselbe Summe nach dem Kurswerthe zur Zeit der Zahlung darzustellen, welche die gegebene Stückzahl nach dem Kurswerthe zu damaliger Zeit ausgemacht hat. Die von v. Savigny a. a. O. S. 488 ff. — welcher anerkennt, daß die Stelle nach dieser Auslegung einen Sinn haben würde, der mit der von ihm dargestellten, von der Natur des Geldes gebotenen allgemeinen Regel völlig übereinstimmte — aufgewiesenen Gründe überzeugen mich aber, daß die Verf. es so nicht gemeint haben, vielmehr einen Darleiher, der z. B. im Jahre 1808 700 (einzelne) Groschen geliehen hatte, im Jahre 1811 durch 400 Groschen (in $^1/_6$ und $^1/_3$) für befriedigt zu erklären beabsichtigt haben. Dieser §. 790 ist mithin zwar nicht mit einem späteren Gesetze zu identifiziren, wenn auch dasselbe als Deklaration bezeichnet wird, wohl aber ist er wesentlich verändert, so daß das heutige, praktisch gültige Recht mit jener Auslegung des §. 790 wirklich übereinkommt. S. d. folg. Anm. 15.

15) Durch diesen Ausdruck soll man sich nicht täuschen lassen, als ob der §. 790 denselben Sinn gehabt hätte, wie dieses neue Gesetz, welches den richtigen Grundsatz anerkennt und zur Anwendung bringt. S. die vor. Anm. 14. Es ist vielmehr eine Aufhebung des §. 790 mit rückwirkender Kraft. Durch die Bezeichnung als Deklaration wurde Zweierlei erreicht: das Eine, daß die rückwirkende Kraft unzweifelhaft und gerechtfertigt wurde, das Andere, als Folge davon, daß der neue Grundsatz nicht bloß in dem damals vorgelegenen einzelnen Falle zur Anwendung kommen, sondern auch in künftigen ähnlichen Fällen Geltung haben sollte. Die durch den einzelnen Fall veranlaßte Bestimmung ist dadurch zum bleibenden Bestandtheile der allgemeinen Gesetzgebung geworden und der Kurswerth hat grundsätzliche Anerkennung erhalten. v. Savigny Bd. I, S. 495.

16) Wegen dieser Voraussetzung ist der §. 2 ein Bestandtheil des §. 1 und bleibt deshalb hier stehen, wenngleich das Nähere sich nur auf die vorübergegangenen damaligen Zustände bezieht und wohl nicht wieder in gleicher Weise zur Anwendung kommen wird. Die zu diesem §. gehörigen Tabellen findet man bei Mathis Bd. VII, S. 87, 178, 181, und Rabe Bd. IX, S. 378.

die auf den Werth der Waare einen Einfluß hat, welches jedoch geschieht, sobald das Agio Zehn vom Hundert beträgt, so muß dem Schuldner eine solche oder höhere Differenz dergestalt zu Statten kommen, daß nur in diesem Falle der koursmäßige Werth der Scheidemünze, wie solcher zur Zeit der entstandenen Verbindlichkeit beschaffen war, völlig vergütet wird. Wer also 100 Rthlr. in Scheidemünze zu einer Zeit geborgt hat, da sie koursmäßig 20 Prozent verlor, ist 80 Rthlr. in reducirtem Werthe zu bezahlen schuldig. Damit jedoch über den jedesmaligen Kours kein weitläufiger Streit entstehe: so soll in der Chur- und Neumark der Kours von Berlin, in Pommern der Kours von Stettin, in Westpreußen der Kours von Elbing, in Ostpreußen der Kours von Königsberg und in Schlesien der Kours von Breslau zum Grunde gelegt werden, und zwar ist überall der Durchschnitt der Kourse von 15 zu 15 Tagen zur Norm anzunehmen.

§. 3. Für bereits ohne Vorbehalt abgemachte Geschäfte darf aus der gegenwärtigen Deklaration kein Grund zur Zurück- oder Nachforderung hergenommen werden.

§. 792. Das im Handel und Wandel gewöhnliche Steigen und Fallen des Kourses bei einer und eben derselben Münzsorte kommt, außer dem Falle der §§. 785, 786 bei Darlehns-Rückzahlungen in keine Betrachtung [17]).

§. 793. Ist die Valuta eines Darlehns in Aktien, Pfandbriefen [18]), oder andern [19]) an jeden Inhaber zahlbaren Papieren [19a]) gegeben worden, so muß die Rückzahlung in Papieren von eben der Art [20]) erfolgen [21]).

---

17) Dabei hat man wohl nur an den untergeordneten Geldwechsel gedacht, wo Gold gegen Silbergeld, oder die eine Münzsorte gegen die andere umgewechselt wird. Davon wesentlich verschieden ist der Fall des §. 790, in welchem, nach Zus. 20, allerdings der Kurs beachtet wird.

18) Aktien, Pfandbriefe, Staatsschuldscheine und dergleichen Geldpapiere, welche meist auf den Inhaber lauten, haben mit dem Gelde das gemeinsam, daß sie einem, und zwar wechselnden, Kurse unterworfen sind, wodurch sie geschickt werden, gewissermaßen die Stelle des Geldes zu ersetzen. Sie unterscheiden sich aber wesentlich in Natur und Bestimmung vom Gelde dadurch, daß sie nicht Geldzeichen (wie das Papiergeld) sind und nicht den eigentlichen Werth (das Geld) vertreten, vielmehr als verkörperte Forderungsrechte dem Ausgeber zur Zusammenbringung einer großen Geldsumme auf Kredit, und dem Nehmer als Gelegenheit zur zinsbaren Unterbringung von Kapitalien dienen. Durch die zweite Eigenschaft wird, nach Maßgabe des Zinsfußes und der Sicherheit, der höhere oder niedere Kurs der verschiedenen Geldpapiere bedingt. Die neuere Zeit hat durch die Eisenbahnaktien und durch eine neue, zur Entlastung des Grundeigenthums geschaffene Art (die Rentenbriefe), deren Menge in fortwährendem Wachsen ist, die Menge der Geldpapiere außerordentlich vermehrt. Der Charakter des Geldes entgeht diesen Geldpapieren deshalb, weil sie von dem Ausgeber nicht als Zahlmittel genommen und gegeben, sondern, wie eine gewöhnliche Schuld, nach Maßgabe der verabredeten Bedingungen, nach und nach bezahlt werden. Der Inhaber muß warten, bis ihn einmal die Reihe trifft, oder er muß das Papier wie eine Sache verkaufen, wenn er früher Geld braucht.

19) Dies ist nicht auf das eigentliche Papiergeld zu beziehen. An dieses konnten die Verf. des A. L.R. nicht denken, man kannte es damals nicht, d. h. es war damals ein solches Geldzeichen in den preuß. Landen noch nicht in Anwendung gekommen, wiewohl den Redaktoren das „gemünzte Papier", welches sie von Banknoten, Pfandbriefen, Aktien ꝛc. sehr bestimmt unterschieden und zum baaren Vermögen gerechnet haben (Tit. 2, §§. 11, 12), keineswegs unbekannt war. Das erste Papiergeld wurde 1806 unter dem Namen „Tresorscheine", dann „Thalerscheine", mit Zwangskurs eingeführt. V. vom 4. Februar 1806 (N. C. S. 1806, S. 39); V. v. 4. Dezember 1809; Ges. v. 19. Januar 1813 (G.S. S. 6). Später wurde der Zwangskurs ganz aufgehoben. V. v. 5. März 1813 (G.S. S. 23); Ed. v. 7. September 1814, §. 6 (G.S. S. 87); V. v. 1. März 1815, §. 7 (G.S. S. 19). An Stelle dieses Papiergeldes sind die „Kassenanweisungen" getreten, gleichfalls ohne Zwangskurs. K.O. v. 21. Dezember 1824 (G.S. S. 239). Die im Jahre 1848 eingeführten Darlehnskassenscheine einiger Städte (Berlin, Breslau) sind wieder eingezogen. S. u. Zus. 2—7 zu §. 77, Tit. 16.

19a) Wer solche Papiere auszustellen befugt sei, sagt das A. L.R. nicht. Darüber trifft erst das Ges. v. 17. Juni 1833 (o. Zus. 16 zu §. 730) Bestimmung.

20) Ohne Rücksicht auf den Kurs zur Zeit des Anlehns und zur Zeit der Rückzahlung. Die Geldpapiere werden lediglich wie Quantitäten behandelt: ein darin gemachtes Darlehn wird in gleich vielen Stücken derselben Art zu gleichen Beträgen zurückgegeben. S. o. §. 653 d. T. und die Anm. dazu. (4. A.) Will der Schuldner statt der Papiere baares Geld zurückzahlen, und der Gläubiger es annehmen, so ist dies allerdings erlaubt und der Kurswerth an dem bestimmten Zurückzahlungstage ist maßgebend. Vergl. die folg. Anm. 21.

(4. A.) Ebenso kann der Hypothekenschuldner mit dem Gläubiger übereinkommen, daß das einge-

21. Deklaration v. 4. April 1811, wegen Unzulässigkeit der Darlehen, wobei Papiere nach ihrem Nennwerthe in Zahlung gegeben werden. (G.S. 1811, S. 169.)

Es ist ein Zweifel entstanden: ob durch die Verordnung vom 14. Juni 1810, welche die Wiederherstellung der früheren Gesetzgebung wider den Wucher anordnet, auch die im §. 5 des Gesetzes vom 15. Februar 1809 enthaltene Erlaubniß, Papiere nach ihrem Nennwerthe bei Darlehnen in Zahlung zu geben, wiederum aufgehoben sei. Wir finden uns daher bewogen, die Verordnung vom 14. Juni

---

tragene in Staatsschuldscheinen gegebene Darlehn in Kourant nach dem Kurswerthe an dem Tage dieses Abkommens zurückgezahlt werden solle, und die übrigen Hypothekengläubiger können dem nicht widersprechen. Erk. des Obertr. v. 21. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 75).

21) Dieser §. ist durch die Dekl. v. 4. April 1811 (Zus. 21) in keiner Weise aufgehoben. Man muß die verschiedenen Geschäfte, welche in Staatspapieren gemacht werden können, unterscheiden. Erster Fall: Es werden z. B. 1000 Thlr. in Staatsschuldscheinen in 10 Apoints dargeliehen unter dem Bedinge der Rückgabe in gleicher Qualität. Dies ist der Fall des §. 793. (2. A. Auch das Obertr. hat dieses Geschäft für gültig erklärt und in dem Pr. v. 28. Juni 1852 ausgesprochen: „Bei Darlehen, welche in geldwerthen an jeden Inhaber zahlbaren Papieren gegeben sind, kann mit rechtlicher Wirkung die Rückzahlung in Papieren derselben Gattung vorbedungen werden; auf ein Geschäft dieser Art ist daher die Deklaration v. 4. April 1811 nicht anwendbar." Wird statt der Papiere baares Geld zurückgezahlt, so ist der Kurswerth an dem zur Zurückzahlung des Darlehns bestimmten Tage zu entrichten. Entsch. Bd. XXIII, S. 98.) Auf den Kurs soll sonst nur gesehen werden, wenn die Papiere von der gegebenen Art verschwunden sind. §§ 794, 795. Diese Bestimmung käme z. B. zur Anwendung, wenn ein in Papieren der nun getilgten englischen Anleihe gemachtes Darlehn jetzt zurückgezahlt werden sollte. An sich liegt in einem solchem Darlehn eine Spekulation auf fallenden oder steigenden Kurs, aber es kommt häufig ohne alle Absicht zu spekuliren vor, meistens bei Freundschaftsdarlehen auf kurze Zeit. Eine Nebenfrage dabei ist die nach den mitgegebenen Zinskoupons, wovon schon o. in der Anm. zu §. 653 Rede gewesen ist. Zweiter Fall: Es werden z. B. 1000 Thlr. in Staatsschuldscheinen gegeben unter dem Bedinge: 1000 Thlr. in baarem Gelde zurückzugeben. Dies ist das Geschäft, welches die Dekl. vom 4. April 1811 (Zus. 21) verbietet, vorausgesetzt nämlich, daß der Kurs nicht 100 Proz. oder mehr beträgt. Dritter Fall: Es werden dem Darlehnsnehmer 1000 Thaler in Staatsschuldscheinen zu dem Tageskurse z. B. von 90 Proz. gegeben, mit dem Bedinge, 900 Thlr. in baarem Gelde zurückzugeben. Dieses Geschäft ist aus Verkauf und Darlehn gemischt (s. ob. die Anm. zu §. 653 d. T.) und eben dasjenige, welches dieselbe Deklaration a. E. erlaubt. Vergl. §. 84, Tit. 16. Der Fall des §. 796 ist davon noch verschieden, obschon im Resultate gleich. Denn die Parteien haben hier von Anfang einen Kauf beabsichtigt und geschlossen, nur das Kaufgeld ist gestundet; in jenem Falle aber geht die Absicht von Anfang auf ein Darlehn und es wird nur der Abkürzung wegen dem Darlehnsnehmer überlassen, sich das baare Geld dazu durch die ihm dazu anvertrauten Mittel anzuschaffen. Der vollständige Weg wäre der, daß der Darlehnsnehmer mit den Papieren als Beauftragter zum Wechsler ginge, sie dort umsetzte, das Geld dem Darlehnsgeber brächte und dieser es dem Darlehnsnehmer auf der Stelle als Darlehn überließe. Man gelangt aber durch Verbindung des Kaufs mit dem Darlehn kürzer zum Ziele, weshalb die Deklaration dieses Geschäft ausdrücklich gestattet. Vierter Fall: Es werden 1000 Thlr. in Staatsschuldscheinen dem Darlehnsnehmer zu dem Tageskurse z. B. von 80 Proz., anstatt einer baaren Geldsumme von 800 Thlrn., gegeben mit dem Bedinge, daß dem Gläubiger freistehen solle, künftig die gegebene Quantität Staatsschuldscheine nach dem Nominalwerthe zu fordern. Dies ist der verbotene Fall der Dekl. v. 4. April 1811 (Zus. 21), nur umgekehrt. Das Pr. d. Obertr. 1292, v. 15. April 1843, spricht aus: „Der durch diese Deklaration verbotenen Stipulation „„der Zurückzahlung von öffentlichen, statt baaren Geldes zum Darlehn gegebenen Papieren in baarem Gelde, nach dem Nominalwerthe"" steht der Fall gleich, wo dem Gläubiger das Recht eingeräumt worden ist, die Zurückzahlung der statt baaren Geldes gegebenen Papiere in den dargeliehenen Papieren, nach dem Nominalwerthe, zu fordern. Es ist daher ein solches Abkommen für verboten zu achten." Ein solches Geschäft ist auf den Gewinn des Gläubigers an Kapital angelegt, mithin wucherisch. Denn ist der Kurs bei der Rückzahlung gefallen, so fordert er die verschriebene Geldsumme nach dem Kurse zur Zeit der Kontraktsschließung, er verliert also nichts; ist der Kurs gestiegen, so fordert er die gegebene Menge Papiere nach dem Nennwerthe. Man vergl. auch das Pr. des Obertr. v. 26. Oktbr. 1811 und 27. August 1810 (Jahrb. Bd. I. S. 134), und v. 5. Juni 1810 (Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 188); und das Pr. v. 3. Sept. 1847 (Rechtsf. Bd. II, S. 196). Fünfter Fall: Es werden 1000 Thlr. in Staatsschuldscheinen gegeben, unter der Verabredung, daß die Zurückzahlung in Natur geschehen solle, doch mit Vergütung der Kursdifferenz, wenn die Papiere am Zahlungstage gefallen sein sollten. Dies ist der vorige Fall, mit der unwesentlichen Verschiedenheit, daß der Schutz gegen Verlust und der Kapitalsgewinn des Gläubigers durch umgekehrte Anwendung der Stipulation gesichert ist, wogegen der Schuldner voraussichtlich immer verlieren muß, gewiß aber nie gewinnen kann.

1810 dahin zu deklariren, daß durch selbige das Gesetz vom 15. Februar 1809 seinem ganzen Inhalte nach, mithin auch §. 5 desselben aufgehoben werde; daß es also nnangesehen, was frühere Reskripte deshalb verfügen, fernerhin nicht erlaubt sein soll, Staats- und ständische Obligationen, Pfandbriefe oder andere Arten von öffentlichen Papieren, welche für den vollen Werth nicht ausgegeben werden können, bei Darlehnen statt baaren Geldes in Zahlung zu geben, und sich die Zurückzahlung in baarem Gelde nach dem Nominalwerthe der Papiere auszubedingen, vielmehr sollen die Darleiher nur berechtigt sein, dergleichen in Zahlung zu gebende Papiere nach dem jedesmaligen Kours in der Hauptstadt der Provinz, worin das Geschäft abgeschlossen wird, dem Schuldner in Rechnung zu stellen[22]).

22. Deklaration v. 28. Dezbr. 1811, betreffend die Darlehne in Staats- und andern öffentlichen Papieren. (G.S. 1812, S. 1.)

Wir ꝛc. ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: Die in Unserer Verordnung v. 16. März v. J. über die Ablösung der Domanial-Abgaben jeder Art und in dem Edikt v. 27. Juni d. J., wegen Veräußerung der Domänen, Forsten und geistlichen Güter, nachgelassene Bezahlung der Kauf- und Erbstandsgelder und Ablösungssummen mit Staats- und anderen öffentlichen Papieren, veranlaßt Uns, die unter dem 4. April d. J. ergangene Deklaration, welche Darlehne in den benannten Papieren nur nach dem jedesmaligen Kours derselben gestattet, näher zu bestimmen, wie folgt:

§. 1. Es können die im §. 6 der Verordnung v. 27. Juni wegen Veräußerung der Domänen, Forsten und geistlichen Güter benannten Papiere[23]) nach ihrem Nennwerthe ausgeliehen werden, und der Gläubiger kann sich die Zurückzahlung des Nennwerths in baarem Gelde ausbedingen, wenn der Schuldner die ihm geliehenen Papiere, nach ihrem Nennwerthe, zu Bezahlung der Kaufs- und Erbstandsgelder für Domänen, Forsten und geistliche Güter oder zur Ablösung der Domanialabgaben verwendet.

§. 2. Wird bei diesen Darlehnen eine Verpfändung vorgenommen, die sich zur Eintragung in das Hypothekenbuch eignet, so kann dieselbe ohne Anstand geschehen und dadurch dem Gläubiger eine Hypothek für den Nennwerth der vorgeliehenen Papiere bestellt werden.

§. 3. Es muß aber in allen Fällen, in welchen es auf den Nachweis ankommt,

daß von dem Schuldner die vorgeliehenen Papiere in dem §. 1 bestimmten Maße verwendet worden, ein Attest derjenigen Behörde darüber beigebracht werden, welche die Veräußerung und die Vererbpachtung der Domänen, Forsten und geistlichen Güter, oder die Ablösung der Domänen-Abgaben leitet.

§. 4. Sollte dieses Attest bei Darlehnen, für welche der Schuldner durch Verpfändungen Sicherheit bestellt, vor der Eintragung derselben im Hypothekenbuch nicht beigebracht werden können; so hindert dieses die Eintragung nicht, jedoch kann dieselbe nur mit Hinzufügung des Vermerks geschehen, daß die dadurch bestellte Hypothek, in Ansehung der den Kourswerth der geliehenen Papiere übersteigenden Summe, erst von rechtlicher Wirkung ist, wenn der Gläubiger das Attest der Verwendung sich verschafft hat.

§. 794. Sind Papiere von der gegebenen Art zur Zeit der Rückzahlung gar nicht mehr vorhanden[24]), so muß zwar die Zahlung in baarem Gelde geschehen.

---

22) S. die vor. Anm.

23) Von diesen in dem bezeichneten §. 6 genannten 21 Arten von Papieren sind zur Zeit noch 5 vorhanden, nämlich:

a) Die Ziffer 2 gedachten Banknoten und Bankobligationen;

b) " " 16 " Tresorscheine in der heutigen Form der Kassenanweisungen, die jedoch nicht in die Kategorie der Geldpapiere gehören, sondern Papiergeld sind;

c) die Ziffer 17 gedachten Pfandbriefe, welche auf Gütern haften, die in der Monarchie liegen, und für welche regelmäßig die Zinsen gezahlt werden;

d) die Ziffer 18 bezeichneten alten Obligationen der Churmärkischen Landschaft, wofür die Einkünfte verpfändet waren, die zu den Staatskassen gezogen worden sind;

e) die Ziffer 20 erwähnten „neueren Staatsschuldscheine". (G.S. 1811, S. 209.)

Die abgegangenen Arten sind durch neue Arten ersetzt, zwar nicht in derselben Zahl, aber von unvergleichlich größerer Fruchtbarkeit.

24) Dieser Fall tritt auch ein durch Konvertirung einer gewissen Art von öffentlichen Geldpapieren.

§. 795. Die zu zahlende Summe muß aber nach dem Kours bestimmt werden, wie die gegebenen Papiere, zur Zeit des Kontrakts[24a]), gegen baares Geld gestanden haben.

§. 796. Sind dergleichen Papiere gekauft, und über das kreditirte Kaufgeld ein Schuldinstrument ausgestellt worden, so ist das Geschäft nach den unten §§. 861—868, erfolgenden Vorschriften zu beurtheilen[25]).

§. 797. Hat der Gläubiger die Rückzahlung eines Darlehns an schlechtern Münzsorten, oder nach einem niedrigern Verhältnisse, einmal angenommen, und ohne Vorbehalt darüber quittirt, so kann er, wenn von Seiten des Schuldners kein Betrug mit unter gelaufen ist, diesen, wegen eines dabei erlittenen Verlustes, nicht in Anspruch nehmen[26]).

§. 798. Wer bessere Münzsorten, als er schuldig war, gezahlt hat, kann nur unter denjenigen Umständen Vergütung fordern, unter welchen die Gesetze die Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung verstatten. (Tit. 16, Abschn. 2.)

§. 799. Die wiederholte Annahme der Interessen in schlechtern Münzsorten begründet noch nicht die Verbindlichkeit, auch das Kapital in dergleichen Münzsorten anzunehmen.

§. 800. Eben so entsteht aus einer in bessern Münzsorten auch wiederholt geleisteten Interessenzahlung noch nicht die Pflicht, das Kapital in dieser Münzsorte zu bezahlen.

§. 801. Im zweifelhaften Falle wird jedoch vermuthet, daß die Valuta des Darlehns in eben solchen Münzsorten, als worin die Interessen entrichtet und angenommen worden, bestanden habe[27]).

§. 802. Diese Vermuthung fällt aber weg, wenn die Zahlung der Zinsen nicht immer in einer und derselben, sondern bald in dieser, bald in jener Münzsorte geschehen ist.

Von Zinsen*).

§. 803. Zinsen heißt, bei Darlehnen[27a]), alles[28]) das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß.

§§. 804 bis 806. Aufgehoben. (Zusatz 22b).

---

Wer z. B. ein Darlehn in vierprozentigen Staatsschuldscheinen oder Pfandbriefen gegeben hat, ist nicht verpflichtet, sich durch umgewandelte $3^1/_2$prozentige, nach dem Nennwerthe, befriedigen zu lassen. Vergl. das Erk. des Obertr. v. 29. Oktbr. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 61).

24a) (4. A.) Auf die Zeit der Fälligkeit soll in keinem Falle, auch nicht im Falle des Verzuges, Rücksicht genommen werden. Erk. des Obertr. vom 9. Juli 1859 (Arch. für Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 167).

25) S. o. d. Anm. 21 zu §. 793 d. T.

26) Die Sache wird als durch Vergleich erledigt angesehen. Vergl. Edikt vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 17. Der Grundsatz findet auch Anwendung auf andere durch Zahlung abgethane Rechtsgeschäfte, §§. 82, 83, Tit. 16; Pr. des Obertrib. vom 26. August 1836 (Ulrich, Archiv Bd. V, S. 133).

27) Vergl. u. §. 837 d. T.

*) (5. A.) Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1129—1139. Dazu Glück, Erläuterung, Th. XXI, S. 1 flg. Aeltere Werke: Donellus, Tr. de usuris, fructibus et mora, in Opp. prior. Francof. ad Moen. 1589. Salmasius, de usuris. Lugd. Bat. 1638. Salmasius, de modo usurarum. Francof. ad Moen. 1639. Noodt, de foenore et usuris libri tres Lugd. Bat. 1698, in Opp. Lugd. Bat. 1735. Tom. I, p. 175 sqq Von Neueren ist nur zu nennen: Heimbach sen., Zinsen (usurae), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XV, S. 389 folg. — Preuß Recht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 233. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. I, §§. 9 bis 19.

27a) (4. A.) Oben Anm. 58 a. E. zu §. 730 d. T.

28) Alles was nach Gelde schätzbar ist, auch Dienstleistungen. S. §§. 810 u. 812.

22a. Verordnung über die vertragsmäßigen Zinsen. Vom 12. Mai 1866 (G.S. S. 225). Derselben haben beide Häuser des Landtages ihre Zustimmung ertheilt. Bekanntmachung vom 2. Januar 1867 (G.S. S. 30).

An deren Stelle tritt:

22b. Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen[32]). Vom 14. November 1867 (Bundesgesetzblatt S. 159).

Dr. Paul Hinschius (Professor in Berlin), das Gesetz für den Norddeutschen Bund, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, und seine Einwirkung auf das bisherige Civilrecht; in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, von Franz Hinschius und Paul Hinschius, II. Bd. (Berlin 1868) S. 14—67. — Dess. Nachtrag dazu, ebd. S. 336.

Wir ꝛc. verordnen im Namen des Norddeutschen Bundes, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt:

---

32) Dem Norddeutschen Reichstage war es vorbehalten, endlich den Widerstand des Herrenhauses gegen Aufhebung der Zinsbeschränkungen zu übergehen und vollständige Willensfreiheit der Betheiligten herzustellen. Der Korreferent des Reichstages (Braun — Wiesbaden) empfiehlt das Gesetz mit folgenden Worten: „Die vorliegende Frage ist schon so vielfach erörtert worden, daß es geradezu unmöglich ist, etwas Neues hierüber zu sagen, zumal sie noch in der letzten Zeit in verschiedenen deutschen, speziell der preußischen und sächsischen, Landesvertretungen sorgfältig berathen worden ist. Zur Begründung meiner Ansicht, daß der Lasker'sche Antrag anzunehmen sei, will ich mich deshalb darauf beschränken, auf die Erfahrungen der letzten Vergangenheit in den verschiedenen europäischen Ländern in dieser Frage hinzuweisen. Die Anhänger der Zinsbeschränkungen berufen sich darauf, daß in verschiedenen europäischen Ländern der Versuch der Aufhebung der Beschränkungen gemacht, daß aber, da dies sehr nachtheilige Folgen gehabt, die Beschränknngen bald wieder eingeführt worden wären. Es ist wahr, daß in Norwegen, in Oesterreich und in Frankreich die Zinsbeschränkungen nach ihrer Aufhebung wieder hergestellt worden sind, da man nachtheilige Wirkungen zu verspüren glaubte. Es ist dabei aber zu bedenken, daß sowohl das betreffende österreichische, als das französische Gesetz die eigenthümliche Bestimmung enthielt, daß nach der Aufhebung der Beschränkungen denjenigen Darlehnsgeschäften, für welche ein höherer Zinsfuß als 5 pCt. festgesetzt worden, die gerichtliche Klagbarkeit abgesprochen wurde. In Norwegen aber sind die Zinsbeschränkungen zum zweiten Male bereits wieder aufgehoben worden, so daß jetzt vollständige Freiheit des Zinsfußes existirt. In England ist die Gesetzgebung auch hier, wie überall, langsamen und gemessenen Schrittes gegangen; man hat die Beschränkungen nicht auf einmal abgeschafft, sondern hat mit denen für größere Kapitalien den Anfang gemacht; die Angabe des Referenten, daß die Beschränkungen für kleinere Kapitalien noch bestehen, ist aber nicht richtig; das einzige Gebiet, wo dies in England der Fall ist, sind die Pfandleihen, sonst sind die Beschränkungen überall aufgehoben. Wenn nun der Herr Referent sagt, daß in England viel mehr Kapital vorhanden sei, so muß ich entgegnen, daß aber auch viel mehr Verwendung und Nachfrage nach Kapital vorhanden ist. — In Frankreich bestehen allerdings auch jetzt noch die Zinsbeschränkungen, aber es wird von allen Seiten Sturm dagegen gelaufen, und der französische Staatsrath hat kürzlich eine Kommission niedergesetzt, die eingehende Erhebungen über die Frage veranlaßt und dabei zu der Ueberzeugung gekommen ist, daß auch in Frankreich die Stunde für die Freigebung des Zinsfußes geschlagen habe. Wenn der Herr Referent behauptet, daß die Landwirthschaft in Frankreich sich in einem blühenden Zustande und großartigen Aufschwung befinde, so ist er im Irrthum; der Kaiser von Frankreich wenigstens hat es im Jahre 1864 selbst mit dürren Worten ausgesprochen: „„Die französische Landwirthschaft leidet.““ — In Spanien sind die Zinsbeschränkungen 1856 resp. 1864 aufgehoben, und es besteht hier nur die Beschränkuug, daß bei Zinsversprechungen über 5 Procent eine schriftliche Beurkundung erforderlich ist, eine Vorschrift, die sich besonders für den Uebergangszustand sehr empfehlen dürfte. — In Italien ist die Freigebung des Zinsfußes 1857 erfolgt uud der Zinsfuß ist dort auf 2 Procent gefallen, statt zu steigen. In Belgien hat man 1865, in mehreren Kantonen der Schweiz gleichfalls schon seit längerer Zeit die Beschränkungen aufgehoben, in Genf hat man dabei die Beobachtung gemacht, daß sich der Zinsfuß für Hypothekendarlehne fast ausnahmslos auf 5 pCt. erhalten hat. — In Dänemark sind die Beschränkungen 1855 aufgehoben worden mit Ausnahme der Zinsen für Hypothekendarlehne, und seltsamerweise hat man dabei dem Ministerium die Befugniß ertheilt, auf besonderes Nachsuchen einen höheren Zinsfuß festzusetzen. Die preußische Gesetzgebung ist bekannt; hier sind die Beschränkungen vorläufig für chirographarische Darlehne aufgehoben; im Königreich Sachsen ist seit 1864 der Zinsfuß ganz freigegeben; es ist nur die Beschränkung eingeführt, daß bei einem Zinsfuß von mehr als 6 pCt. nur halbjährige Kündigung zulässig ist. In Bayern sind seit 1861 die strafrechtlichen Bestimmungen aufgehoben; die Regierung hat aber soeben dem Landtage einen Gesetzentwurf vorgelegt, der auch die civilrechtlichen Beschränkungen aufheben soll. In Württemberg ist dies seit 1849 schon geschehen. Vor 1849 war dort nämlich der Zinsfuß freigegeben für Alle, welche wechselfähig waren. Als aber durch Einführung des allgemeinen deutschen

§. 1. Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehne und für andere kreditirte Forderungen, ferner Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung.

Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben.

§. 2. Derjenige, welcher für eine Schuld dem Gläubiger einen höheren Zinssatz als jährlich sechs vom Hundert gewährt oder zusagt, ist zu einer halbjährigen Kündigung des Vertrages befugt. Jedoch kann er von dieser Befugniß nicht unmittelbar bei Eingehung des Vertrages, sondern erst nach Ablauf eines halben Jahres Gebrauch machen.

Vertragsbestimmungen, durch welche diese Vorschrift zum Nachtheile des Schuldners beschränkt oder aufgehoben wird, sind ungültig.

Auf Schuldverschreibungen, welche unter den gesetzlichen Voraussetzungen auf jeden Inhaber gestellt werden, sowie auf Darlehne, welche ein Kaufmann empfängt, und auf Schulden eines Kaufmannes aus seinen Handelsgeschäften leiden die in diesem Paragraphen enthaltenen Vorschriften keine Anwendung.

§. 3. Wird die Zahlung eines Darlehns oder einer anderen kreditirten Forderung verzögert, so bleibt auch für die Zögerungszinsen der bedungene Zinssatz maßgebend, sofern derselbe höher ist, als die gesetzlich bestimmten Zögerungszinsen.

§. 4. Die privatrechtlichen Bestimmungen in Betreff der Zinsen von Zinsen und die Vorschriften für die gewerblichen Pfandleihanstalten werden durch dieses Gesetz nicht geändert.

§. 5. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß die im §. 5 dieses Gesetzes eingeräumte Kündigungsbefugniß des Schuldners gänzlich wegfalle, oder daß ein höherer Zinssatz, als

---

Wechselrechts Alle wechselfähig wurden, waren damit auch alle Zinsbeschränkungen für alle Schwaben aufgehoben, und sie haben es nicht einmal gleich gemerkt (Heiterkeit), sondern erst nach Jahr und Tag. In Baden besteht gleichfalls Zinsfreiheit, trotzdem ist der Zinsfuß auf 4½ pCt. stehen geblieben. In Oldenburg sind die Beschränkungen seit 1858 aufgehoben und nur das Verbot der Zinseszinsen beibehalten worden, und ein günstiger Erfolg dieser Maßregel ist amtlich konstatirt; in Sachsen-Coburg seit 1860, und das Ministerium hat 1865 erklärt, daß eine nennenswerthe oder bedenkliche Neigung zur Erhöhung des Zinsfußes sich nirgends gezeigt habe. In Weimar-Eisenach sind die Wuchergesetze 1855 suspendirt worden und eine günstige Wirkung dieser Maßregel ist öffentlich konstatirt worden. — In Bremen, Lübeck, Frankfurt und Hamburg sind die Beschränkungen gleichfalls aufgehoben, und in den übrigen Staaten, wo dies noch nicht der Fall ist, ist durch die Einführung des allgemeinen deutschen Handesgesetzbuches eine große Bresche in die Wuchergesetze geschossen worden. Das Werk der Zerstörung der Zinsbeschränkungen hat überall begonnen, und es läßt sich kein Einhalt mehr bieten, selbst wenn man wollte; auch in den vielen außereuropäischen Staaten hat man dieselbe Erfahrung gemacht. Es ist schwer zu glauben, daß die deutsche Nation und die Bevölkerung des Norddeutschen Bundes hinter allen diesen Staaten an intelligenter und volkswirthschaftlicher Entwickelung in ihrem Kulturzustande so weit zurückstehe, daß sie noch Schranken bedürfe, die andere schon niedergeworfen. — Die Frage der Hypothekenbanken mit dieser Frage in Verbindung zu bringen, kann ich nicht rechtfertigen. Es ist richtig, der Hypothekenkredit leidet gegenwärtig, in Preußen sowohl wie in anderen Bundesstaaten. Ob dieser Kalamität durch die Aufhebung der Zinsbeschränkungen allein zu helfen ist, ist wohl zweifelhaft. Und es ist gewiß Aufgabe der Gesetzgebung, den berechtigten Forderungen des Grundbesitzes entgegenzukommen. Die Erwerbung des Grundeigenthums erfordert gegenwärtig zu viel Zeit, Mühe und Kosten; die Hypothekeneinrichtungen sind viel zu schwerfällig, und es ist nicht zu leugnen, daß die Gesetzgebung die Kreditverhältnisse des Grundbesitzes gegen den Handel benachtheiligt. Es müssen deshalb neue Formen gefunden werden, die den Bedürfnissen des Grundeigenthums entsprechend sind. Im Mittelalter hatte man die Form des Rentenkaufes; diese ist der modernen Entwickelung gewichen, ohne auf andere Weise ersetzt zu werden. An Stelle dieser muß eine neue Institution treten; die Emission unkündbarer Papiere auf den Inhaber ist der Anfang dazu; hier müssen wir weiter gehen. Es ist sodann eine Revision der Hypothekengesetzgebung durchaus erforderlich, da die bisherige die Cirkulation des Kapitals außerordentlich erschwert; sodann ist eine gleichförmige Bundesgesetzgebung für den Norddeutschen Bund erforderlich, und ich hoffe, daß die Bundesregierungen diesen dringenden Aenderungen nachzukommen suchen werden. Es ist aber ungerechtfertigt, deshalb eine Beschlußfassung über den Antrag zu vertagen. Wir würden dadurch den Fehler begehen, der in Deutschland schon oft gemacht worden ist, wenn man sagte: „„Entweder Alles oder gar nichts““; wir würden dadurch eine nothwendige und durchführbare Reform in fernere Zukunft vertagen. Ich bin auch der Ansicht, daß die Durchführung des Lasker'schen Antrags dem Wunsch jener Herren auf Errichtung von Hypothekenbanken nur förderlich sein würde."

sechs Prozent, oder eine längere Kündigungsfrist, als sechs Monate, für die bezeichnete Befugniß maßgebend sei.

Soweit einzelne Landesgesetze Bestimmungen enthalten, welche die erwähnte Kündigungsbefugniß des Schuldners ausschließen, oder in der bezeichneten Weise beschränken, bleiben dieselben in Gültigkeit, bis sie auf dem verfassungsmäßigen Wege des betreffendes Landes, oder durch ein Bundesgesetz abgeändert werden.

Urkundlich x.

23. Erklärung vom 20. April 1813, daß keine Staatsbürger jüdischer Religion höhere, als den Kaufleuten erlaubte Zinsen sich versprechen lassen dürfen. (G.S. S. 77.) Aufgehoben. (Zus. 22[b] zu §. 804.)

§. 807. Nähere Bestimmungen, wegen des unter Kaufleuten stattfindenden Zinssatzes, sind im Kaufmannsrechte enthalten. (H.G.B. Art. 292 und Einf.G. Art. 14.)

§. 808. Aufgehoben. (Zus. 22[b] zu §§. 804—806.)

§. 809. Wie weit denjenigen, welche mit Leihen auf bewegliche Pfänder unter öffentlicher Aufsicht ein Gewerbe treiben, bei Darlehnen in kleinen Summen, welche nur auf kurze Zeit gemacht worden, höhere Zinsen zu nehmen erlaubt sei, ist gehörigen Orts näher bestimmt. (Tit. 20, Abschn. 1.)

§. 810. Jeder Gewinn und Vortheil, den sich der Gläubiger von dem Schuldner für das Darlehn vorbedingt[36]), hat die Natur der Zinsen.

§. 811. Es muß also auch bei der Bestimmung: wie viel Zinsen der Gläubiger von dem Schuldner fordern könne, jeder dergleichen Gewinn mit in Anschlag gebracht werden[36a]).

§. 812. Hat der Gläubiger statt der Zinsen, oder noch über dieselben, sich die Lieferung gewisser Naturalien oder anderer Sachen, oder die Leistung gewisser Arbeiten und Dienste vorbedungen, so sind auch diese, bei Berechnung des erlaubten Zinssatzes, mit in Anschlag zu bringen.

§. 813. Bauet der Schuldner dergleichen Naturalien selbst, oder pflegt er dergleichen Dienste persönlich zu leisten, so ist, bei Berechnung derselben, der niedrigste Preis zur Zeit der Ablieferung anzunehmen.

---

36) Was ohne Vorbedingung ungefordert gegeben oder geleistet wird, kommt nicht in Anschlag; es muß aber auch nicht indirekt prätendirt worden sein.

Es ist ein wucherliches Geschäft, wenn der Cessionar einer Darlehnsforderung, welche nach dem höchsten gesetzlich erlaubten Zinsfuße verzinset wird, für die Stundung dieser Forderung sich besondere Vortheile vom Schuldner versprechen läßt. Pr. des Obertr. 243, vom 1. April 1837. Vergl. das R. vom 13. August 1798, welches die Bewilligung von Zahlungsnachsichten gegen Douceurs für Wucher erklärt. (Rabe Bd. V, S. 181.) (4. A.) Auch das für die Stundung eines fälligen Hypothekenkapitals dem Gläubiger desselben von dem Schuldner Gegebene hat die Natur der Zinsen, und kann daher der bis zur Rückzahlung des Kapitals mit Hinzurechnung der vorbedungenen das Maß der gesetzlichen Zinsen übersteigende Betrag zurückgefordert werden. II, 20, §. 1271. Erk. des Obertr. vom 27. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 139).

(4. A.) Das auf Zinsen zuviel Gegebene kann nur kondizirt, nicht aber als Zahlung auf das Kapital angerechnet werden. Daher kann der Darlehnsschuldner, welcher dem Gläubiger an Stelle der Zinsen ein fruchttragendes Grundstück zur Benutzung eingeräumt hat, dem Gläubiger wegen des etwaigen Mehrbetrages der Nutzungen nicht die Einrede der Zahlung auf das Kapital entgegensetzen, vielmehr bleibt ihm nur überlassen, seinen desfallsigen Anspruch, gleichwie bei zuviel gezahlten Zinsen, im Wege der Kompensation oder Rekonvention geltend zu machen. Erk. des Obertr. v. 10. November 1853 (Archiv für Rechtsfälle Bd. XI, S. 39). Kompensation und Rekonvention sind nur prozessualische Formen, der Rechtsgrund des Anspruchs (die causa agendi) ist hier die condictio ex lege §. 1271, Tit. 20, Th. II. M. s. auch unten, Anm. 43[b] zu §. 824 d. T., wo die condictio indebiti das rechte Klagmittel ist.

36[a]) (4. A.) Wird bei Darlehen für den Fall der nicht pünktlichen Entrichtung der vorbedungenen vier Prozent Zinsen ein fünftes als Strafprozent ausgemacht, so fällt auch dieses fünfte Prozent unter die gesetzlichen Vorschriften über vorbedungene Zinsen und unterliegt daher der kurzen Verjährung nach §. 2, Nr. 5 des G. vom 31. März 1838. Erk. des Obertr. v. 13. März 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. I, S. 313).

§. 814. Außer diesem Falle aber ist der zur Zeit der Ablieferung oder Leistung gewöhnliche Preis, oder Lohn, bei der Berechnung zum Grunde zu legen.

§. 815. Der Gläubiger ist in der Regel nicht befugt, die Zinsen eines Darlehns im Voraus abzuziehen.

§. 816. Ist dieses gleichwohl geschehen, so wird das Abgezogene von der im Instrumente verschriebenen Kapitalssumme abgerechnet, und der Gläubiger kann nur auf das, was er solchergestalt an Valuta wirklich gegeben hat, Verzinsung, sowie künftig Rückzahlung fordern [37]).

§. 817. Hat der Gläubiger mit einem geringern, als dem ihm erlaubten höchsten Zinssatze, sich begnügt, so kann er die Zinsen jedoch nicht für längere Zeit, als ein Jahr, im Voraus abziehen [38]).

§. 818. Zinsen von Zinsen dürfen nicht gefordert werden [39]).

§. 819. Doch können über zweijährige oder noch ältere [40]) Zinsenrückstände neue Schuldscheine gegeben, und Zinsen davon verschrieben werden.

§. 820. Der Abschluß eines solchen Geschäfts aber muß, wenn es gültig sein soll, gerichtlich erfolgen.

---

37) Der Gedanke des Gesetzgebers ist deutlicher ausgedrückt in dem §. 1279, Tit. 20, Th. II, wonach nur das Mehrere für wucherlich gilt, welches den Unterschied zwischen den angerechneten geringeren, und den höheren gesetzmäßigen Zinsen ausmacht. Zwar ist dieser §. mit dem Tit. 20 selbst formell aufgehoben, das hindert aber nicht, daraus den Gedanken, welchen der Gesetzgeber in unserem §. 816 hat ausdrücken wollen, zu erkennen. Bis auf das erlaubte Maß ist der Abzug im Voraus immer erlaubt: es muß so viel an wirklich gegebenem Kapitale übrig bleiben, daß die Zinsen davon nicht mehr betragen, als der Geber nehmen darf. Das Mehr und nur das Mehr ist Zinswucher.

38) Auf so lange die Zinsen (Geldmiethe) in Voraus abgezogen worden sind, kann auch der Gebrauch des Kapitals nicht entzogen werden; denn auf so lange wenigstens ist der Kontrakt geschlossen. (5. A.) Deshalb ist der §. 817 nicht gestrichen, sonst aber hat er seinen Zweck verloren, nachdem alle Zinsbeschränkungen aufgehoben sind.

39) Das positive Verbot des Anatocismus ist aus dem R. R. übernommen. Suarez war, nach seinem Vortrage bei der Schlußrevision, damit nicht einverstanden. Er sagt: „Der Satz, daß usurae usurarum nicht gefordert werden können, hat mehr in dem bekannten odio des kanonischen Rechts gegen alle Zinsen als in der Natur der Sache ihren (seinen) Grund. Wenn mir mein Schuldner mit der einen Hand 100 Thaler Zinsen zahlt, und dieselben mit der anderen als ein neues Darlehn zurücknimmt, so kann gegen die Rechtmäßigkeit eines solchen Geschäfts Niemand etwas einwenden. Der einzige vernünftige Grund des bisherigen Verbots liegt darin, daß nicht leichtsinnige, unbesonnene Schuldner durch die Leichtigkeit, sich der Zahlung durch die Ausstellung eines neuen Schuldscheins zu entledigen, und das baare Geld, womit sie sonst ihre Interessen berichtigen müßten, zu anderen Depensen zu verwenden, unvermerkt zu tief in Schulden verwickelt, und dadurch zuletzt die gänzliche Beute eines verschmitzten Wucheres werden möchten. Dieser Besorgniß scheint aber durch die Bestimmungen §§. 819, 820 hinlänglich vorgebeugt zu sein." (Jahrb. Bd. XLI, S. 13.) Der anerkannte Grund ist mithin Bevormundung.

40) Man ist über den Sinn von „zweijährigen oder noch älteren" Rückständen uneins. Einige verstehen darunter Rückstände, die wenigstens zwei Jahre alt sind. Diese haben den Wortlaut für sich, und die ursprüngliche viel deutlichere Fassung der Stelle im ungedr. Entw. zum Gesetzbuche, wo sie lautet: „Doch konnen auch über Zinsenrückstände, in sofern solche schon über zwei Jahre alt sind, neue Schuldscheine gegeben, und Interessen darin verschrieben werden." (Ges.-Rev. Pens. XIV, Mot. S. 147.) Aber in diesem unzweideutigen Sinne hat man eben die Vorschrift nicht geben wollen, und deshalb geändert. Andere verstehen es so, daß es erlaubt sei, daß über einen zweijährigen Zinsbetrag, ohne Rücksicht auf das Alter der Fälligkeit, eine neue verzinsliche Verschreibung gegeben werden könne. So hat auch der J. M. Kircheisen, ein bekannter Mitarbeiter bei der Abfassung des A. L.R., die Stelle verstanden, nach einem R. v. 27. Aug. 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 263) und v. 2. November 1811 (Simon, Zeitschr., Bd. I, S. 2). Ich verstehe es von Zinsrückständen, d. h. fällig gewordenen Zinsterminen, welche entweder zusammengerechnet einen zweijährigen Betrag ausmachen, oder, wenn sie nicht so viel betragen, wenigstens seit zwei Jahren fällig sind. Für diese Auffassung spricht die Abänderung der ursprünglichen Fassung, nach welcher der nach der ersten Auslegung in der Stelle enthalten sein sollende Sinn wortdeutlich ausgedrückt war; man hat die Vorschrift in diesem Sinne verworfen. Außerdem wird die Absicht erreicht, daß nicht über jeden fälligen Zinstermin und nicht über jeden Jahresbetrag eine neue verzinsliche Verschreibung ausgestellt werden solle.

§. 821. Wenn Jemand zur Bezahlung eines Zinsrückstandes verurtheilt[41]) worden, und vor Ablaufe der im Urtel bestimmten Frist die Zahlung nicht leistet, so kann der Gläubiger auch von diesem Rückstande[42]) Zögerungszinsen, seit dem Tage, wo das Erkenntniß rechtskräftig geworden ist[42a]), fordern[43]).

41) Auf diesen Ausdruck und auf den weiterhin gebrauchten „Erkenntniß" ist von dem Obertrib. nach dem Pr. 1, v. 17. Okt. 1832 (Simon, Rechtspr., Bd. III, S. 155) und auch von dem J.M. nach einem R. v. 1. März 1822 (Jahrb. Bd. XIX, S. 164) der Satz gegründet worden, daß ein förmliches Urtel oder Erkenntniß gefordert werde und ein, wenngleich exekutorisch gewordenes, Zinszahlungs-Mandat nicht genüge. Das damalige Zinszahlungs-Mandat kommt nicht mehr isolirt vor; seitdem ist der Mandatsprozeß sowohl für alle in gewisser Art verbriefte oder aus gewissen Rechtsverhältnissen entspringende Forderungen, als auch im Bagatellprozesse über fungible Sachen eingeführt worden und die in dieser Prozeßform erlassenen Mandate vertreten die Stelle des Urtels. Auf diese Mandate paßt jener Satz nicht. Unter dem „Erkenntnisse" muß wohl jeder exekutorische Titel (auch ein gerichtlicher Vergleich in Prozessen und ein Schiedsmannsvergleich) verstanden werden, wenn eine Zerreißung der Rechtseinheit und eine Verletzung der Privatrechte durch Einführung neuer Prozeßformen vermieden werden soll.

42) Gleichviel, ob der Rückstand für sich allein, oder mit dem Kapitale zugleich eingeklagt worden ist; denn diese Zufälligkeit berührt den Rechtspunkt nicht.

42a) Wenn dieser Tag früher eintritt als der „Ablauf der im Urtel bestimmten Frist", so fangen die Verzugszinsen erst von dem Ablaufe der Frist zu laufen an.

43) Man findet es zweifelhaft: ob auch von zuerkannten Verzugszinsen Zögerungszinsen seit dem Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses gefordert werden können, wenn der Schuldner nicht prompt zahlt. Diejenigen, welche dies verneinen, beweisen solches durch die Behauptung, daß der Rechtssatz des §. 821 sich nur auf vorbedungene Zinsen beziehe, daß aber die Zögerungszinsen nicht wahre Zinsen, sondern die Entschädigung für eine Rechtsverletzung seien und Zögerungszinsen keinen bestimmten Verfalltag hätten, vielmehr in der Regel nur mit dem Kapitale zugleich eingeklagt werden könnten. Entsch. des Obertr. v. 28. Sept. 1839 (Entsch. Bd. V, S. 345), und v. 17. Oktbr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 119). Das muß zugegeben werden; die Stelle findet sich unter den Bestimmungen von vorbedungenen Zinsen, Zögerungszinsen sind nicht eigentliche Zinsen (usurae), sondern eine Entschädigung, und hiervon ist erst weiterhin in §§. 827 ff. Rede. Nicht bloß der Rechtssatz des §. 821, sondern auch das Verbot des Anatocismus bezieht sich nur auf vorbedungene Zinsen. Aber das Obertribunal gründet darauf den Rechtssatz: „Die gesetzliche Befugniß des Gläubigers, von einem Zinsenrückstande, zu dessen Bezahlung der Schuldner verurtheilt worden, Zögerungszinsen seit dem Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses zu fordern, sobald der Schuldner vor Ablauf der im Urtel bestimmten Frist die Zahlung nicht leistet, erstreckt sich nur auf rückständig verbliebene vorbedungene, nicht auf Zögerungszinsen." Pr. 738, v. 27. Septbr. 1839. Wiederholt angewendet in dem Erk. v. 17. Oktbr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 119). Dieser Rechtssatz wird durch jene Vordersätze nicht bewiesen. Wenn es richtig ist, was zugegeben wird, daß der §. 821 nur von Konventionalzinsen handelt, so ist der Gegensatz doch nur: er handelt nicht von Zögerungszinsen, d. h. er entscheidet durchaus nichts über die Frage: was in dem Falle, wo ein zu einer Summe Zögerungszinsen Verurtheilter nicht zahlt, der Schuldner dem Gläubiger an Entschädigung zu leisten habe. Wer also Verzugszinsen von jener Summe fordert, kann sich zur Begründung seines Anspruchs nicht mit Erfolg auf den §. 821 berufen. Allein damit ist noch nicht entschieden, daß ihm eine solche Forderung von Rechtswegen gar nicht zustehe. Das Obertribunal selbst führt aus, daß Zögerungszinsen ein Ersatz des Schadens seien, den der Gläubiger durch Verzug des Schuldners leidet. Warum soll wohl die Entscheidung jener Frage nicht aus den Rechtsgrundsätzen gefunden werden, welche vom Schadensersatze handeln? Das scheint auch mit der Berufung auf den §. 833 d. T. beabsichtigt zu sein. Nach §. 833, wird gesagt, kann der Gläubiger außer den Zögerungszinsen für den, durch den Verzug des Schuldners entstandenen Schaden keine weitere Vergütigung fordern. Zinsen von den bis zur Zahlung laufenden Verzugszinsen könnten dem Gläubiger nicht zuerkannt werden, denn derselbe würde alsdann, wenigstens für die Zeit von der Rechtskraft des Erkenntnisses an, eine doppelte Entschädigung erhalten. — Das trifft nicht zu. Man identifizirt die bis zu einem gewissen Tage aufgelaufene und fällige Entschädigungssumme mit der Fortsetzung der Beschädigung in der Hauptsache. Die fortlaufenden Zögerungszinsen erhält der Gläubiger für den fortdauernden Verzug mit Zahlung des Kapitals. Wo bleibt die bereits festgesetzte und längst zahlbar gewesene Entschädigungssumme? Nur durch rechtzeitige Zahlung derselben wäre der Gläubiger bis dahin entschädigt gewesen; durch verspätete, wer weiß, wie lange verspätete Zahlung ist er es nicht. Nach §. 66, Tit. 16 muß, wer aus einer unerlaubten Handlung zur Entschädigung verpflichtet ist, den nach Gelde festgesetzten Betrag derselben, von dem Tage des ergangenen Urtels an, verzinsen. Setzt der Beschädiger nach diesem Tage die Beschädigung fort, so muß er dafür wieder Ersatz leisten bis dahin, wo die Beschädigung aufhört. Dadurch erhält der Gläubiger keine doppelte

§. 822. Im Mangel verabredeter Bestimmungen sind vorbedungene Zinsen beim Ablaufe eines jeden Jahres zu entrichten.

§. 823. Ist der Zahlungstermin des Kapitals auf kürzere Zeit als Ein Jahr bestimmt, so müssen die Zinsen mit dem Kapitale zugleich berichtiget werden.

§. 824. Wenn in einem Schuldscheine [43a]) keine Zinsen versprochen worden [43aa]), so kann der Gläubiger dergleichen nicht fordern [43b]).

§. 825. Konventionalstrafen, zu welchen sich der Schuldner, statt der Zinsen, auf den Fall, wenn die Rückzahlung des Kapitals [44]) zur bestimmten Zeit nicht erfolgte, schriftlich verbunden hat, sind in soweit gültig, als sie nicht über [45]) Sechs, oder bei Kaufleuten und Juden nicht über Acht vom Hundert betragen [45a]).

§. 826. Sind aber Zinsen vorbedungen, und zugleich eine Konventionalstrafe [46])

---

Entschädigung für ebendieselbe Schadenszufügung. Auch durch den anderen Grund, daß Zögerungszinsen in der Regel nur mit dem Kapitale zugleich eingeklagt werden können, wird der Rechtssatz als ein allgemeiner nicht begründet. Denn die rechtskräftig zuerkannte Entschädigungssumme (die Zögerungszinsen bis zur Rechtskraft des Erkenntnisses) nehmen in dieser Hinsicht den Charakter des Kapitals an. Außerdem beruhet der Grund auf einer Zufälligkeit. Ist Jemand verurtheilt, am 1. Dezember 1852 ein Kapital von 1000 Thlrn. nebst 10jähr. Verzugszinsen zu zahlen, und zahlt er am Zahltage 1000 Thlr. auf das Kapital, die der Gläubiger mit Vorbehalt seines Rechts wegen der Verzugszinsen, und ohne Fristbewilligung, auf das Kapital annimmt, so bezweifelt gewiß Niemand, daß der Gläubiger die rückständig verbliebene Entschädigungssumme von 500 Thalern (hier sind also doch in der That auch Zögerungszinsen rückständig verblieben, welcher Ausdruck nach der Meinung des Obertr. nicht passen soll!) später für sich einklagen könne. Erhält er nun seine 500 Thlr. Entschädigung nach 5 Jahren, so ist doch völlig klar und am Tage, daß er jetzt nicht so viel hat, als er haben würde, wenn er solche schon vor 5 Jahren mit dem Kapitale zugleich gezahlt erhalten hätte; er hat mithin nicht die ihm gebührende Entschädigung, wenn er nicht Verzugszinsen erhält. Hätte er voraussehen können, daß ihm die Richter solche absprechen würden, so durfte er dem Schuldner bei der Zahlung nur widersprechen und die 1000 Thaler zuerst auf die Entschädigung und den Rest auf das Kapital rechnen. Dergleichen Zufälligkeiten haben auf den Rechtsgrund keinen Einfluß. — Nach dem Gesagten steht es so: Der §. 821 u. das Verbot des Anatocismus beziehen sich nur auf vorbedungene Zinsen, eben deshalb müssen von rechtskräftig zuerkannten, aber zur bestimmten Zeit nicht gezahlten (folglich rückständig verbliebenen) Zögerungszinsen, nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze, seit jenem Tage Verzugszinsen gezahlt werden.

43a) (4. A.) Damit ist die nachträgliche Zinsenstipulation durch eine besondere Urkunde nicht für unkräftig erklärt; auch die Erhöhung des Zinsfußes kann nachträglich geschehen und kommt oft vor.

43aa) (5. A.) Dem Erforderniß der Schriftform für die Zinsenstipulation ist genügt, wenn die verschriebene Summe als eine „zinsliche", d. h. als eine verzinsliche, anerkannt worden, da die Bezeichnung des Zinsfußes zur Vollständigkeit des Zinsversprechens nicht geboten ist und die Vermuthung für den landüblichen Zinsfuß spricht (§§. 840, 841), wonach das schriftliche Versprechen ergänzt werden muß (§. 731 d. T. u. §. 129, Tit. 5). Erk. des Obertr. vom 28. Oktober 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 344).

43b) (4. A.) Zahlt der Darlehnsschuldner ohne rechtliche Verpflichtung freiwillig Zinsen für das Darlehn, so kann er dieselben nicht ohne Weiteres auf das Kapital abrechnen, sondern nur als eine Nichtschuld zurückfordern, wenn er den Erfordernissen der condictio indebiti genügt. Erk. des Obertr. v. 20. September 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIII, S. 1).

44) Nur für den Fall der verzögerten Rückzahlung des Darlehnskapitals gilt diese Bestimmung. Auf den Fall der versäumten Zinszahlung ist die Verabredung einer Konventionalstrafe nicht erlaubt. Diese Meinung hat auch der J.M. in einem (in den Erg. ad h. §. abgedruckten) R. v. 16. Septbr. 1825 ausgesprochen, doch ohne andere Begründung, als weil es in den Gesetzen nicht enthalten, daß eine solche Stipulation zulässig sein sollte. Zur Zulässigkeit würde aber schon der Mangel eines Verbots genügen. Das Verbot ist jedoch in dem Verbote des Anatocismus enthalten. Von Zinsen soll wegen verzögerter Zahlung, in der Regel, kein Interesse weiter gefordert werden dürfen, eine Konventionalstrafe ist aber ein solches verbotenes Interesse.

45) Diese Vorschrift, wonach das Maximum der Konventionalstrafe 6 Prozent nicht übersteigen darf, ist nur auf Darlehen, nicht auf alle Verbindlichkeiten zur Zahlung einer Summe anzuwenden; für andere Verträge als Darlehen gilt der §. 300, Tit. 5. Vergl. Entsch. d. Obertr. Bd. XII, S. 10.

45a) (5. A.) Diese Beschränkungen sind für Darlehne und für andere kreditirte Forderungen aufgehoben. Oben, Zus. 22b zu §. 804 d. T.

46) Nämlich auf den Fall der verzögerten Kapitalszahlung; denn dieser §. ist die Fortsetzung der Bestimmung des vor. §. 825.

bestimmt worden, so dürfen beide zusammen den vorstehenden Satz der Sechs und Acht vom Hundert nicht übersteigen.

Von Zögerungszinsen.

§. 827. Sind weder Zinsen, noch Konventionalstrafe vorbedungen, so muß dennoch der Schuldner, von dem Tage an, wo er die Rückzahlung zu leisten schuldig war, und sie nicht geleistet hat, Zögerungszinsen entrichten[47]).

Anh. §. 26 fällt weg[48]).

---

47) Verzögerungszinsen haben eine durchaus accessorische Natur, so daß sie in der Regel mit der Hauptforderung zugleich eingeklagt werden müssen und nicht durch eine selbstständige Klage eingefordert oder nachgefordert werden können. S. u. §. 845 und die Anm. dazu. Wegen einer Ausnahme s. o. die Anm. 43 a. E. (4. A.) Tritt bei vorbedungenen Zinsen eine Zögerung mit der Kapitalszahlung ein, so kann der Gläubiger Zögerungszinsen fordern und die Konventionalzinsen fahren lassen, was sowohl hinsichtlich des Zinsfußes als der Verjährung erheblich ist. Dies ist streitig. Eine andere Meinung ist, daß bei eingetretenem Verzuge des Schuldners in Zurückzahlung des verzinslichen Darlehns die ferneren Zinsen ihre Eigenschaft als vorbedungene nicht verlieren und daher der vierjährigen Verjährung unterliegen, wogegen die durch den Verzug etwa begründeten Mehrzinsen der kurzen Verjährung nicht unterliegen, und daß es hierin nichts ändere, wenngleich in der Schuldverschreibung die Verzinsung nicht ausdrücklich bis zur Zurückzahlung des Kapitals versprochen sei. — Der Folgesatz ist einzuräumen, wenn der Grundsatz dieser Meinung richtig ist. Das ist nicht anzuerkennen, weil er keinen anderen Rechtsgrund hat als das Postulat, daß die hinzutretende causa ex mora gespaltet werden müsse und nur zum Theile Geltung erlange. Wo ist dafür ein juristischer Beweis? Jedoch hat sich die Mehrheit des damaligen Obertribunals durch den Pl.-Beschl. v. 9. April 1846 (oben, Anm. 65 zu §. 2, Nr. 5 des G. v. 31. März 1831, Zus. 7 zu Tit. 9) für diese Meinung entschieden. Vergl. die Anwendungen in den Erk. v. 18. Nov. 1851 und v. 29. Novbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 90 und Bd. XI, S. 76). — (4. A.) Das Obertr. hat denn auch bei einer Entscheidung vom 7. November 1862 dem Pl.-Beschl. eine Beschränkung beigefügt. Der Pl.-Beschl. soll voraussetzen ein Zinsversprechen, „welches nicht durch einen terminus ad quem beschränkt ist, welches also, ungeachtet des hinzugekommenen Verzuges, als in Kraft verblieben betrachtet werden kann." (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 60.) D. h., wenn ein Darlehn auf ein Jahr, mit Hinzufügung des letzten Kalendertages, gegeben wird, so findet der Satz des Pl.-Beschl. keine Anwendung; wenn es auf Widerruf (Kündigung) gegeben wird und der Gläubiger so kündigt, daß die Fälligkeit genau an demselben Tage eintritt, so findet er Anwendung. Die Unterscheidung ist rein willkürlich, unjuristisch.

48) Es hieß: „Der Fiskus ist nur vorbedungene Zinsen zu zahlen schuldig." Vor Einführung des A. L.R. war das Privilegium des Fiskus aus L. 17, §. 5 D. de usuris (XXII, 1): fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit, sowohl in der Gerichtspraxis unbezweifelt gehandhabt, als auch von der Brandenburg'schen Gesetzgebung, in dem Landtagsrezesse v. 26. Juli 1653, §. 27, besonders anerkannt worden. Bei Abfassung des Gesetzbuchs war es übergangen worden, und man hielt dies, wie der J.M. in einem Schr. vom 20. Febr. 1797 (Rabe, Bd. IV, S. 32) aussprach, für eine Aufhebung. Das Generaldirektorium und das Oberkriegskollegium waren anderer Meinung: man forderte im J. 1799 ein Gutachten von der Gesetzkommission. Das Gutachten der Justizdeputation vom 11. März 1799, und das hinterdrein noch von den vereinigten Deputationen der G.K. erstattete Gutachten vom 3. September 1799 fiel dahin aus, daß das Privilegium aus der L. 17, §. 5 de usuris durch das A. L.R. aufgehoben und dessen Wiederherstellung weder gerecht, noch billig sei. Dies fand nicht Beifall bei dem J.M. und dem Generaldirektorium. Auf eine Immediatanfrage erging die K.O. v. 28. Oktbr. 1799, welche lautet: „Seine Königl. Maj. von Preußen ꝛc. ertheilen dem Generaldirektorio und dem Großkanzler v. Goldbeck auf die Anfrage vom 24. d. M. zum Bescheid, daß allerdings ein deklaratorisches Gesetz dahin zu erlassen sei, daß Fiskus ohne Stipulation Zinsen zu bezahlen nicht schuldig, dergleichen aber, ohne Versprechen, ohne vorhergegangene Mahnung und bestimmten Zahlungstag, zu empfangen wohl befugt sei." (N. C.S. Bd. X, S. 2687; Rabe, Bd. V, S. 629.) In dem Zufertigungsreskr. vom 18. Nov. 1799 an die Justizkollegien sagt der Großkanzler, daß diese authentische Deklaration kein neues Gesetz enthalte. Aus dieser K.O. wurde in den ersten Anh. z. A. L.R. §. 26, nur der erste Theil, nämlich die Bestimmung: daß der Fiskus ohne Stipulation Zinsen zu bezahlen nicht schuldig sei, aufgenommen; der andere Theil, betreffend die Befugniß des Fiskus, Zinsen zu fordern, war zwar in den Entwurf des Anhangs auch aufgenommen worden, er findet sich aber durchstrichen, ohne daß ein Grund davon ersichtlich ist. Gesetzrev. Pens. XII, Motive z. A. L.R. II, 14, S. 146. Vergl. die Motive des Pl.-Beschl. des Obertr. vom 5. Juli 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 271). Inzwischen ist auch die in den §. 26 des Anh. aufgenommene erste Hälfte jener Verfügung durch die Gesetze v. 7. Juli 1833 und v. 7. März 1845 (Zus. 24 und 25) gänzlich verändert.

24. Ges. v. 7. Juli 1833, über das Recht und die Verpflichtung des Fiskus in Ansehung der Zinsen. (G.S. S. 79.)

Wir ꝛc. verordnen zur näheren Bestimmung und zur Einschränkung des fiskalischen Vorrechts hinsichtlich der Zinsen, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unsers Staatsraths, wie folgt:

§. 1. In Ansehung des Rechts, Zinsen zu fordern, ist der Fiskus lediglich nach den allgemeinen Rechtsregeln zu beurtheilen[48a].

§. 2. Ebenso gelten die allgemeinen Rechtsregeln in Hinsicht der Verpflichtung des Fiskus, vorbedungene Zinsen sowohl als solche Zinsen zu zahlen, welche in Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften bei gewissen Geschäften eintreten[49].

§. 3. Eigentliche Zögerungszinsen dagegen ist Fiskus nur von dem Tage der in dem rechtskräftigen Erkenntnisse[49a] bestimmten Zahlungsfrist, mit Fünf vom Hundert, zu entrichten verbunden[50].

§. 4. Das gegenwärtige Gesetz ist in allen Provinzen Unserer Monarchie zur Anwendung zu bringen, und werden auch alle ihm entgegenstehende allgemeine und provinzielle gesetzliche Vorschriften hierdurch aufgehoben.

25. Ges. vom 7. März 1845, über die Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Zögerungszinsen. (G.S. S. 158.)

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. Um den von den getreuen Ständen mehrerer Provinzen vorgetragenen Wünschen wegen Aufhebung des fiskalischen Vorrechts hinsichtlich der Zögerungszinsen möglichst zu entsprechen, verordnen Wir, unter Abänderung des §. 3 des G. v. 7. Juli 1833, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths für den ganzen Umfang der Monarchie was folgt:

Der Fiskus soll fortan auch in Ansehung der Verbindlichkeit, Zögerungszinsen zu zahlen, in Friedenszeiten den Privatpersonen völlig gleichgestellt sein.

Dagegen soll derselbe während der Dauer eines Krieges von den bis zu dessen Ausbruch gegen ihn noch nicht rechtskräftig festgestellten oder während des Krieges fällig werdenden Forderungen Zögerungszinsen erst von dem Tage an zu entrichten verbunden sein, an welchem das Erkenntniß über die Forderung rechtskräftig wird[51].

§. 828. Diese Zögerungszinsen laufen von dem im Schuldscheine bestimmten Zahlungstage[52] an.

§. 829. Ist im Instrumente kein Zahlungstag bestimmt, so müssen sie, nach erfolgter Aufkündigung, von dem Ablaufe der dazu verabredeten, oder gesetzmäßig bestimmten Frist[52a], entrichtet werden.

---

48a) Hierdurch ist denn der zweite Theil der K.O. v. 28. Oktbr. 1799 (Anm. 48) ganz bestimmt abgeschafft, was durch die bloße Nichtaufnahme in den ersten Anh. noch nicht geschehen war.

49) Hier und im folg. §. 3 werden die gesetzlichen Zinsen (usurae legales) im engeren Sinne und die eigentlichen Zögerungszinsen unterschieden, ein Unterschied, der in der landrechtlichen Gesetzgebung nicht deutlich hervortritt. Seit der Publikation dieses Gesetzes ist Zweifel darüber entstanden: ob die Verpflichtung des Fiskus zu den gesetzlichen Zinsen im engeren Sinne erst durch dasselbe begründet, oder nicht vielmehr schon vorhanden gewesen sei. Derselbe ist durch den Pl.-Beschl. des Obertr. (Pr. 2386) vom 5. Juli 1852 dahin entschieden: „Fiskus ist gemäß §. 26 des Anh. zum A. L.R. bis zur Publikation des Gesetzes vom 7. Juli 1833 von der Zahlung solcher Zinsen, welche in Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften bei gewissen Geschäften eintreten, befreit gewesen." (Entsch. Bd. XXIII, S. 271.)

49a) Vergl. unten die Anm. 51 zu §. 196, Tit. 16.

50) Abgeändert durch das Gesetz vom 7. März 1845 (Anh. 25). S. auch unten Anm. 50 zu §. 195, Tit. 16.

51) Wird gegen ein Appellationserkenntniß von dem Fiskus die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt und diese verworfen, so ist der Tag der Insinuation des Appellationsurtels als der Tag der Rechtskraft anzusehen. V. v. 14. Dez. 1833, §. 10; R. v. 20. Okt. 1840 (J.M.Bl. S. 341).

52) §. 67, Tit. 16. Auch wenn der Schuldner zum Moratorium verstattet ist; denn daraus folgt eben seine Mora. Pr.-O. Tit. 47, §. 38; Konk.-Ordn. §. 427; Pr. des Obertr. vom J. 1813 (Jahrb. Bd. III, S. 321).

52a) War vor dem Prozesse ein Verzug nicht zu erweisen, so laufen doch Prozeßzinsen seit Insinuation der Klage. Pr.-O. Tit. 7, §. 48, d

§. 830. Als Zögerungszinsen können in der Regel Fünf[52b]) vom Hundert gefordert werden.

§. 831. Auch wenn im Schuldscheine niedrigere Zinsen vorbedungen wären, kann der Gläubiger, von der Zeit der Zögerung des Schuldners an, Fünf vom Hundert fordern.

§. 832. Kaufleute[52c]) und Juden[53]) können den höchsten ihnen erlaubten Zinssatz als Zögerungszinsen fordern, wenn sie gleich im Instrumente selbst sich nur niedrigere Zinsen versprechen lassen.

§. 833. Außer den Zögerungszinsen kann der Gläubiger für den durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütung fordern[54]).

§. 834. Hat jedoch der Schuldner, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln[55]), aus Vorsatz oder grobem Versehen[56]), die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen oder der Konventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen[56a]).

Vorschriften wegen Bezahlung der Zinsen.

§. 835. Sowohl vorbedungene, als Zögerungszinsen, müssen in der Münzsorte des Kapitals[57]) entrichtet werden.

§. 836. Was wegen der Kapitalszahlungen §§. 769—777 verordnet ist, findet auch bei Entrichtung und Einkassirung der Zinsen statt.

§. 837. Wenn eine gewisse Summe zehn Jahre hindurch[57a]) als Zinsen eines schuldigen Kapitals bezahlt worden, so entsteht die Vermuthung[58]), daß der Zahlende das Kapital selbst als ein Darlehn schuldig sei.

§. 838. Diese Vermuthung wird bloß dadurch, daß der Empfänger über das Kapital selbst keinen Schuldschein vorzeigen kann, noch nicht entkräftet[59]).

---

52b) S. unten die Zus. 26, 27, 28 zu §. 841 d. T. — (3. A.) Schon die Reichsgesetzgebung (Dep.-Absch. 1600, §. 139) hatte in Anerkennung der reichskammergerichtlichen Praxis (Meiern, vom sechsten Zinsthaler, S. 117 ff.) das Interesse des Gläubigers im Falle der mora solvendi zur Abschneidung weitläuftiger Liquidationen und Beweisführungen auf fünf Prozent festgesetzt, weil man annahm, daß nach dem damals zulässigen Zinsfuße für den Rentenkauf (Reichspol.-O. 1530, Tit. 26, §. 8; 1548, Tit. 17, §. 8; 1577, Tit. 17, §. 9) der Gläubiger sein Geld so hoch nutzen könne. Die Bestimmung hat die Bedeutung einer Fiktion, gegen welche von keiner Seite ein Beweis zulässig ist, mit der einzigen Ausnahme, welche der §. 834 festsetzt.

52c) Pr. des Obertr. 341 unten in der Anmerk. 33 zu §. 64, Tit. 16. — Vergl. o. Anm. 32 zu §. 805 d. T.

53) S. o. die Anm. 33 zu §. 805 d. T.

54) Vergl. o. die Anm. 43 zu §. 821 d. T.

55) Nur unter dieser Voraussetzung, die der Gläubiger in den seltensten Fällen zu erweisen im Stande sein wird, soll die reichsgesetzliche Entscheidung der Kontroverse (R.D.A. v. 1600, §. 139) Geltung haben, und auch nur unter Einschränkung auf den wirklichen Schaden. Die Bestimmung ist dadurch unpraktisch gemacht.

56) Nach der Regel muß in diesem Falle das ganze Interesse geleistet werden. §. 285, Tit. 5. Ein juristischer Grund zu der davon hier gemachten Ausnahme ist nicht bekannt.

56a) (4. A.) Die §§. 833, 834 sind bei denjenigen Darlehnsverträgen nicht ausgeschlossen, bei denen die Valuta in den Objekten des §. 793 gegeben ist. Erk. des Obertr. vom 11. April 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 162).

57) Bei Entrichtung vorbedungener Zinsen vor Alters ausgeliehener Kapitalien ist das Verhältniß des zur Zeit der Ausleihung bestehenden Münzfußes verglichen mit dem zur Zeit der Zinszahlung gültigen Münzfuße, maßgebend; Münzveränderungen, welche inmitten dieser beiden Faktoren liegen, sind unerheblich. Pr. des Obertr. vom 27. Nov. 1851 (Entsch. Bd. XXIII, S. 308). Das Gleiche gilt bei der Rückzahlung solcher Kapitalien. §. 787 d. T.

57a) In jedem Jahre besonders. Die causa braucht in den Quittungen nicht näher angegeben zu sein, als daß es „Zinsen eines schuldigen Kapitals" seien.

58) Die Vermuthung des Titels der Hauptschuld (weil eine Zinsenobligation nicht ohne Hauptstuhl gedacht werden kann), nach Brunnemann's Lehre im Kommentar ad L. 28 C. de pactis, no. 9. S. aus der vorlandrechtlichen Praxis den Rechtsfall in Hymmen, Beiträge, Samml. VIII, S. 59.

59) Denn es kann von Anfang kein Instrument aufgesetzt worden, oder das ausgefertigte Instrument verloren gegangen sein, nach Leyser, Med., sp. 243, m. 8.

§. 839. Ist die §. 837 beschriebene Zinsenzahlung durch Dreißig Jahre geleistet worden, so kann der Gläubiger das Kapital vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechts[60]) fordern, und der Beweis, daß ursprünglich kein Darlehn gegeben worden, ist nur in dem Maße zulässig, wie gegen die Verjährung überhaupt ein Beweis stattfinden kann.

§. 840. Ist die Summe des Kapitals, zu welchem sich der Schuldner durch diese mehrjährige Zinsenzahlung (§§. 837, 839) bekannt hat, in den Quittungen nicht ausgedrückt, noch sonst auszumitteln, so müssen die jährlich gezahlten Interessen nach landüblichem Zinsfuße zu Kapital gerechnet werden.

§. 841. Unter landüblichen Zinsen werden im Gesetze Fünf vom Hundert verstanden[60a]).

26. V. v. 2. Juni 1827, wegen Herabsetzung des im Ostpreußischen Provinzialrecht bestimmten Zinssatzes. (G.S. S. 76.)

Wir ꝛc. thun kund: Wenn wir auch zur Zeit noch Bedenken tragen müssen, den in dem 29sten Zusatze des Ostpreußischen Provinzialrechts bestimmten Zinsfuß mit Sechs vom Hundert allgemein herabzusetzen, so wollen wir dennoch diese Herabsetzung in Bezug auf die durch das Gesetz unmittelbar bestimmten, ingleichen auf die Zögerungszinsen in solchen Fällen, in welchen die verabredeten Zinsen nicht mehr als Fünf vom Hundert betragen, eintreten lassen.

Wir verordnen daher, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums, nach erfolgtem Gutachten Unserer getreuen Stände des Königreichs Preußen, Folgendes:

§. 1. In allen Fällen, in welchen die Verbindlichkeit zur Zinszahlung nicht auf einer Verabredung, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruhet, sollen nicht mehr als Fünf vom Hundert an Zinsen gefordert werden dürfen.

§. 2. Gleichergestalt werden die Zögerungszinsen von Sechs auf Fünf vom Hundert herabgesetzt[61]).

§. 3. Betragen die verabredeten Zinsen jedoch mehr als Fünf vom Hundert, so werden darnach auch die Zögerungszinsen bestimmt.

§. 4. Ist in dem A. L.R. ein höherer Zinssatz ausdrücklich festgesetzt worden, so hat es dabei sein Bewenden.

27. K.O. vom 10. Mai 1828, wegen allgemeiner Gültigkeit dieser V. für die ganze Monarchie. (v. Kamptz, Annal. Bd. XII, S. 316.)

Auf den Bericht des Staatsministeriums v. 21. v. Mts. und nach dessen Antrage gebe Ich Ihnen hierdurch zu erkennen, daß durch die Bezugnahme auf das Ostpreußische Provinzialrecht, welche in der nach dem Gutachten der Stände des Königreichs Preußen wegen Herabsetzung des Zinsfußes ergangenen Verordnung vom 2. Juni v. J. enthalten ist, die gesetzliche Anwendung derselben auf diejenigen Theile der Provinz Westpreußen, worin das Ostpreußische Provinzialrecht keine verbindliche Kraft hat, nicht ausgeschlossen worden, daß die Bestimmungen dieser Verordnung vielmehr für das ganze Königreich, mithin auch für die gesammte Provinz Westpreußen, nach dem Antrage der Provinzialstände gültig sein sollen.

Ich autorisire Sie, diesen Befehl durch die Amtsblätter der Regierungen zu Königsberg, Danzig

---

60) S. o. die Anm. 1 zu §. 500, Tit. 9. Diese eigenthümliche Begründungsart einer persönlichen Verbindlichkeit ist von mehreren gemeinrechtlichen Juristen aus der L. 6 pr. §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 3, 4, 8, §. 1 C. de praescr. XXX vel XL annor. (VII, 39) u. L. 20 C. de agricolis et censitis erfunden worden. „Nach gemeinem Rechte kann durch die bestimmte Verjährung (praescriptio definita) eine Forderung nicht erworben, noch weniger aber die dingliche Beschaffenheit derselben begründet werden. Auch durch die unvordenkliche Verjährung kann dies nicht geschehen.“ Pr. des Obertr. vom 15. April 1836 (Entsch. Bd. II, S. 201).

60a) (4. A.) In Schlesien ist der landübliche Zinsfuß sechs Prozent. Erk. des Obertr. vom 28. Okt. 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 202).

61) Diese Herabsetzung der Zögerungszinsen von sechs auf fünf vom Hundert findet auf diejenigen, welche schon vor Publikation der diesfälligen Verordnungen entstanden sind, wenn dieselben auch erst in späterer Zeit geltend gemacht werden, keine Anwendung. Pr. des Obertr. 275, vom 9. Juni 1837 (Präj.-Samml. I, S. 359).

und Marienwerder bekannt machen zu lassen, und die betreffenden Gerichte zu deren Befolgung noch besonders anzuweisen.

28. K.O. v. 3. Februar 1833 (G.S. S. 15).

Die V. v. 2. Juni 1827 soll auch in dem Lauenburg-Bütowschen Kreise, und in den beiden, dem Köslinschen Regierungsbezirke einverleibten Westpreußischen Enklaven verbindliche Kraft haben.

§. 842. Hat der Gläubiger bei einem zinsbaren Darlehne über den letzten Zinstermin[61a]) ohne Vorbehalt quittirt[62]), so streitet für den Schuldner die Vermuthung, daß auch die vorhergehenden Termine berichtigt worden.

§. 843. Ist über das Kapital[63]) selbst ohne Vorbehalt quittirt worden, so sind die vorbedungenen Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten[64]).

---

61a) Bei anderen terminlichen Leistungen werden zwei Quittungen zur Begründung der Vermuthung gefordert. Unten, §. 133, Tit. 16 und Anm. 86 dazu.

62) Hier wirkt die Quittung ohne Vorbehalt die Vermuthung. Ist eine Quittung nicht gegeben, so ist auf den allgemeinen Grundsatz des §. 133, Tit. 16 zurückzugehen.

63) Nämlich über das ganze Kapital. Quittungen über Partialzahlungen haben diese Wirkung nicht. Pr. des Obertr. von 1851 ohne Datum. (J.M.Bl. 1851, S. 296.) Es ändert nichts, wenn in der Quittung zugleich über einen Theil der Zinsen quittirt ist, nur muß kein Vorbehalt wegen des Uebrigen gemacht worden sein. Vergl. R. vom 4. Dez. 1835 ad 2 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 568).

64) Es wird dafür „erachtet", gehalten, es wird angenommen, fingirt, das ganze Schuldverhältniß ist damit abgethan. Ebenso nach §. 847. In beiden Fällen ist von der rechtlichen Wirkung einer Quittung über das Kapital ohne Vorbehalt die Rede; die Wirkung bleibt sich gleich, mag vor der Quittungsleistung geklagt worden sein, oder nicht, denn diese Thatsache ändert nicht den Rechtspunkt. Das Obertr. findet in dem „zu erachten" des §. 843 eine Vermuthung, welche durch Gegenbeweis widerlegbar sei, nach dem Pr. vom 11. Mai 1839: „Die über die Zahlung eines Kapitals ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung begründet zu Gunsten des Schuldners nur die Vermuthung, daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen sind; der Nachweis des Gegentheils wird durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen." (Entsch. Bd. IV, S. 336.) Um diesen Satz zu begründen, müßte nachgewiesen werden, daß der Gesetzgeber einen unrichtigen Ausdruck gebraucht habe, denn das „dafür erachten", „dafür ansehen, halten", ist der bekannte und unzweideutige Ausdruck für eine Fiktion. M. s. z. B. §§. 25, 18, 39, 42, besonders 1027 und auch 1048 d. T.; §§. 6, 7, 83, Tit. 2; §§. 105, 130, Tit. 4; §§. 17, 30, Tit. 7; §§. 73, 396, Tit. 9; §§. 64, 505, 585, Tit. 12; §§. 129, 130, Tit. 13; §. 154 u. §. 206, Tit. 14; §. 39, Tit. 15; §§. 116, 147, Tit. 16; §. 630, Tit. 18; §§. 91, 280, 576, Tit. 20; §. 694, II, 1 und andere Stellen. Statt dessen beruht die Begründung des Satzes auf einer dem Wortlaute widersprechenden Folgerung; es werde nicht gesagt, wie im §. 846 und 847, daß dergleichen Zinsen nicht nachgefordert werden könnten; es werde nur ausgesprochen, daß die Zinsen für bezahlt oder erlassen zu erachten seien, es solle **also** (?) vermuthet werden, daß u. s. w. Bei einer späteren Entscheidung vom 23. Nov. 1847, wo diese Deutung aufrecht erhalten wird, sind sachliche Gründe dafür gegeben. Der Grund des §. 843, nämlich des von dem Obertr. hineingelegten Satzes, liege nicht in der Thatsache der auf irgend eine Weise eingetretenen Aufhebung der bis dahin bestandenen Hauptverbindlichkeit; die rein accessorische Natur der Zinsen höre auf, wenn sie verfallen seien; es werde dann ein selbstständiger Anspruch daraus. (Rechtsf. Bd. III, S. 148.) Das Gesagte ist wahr. Wegen fällig gewordener Konventionalzinsen hat der Gläubiger die actio ex stipulatu, unabhängig von der Klage aus dem Hauptverhältnisse. Allein das würde doch nur ein Grund für den Gesetzgeber sein, die Bestimmung des §. 843 nicht zu geben oder die gegebene abzuschaffen, aber man kann damit nicht beweisen, daß das Vorhandene nicht vorhanden sei. Annehmbarer wäre die Beschränkung der Bestimmung der §§. 843 u. 847 auf die noch laufenden Zinsen, deren Zahltermin zur Zeit der Kapitalszahlung noch nicht eingetreten war. Dabei blieben die bereits selbstständig gewordenen Forderungsrechte unverletzt. Die Röm. Ansicht ist überdies, daß Kapital und alle verfallene Zinsen den Inhalt einer einzigen Obligation ausmachen; und unter dem Einflusse dieses Rechtsgrundsatzes haben die Verf. des A. L.R. gestanden. (3. A.) Von dieser Jurisprudenz ist das Obertr. zurückgekommen; das Plenum hat befunden, daß keineswegs schon der Nachweis, daß weder gezahlt, noch erlassen worden sei, die Fiktion umstoße, daß vielmehr ein ausdrücklicher Vorbehalt bei der Quittungsertheilung, sei es von Seiten des Schuldners, indem er dem Gläubiger die Zinsen vorbehält, sei es von Seiten des Gläubigers, indem er die Quittung mit dem Vorbehalte der noch unberichtigten Zinsen giebt, stattgefunden haben müsse. Dieser Satz ist durch folgenden Pl.-Beschl. vom 4. Dez. 1854 ausgedrückt worden: „Die im §. 843 aufgestellte Vermuthung, daß die vorbedungenen Zinsen eines Kapitals für bezahlt oder erlassen zu erachten seien, wenn über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, wird durch jeden, auch bloß mündlichen Vorbehalt dieser Zinsen, gehoben." (Entsch. Bd. XXIX, S. 13 u. J.M.Bl. 1855, S. 38.) Der eigentlich streitige Rechts-

§. 844. Dagegen folgt aus einer ohne Vorbehalt ausgestellten Quittung über das Kapital so wenig, als aus der Rückgabe des Schuldscheins, die erfolgte Zahlung oder Erlassung der von dem Richter zuerkannten[65]) Verzugszinsen.

§. 845. Verzugszinsen, auf welche der Richter nicht erkannt hat[65*]), können,

---

satz ist verschluckt; dieser ist: daß ohne wörtlich ausgedrückten Vorbehalt die Vermuthung (Fiktion) nicht umgestoßen werden kann, d. h. daß der Gegenbeweis nicht auf die Thatsache der Nichtzahlung oder des Nichterlasses, sondern auf die Thatsache des ausdrücklichen Vorbehalts bei der Quittungsertheilung gerichtet sein muß; denn nur ein Vorbehalt schließt die Fiktion aus. Der Pl.-Beschl. entscheidet nur die untergeordnete Frage über die Form des Vorbehalts; doch kann man sich damit zufrieden stellen, da der Hauptsatz vorausgesetzt und in den, obschon wenig wissenschaftlich gehaltenen, Gründen doch ausgesprochen ist. (5. A.) In dem Erk. v. 8. Okt. 1867 nennt nun auch das Obertr. die Bestimmung des §. 843 und des §. 845 eine „Fiktion" und spricht zugleich den richtigen Rechtssatz aus, daß dieselbe eine Quittung im technischen Sinne, also eine schriftliche Erklärung über erfolgte Zahlung des Kapitals und zwar des ganzen Kapitals voraussetze. (Archiv f. Rechtsf. Bd. LXIX. S. 32.)

(5. A.) Ist in einem Kaufgelderbelegungs-Verfahren gegen die Kaufgeldermasse ein Hypothekenkapital liquidirt, dasselbe ausgezahlt und von dem Gläubiger darüber ohne Vorbehalt quittirt worden, so sind die vorbedungenen, nicht liquidirten Zinsen für bezahlt oder erlassen nicht zu achten. Erk. dess. vom 7. Januar 1867 (Entsch. Bd. LVIII. S. 95).

65) S. die folg. Anm. 65*. Der juristische Grund könnte davon sein, weil „zuerkannte" Verzugszinsen als eine selbstständige Judikatforderung anzusehen sind. Dieser Grund würde aber auch von verfallenen Konventionalzinsen gelten, welche eine selbstständige Forderung ex stipulatu sind; und doch soll die Forderung erloschen sein, wenn über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, wenn man nicht die §§. 843 u. 847 auf die noch laufenden nicht fällig gewordenen Zinsen bezieht. S. die vor. Anm. Es fehlt den verworrenen Bestimmungen über die Bezahlung und Nachforderung der Zinsen an einem klaren leitenden Grundgedanken. Hier, bei den Verzugszinsen, scheint die rechtliche Natur derselben als einer zufälligen Erweiterung der ursprünglichen Obligation, nämlich einer Entschädigung für ungehörige Erfüllung, vorgeschwebt zu haben. Denn dergleichen zufällige Erweiterungen einer Forderung können, nach R. R., nicht mehr eingefordert werden, sobald die Klage aus dem Hauptgeschäfte durch Tilgung der Hauptforderung erloschen ist; man hat dafür keine besondere Klage. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich 1) hier im §. 844, wonach nicht zuerkannte Verzugszinsen nach Erlöschung der Hauptforderung nicht nachgefordert werden können, wogegen die „zuerkannten" ein Bestandtheil der Judikatforderung sind; 2) im folg. §. 845, wonach auch Judikatzinsen (eine Spezies der Verzugszinsen) nicht nachgefordert werden können, wenn die Judikatforderung erloschen ist. Hieraus ergiebt sich der in dem Pr. des Obertr. 1336, v. 9. Sept. 1843, ausgesprochene Rechtssatz: „Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtel beruhen, können nicht nachgefordert werden, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, mag über die Zahlung des Kapitals ein Erkenntniß ergangen sein, oder nicht." (Entsch. Bd. IX. S. 225.) Der Gegensatz ist: sie können nachgefordert werden, wenn über das Kapital mit Vorbehalt quittirt worden ist; es ist jedoch zu unterscheiden: ob über das Kapital ein Urtel ergangen ist, oder nicht. Ist wegen der Zahlung des Kapitals kein Erkenntniß ergangen, so können alle Verzugszinsen nachgefordert werden; ist ein Erkenntniß vorhanden, worin die Verzugszinsen übergangen sind, so können nur die Judikatzinsen nachgefordert werden, die Verzugszinsen aus der vor dem Urtel liegenden Zeit gelten für aberkannt. §§. 845 und 848 d. T. und Anm. 66. Hiergegen ist gesagt worden: Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtel beruhen, könnten überhaupt nicht nachgefordert werden, auch wenn ein Vorbehalt in der Quittung über das Kapital gemacht worden sei; denn man könne nicht reserviren, was man nicht habe, und eine besondere Klage wegen solcher Zinsen habe der Gläubiger nicht. Irrig. Eine besondere Klage hat der Gläubiger zwar nicht, aber er hat die Hauptklage, die auch auf diese Zinsen geht, folglich hat er etwas, was er sich reserviren kann. Gegen seinen Willen kann das Schuldverhältniß, also auch die Klage daraus, nicht erlöschen, wenn nicht durch Verjährung oder vollständige Befriedigung. — (4. A.) Das Obertr. hat in Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Meinung erkannt, daß, wenn ohne vorangegangene Klage, ein Kapital gezahlt und darüber unter Vorbehalt der Verzugszinsen quittirt worden ist, diese Verzugszinsen besonders eingeklagt werden können. Erk. vom 14. März 1862 (Entsch. Bd. XLVII. S. 103). (5. A.) Auch ein mündlicher Vorbehalt der Verzugszinsen bei der Zahlung und Quittirung des Kapitals, oder wenn der Gläubiger zur Ausstellung einer vorbehaltlosen Quittung über das Kapital durch den Schuldner dolose verleitet worden, ist, mit Recht, für genügend erachtet. Erk. des Obertr. vom 17. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 107).

65*) (5. A.) Eine Klage auf Verzugszinsen ist jedenfalls unstatthaft, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt ist. Erk. dess. vom 10. Dez. 1867 (Entsch. Bd. LIX, S. 463).

auch von dem Tage des ergangenen Urtels[65a]) an, nicht nachgefordert werden[66]), sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden[66a]).

§. 846. Ein Gleiches findet statt, wenn vorbedungene Zinsen zwar gefordert, aber von dem Richter übergangen worden, und der Gläubiger sich bei dem Erkenntnisse beruhigt hat.

§. 847. Hat aber der Gläubiger die vorbedungenen Zinsen nicht mit eingeklagt, so können dieselben, so lange noch nicht ohne Vorbehalt über das Kapital quittirt ist, nachgefordert werden.

§. 848. Hat der Richter geforderte[67]) Verzugszinsen im Urtel übergangen, so hat dieses eben die Wirkung, als wenn er sie aberkannt hätte[68]).

---

65a) (4. A.) Unter dem Urtel ist das definitive rechtskräftige Erkenntniß zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 17. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV. S. 119).

66) Verzugszinsen, welche bei der Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt worden sind, und worauf der Richter auch nach §. 58, Tit. 23 Pr.-O. nicht von Amtswegen erkannt hat, können in einem späteren Prozesse nicht mehr nachgefordert werden. (Zu vergl. die folg. Anm. 67 a. E.) Verzögerungszinsen, welche vom Tage des ergangenen Urtels zu laufen anfangen, können dagegen so lange gefordert und eingeklagt werden, als noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist. Pl.-Beschl. (Pr. 1605) des Obertr. vom 12. Sept. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 3). Dieses sind die sog. Judikatzinsen. Vergl. auch das Erk. dess. v. 17. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 119).

66a) (4. A.) Vgl. unten, Anm. 62, Alin. 2 zu §. 104, Tit. 16 u. o. die Anm. 64, Alin. 1 a. E.

(4. A.) Verzugszinsen, welche nach der Einklagung des Hauptstuhls im Vorprozesse entstanden und daher nicht mit eingeklagt gewesen sind, zu deren Zahlung der Schuldner sich aber besonders verpflichtet hat, können auch nach Cession des Hauptstuhls an einen Dritten, gleich den vorbedungenen Zinsen, so lange eingeklagt werden, als nicht über das Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist. Erk. des Obertr. v. 18. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 95).

(5. A.) Ueber die Frage: ob Verzugszinsen, auch vor Einforderung des Kapitals, selbstständig eingeklagt werden können, s. m. unten, die Anm. 34, Abs. 2 zu §. 64, Tit. 16.

67) Der Gegensatz würde sein: Nicht geforderte Verzugszinsen können nachträglich eingeklagt werden. Dies hatte das Obertr. auch durch das Pr. 656, vom 20. April 1839 so ausgesprochen: „Die Vorschrift dieses §. kommt nicht zur Anwendung, wenn der Richter nicht geforderte Verzugszinsen im Urtel übergangen." Durch den Pl.-Beschl. vom 12. Sept. 1845 (s. v. Anm. 66) aber ist dieser Satz verworfen; wenn die Klage wegen der Hauptsache einmal konsumirt ist, können Verzugszinsen, auch nicht geforderte Verzugszinsen, nicht mehr eingeklagt werden. — (3. A. „Verzugszinsen, welche bei Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt worden sind, können auch dann nicht nachgefordert werden, wenn sie in der Klage ausdrücklich vorbehalten sind. Auch der Ausspruch des erkennenden Richters, daß es bei diesem Vorbehalte zu belassen sei, vermag nicht, demselben eine Wirkung beizulegen." Pr. des Obertr. 2474, v. 11. Okt. 1853. (Entsch. Bd. XXVI, S. 270.) — Vergl. die übereinstimmende Anwendung in dem Erk. vom 17. Okt. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 119). — (5. A.) Durch Kompensation aber können Verzugszinsen, nachdem dieselben bei der Hauptforderung nicht eingeklagt worden, noch geltend gemacht werden. Erk. des Obertr. vom 1. Mai 1863 (Entsch. Bd. L, S. 153).

68) (4. A.) Die miteingeklagten, im Urtheilstenor aber übergangenen, Verzugszinsen sind auch dann für aberkannt zu erachten, wenn sie nach den Entscheidungsgründen haben zuerkannt werden sollen und dieses aus einer kulposen Omission unterblieben ist. Das gegen ein solches Urtheil anwendbare Rechtsmittel ist nicht ein Deklarationsgesuch, da das Urtheil klar ist, sondern die Appellation, beziehungsweise der Rekurs. Erk. des Obertr. vom 16. Mai 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLV. S. 247). (5. A.) Auch eine Ergänzung des Erkenntnisses kann nicht verlangt werden, ohne Unterschied, welcher Instanzrichter die Zinsen übergangen habe; das Gesetz bestimmt uneingeschränkt, daß die Uebergehung geforderter Verzugszinsen in einem richterlichen Urtheile mit deren Aberkennung gleiche Wirkung haben solle, unterscheidet auch nicht zwischen „Nichterwähnung" und „Uebergehung" der Zinsen. Erk. des Obertr. v. 30. Nov. 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 254).

Die in den §§. 843—848 enthaltenen Grundsätze über Zahlung und Nachforderung der Zinsen sind folgende:

a) Bei vorbedungenen Zinsen. α) Der Gläubiger hat geklagt und αα) die Zinsen mitgefordert: dann können sie nicht noch einmal eingeklagt werden, wenn sie im Urtel übergangen oder aberkannt worden sind (§. 846); oder ββ) nicht mitgefordert: dann können sie a) wenn und so lange das Kapital noch nicht bezahlt ist, noch nachgefordert werden (§. 847); b) ist das Kapital bezahlt und ohne Vorbehalt wegen der Zinsreste quittirt, so findet keine Nachforderung statt (§. 843). Dies ist

§. 849. Fällt weg[68a]).

29. Ges. v. 31. März 1838, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen. (G.S. S. 249.)

§. 2. Mit dem Ablaufe von vier Jahren verjähren die Forderungen:

5) wegen der Rückstände an vorbedungenen Zinsen, — es mag das Recht dazu im Hypothekenbuche eingetragen sein, oder nicht[69]).

§. 850. Doch kommt dem Gläubiger bei dieser[70]) Art der Verjährung alles das zu Statten, was den Anfang der gewöhnlichen Verjährung durch Nichtgebrauch hindert, oder deren Fortsetzung unterbricht[71]).

§. 851. Außer diesem Falle können Zinsen, deren Berichtigung der Schuldner verabsäumt oder verzögert hat, so weit sie rückständig sind, gefordert werden, selbst, wenn der Rückstand, wegen Länge der Zeit, den Betrag des Kapitals übersteigt[72]).

§. 852. Noch weniger kann ein Schuldner bloß aus dem Grunde, weil die von

---

aber streitig. S. o. die Anm. 64. β) Der Gläubiger hat nicht geklagt, sondern ohne Rechtsweg Bezahlung erhalten. Dann ist es wie in den Fällen a und b.

b) Bei Verzugs- (und gesetzlichen) Zinsen. α) Es ist wegen der Hauptforderung geklagt worden und αα) es sind Verzugszinsen zugesprochen. Dann können a) die zugesprochenen Verzugszinsen noch immer eingefordert werden, nachdem schon über die Zahlung des Kapitals ohne Vorbehalt quittirt worden (§. 844); b) die zu wenig zuerkannten, mögen sie gefordert oder nicht gefordert worden sein, können nicht mehr eingeklagt werden (§. 848 u. Anm. 67). ββ) Es sind keine Verzugszinsen zuerkannt. Hier gilt das Gleiche wie in dem vorigen Falle b. β) Der Gläubiger hat wegen der Hauptforderung nicht geklagt, aber über das Kapital quittirt: αα) ohne Vorbehalt: dann kann er keine Nachforderung machen; ββ) mit Vorbehalt: dann kann er das Vorbehaltene mit der Hauptklage noch nachfordern. (§. 844 und Pr. 1336 o. in der Anm. 65.)

68a) (3. A.) Es hieß: „Wer die gerichtliche Einklagung rückständig verbliebener Zinsen länger als zehn Jahre verabsäumt, der kann einen über zehn Jahre hinausgehenden Rückstand nicht ferner verlangen."

69) Durch dieses neue Gesetz sind auch die an den dadurch aufgehobenen §. 849, welcher die Zinsenverjährungsfrist auf zehn Jahre bestimmte, wegen der Verjährung der Verzugszinsen, geknüpft gewesenen Kontroversen beseitigt. Ein Pl.-Beschl. (Pr. 616) v. 11. März 1839 hatte ausgesprochen: „Verzugszinsen sind der zehnjährigen Verjährung nicht unterworfen." (Entsch. Bd. IV, S. 280.)

Auch die Frage ist oder war streitig: in welcher Zeit die Verzugszinsen verjähren, wenn Konventionalzinsen stipulirt worden sind. Nach der Natur der Rechtsverhältnisse hat der Gläubiger im Falle der Mora zwei Forderungsgründe wegen Zinsen, die einander nicht bedingen aber ausschließen, soweit sie sich ihrem Inhalte nach decken, nämlich: die Hauptklage auf Zögerungszinsen (Schadenersatz), und die actio ex stipulatu auf die Konventionalzinsen. Ist die letztere verjährt, so bleibt noch die erstere übrig. Das Obertr. hat jedoch durch Pl.-Beschl. (Pr. 1731), v. 9. April 1846, als Rechtssatz ausgesprochen: „Wenn von einem Schuldkapitale Zinsen vorbedungen waren, so unterliegen auch bei hinzugetretenem Verzuge des Schuldners die über zehn, resp. über vier Jahre hinausgehenden Rückstände der Verjährung, nicht aber die durch den Verzug begründeten Mehrzinsen." (Entsch. Bd. XII, S. 17.) Dieser Satz fußt auf der Fassung des §. 827 d. T., wonach Zögerungszinsen erst alsdann und nur insoweit Konventionalzinsen oder Konventionalstrafe nicht ausbedungen sind, eintreten sollen. S. auch Pr. 2199 o. in der Anm. 65 zum G. v. 31. März 1838 (Tit. 9).

70) Aber nicht bei der neuen kurzen Verjährung (Zus. 29), wenigstens wird auf die Minderjährigkeit nicht Rücksicht genommen. S. Pr. 1802 o. in der Anm. 37 zu §. 535, Tit. 9, u. Entsch. des Obertr. Bd. XIV, S. 212.

71) Auch bei der zehn- (jetzt vier-) jährigen Verjährung der Zinsen nach §. 849 kommt es dem Gläubiger nach §. 850 in Verbindung mit §. 569, Tit. 9 zu Statten, wenn er nachweisen kann, daß der Schuldner unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich derselben entziehen wolle. Pl.-Beschl. (Pr. 56) des Obertr. vom 14. März 1834.

Der dritte Besitzer eines verpfändeten Grundstücks kann dem Hypothekengläubiger den Einwand der Verjährung nicht entgegensetzen, wenn derselbe sein Recht, innerhalb der Verjährungsfrist, gegen den persönlichen Schuldner ordnungsmäßig verfolgt hat, und nicht seit der Feststellung seines Ausfalls in diesem Prozesse die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Pr. des Obertr. 200b, vom 1. April 1837. (Entsch. Bd. III, S. 88.) S. o. die Anm. 37 zu §. 439, Tit. 5. S. noch das Pr. 1103 u. in der Anm. zu §. 153, Tit. 16.

72) Damit ist das röm. Verbot der Zinsen über das Doppelte (ultra alterum tantum) aufgehoben.

ihm nach und nach gezahlten [73]) Zinsen die Summe des Kapitals bereits übersteigen, der ferneren Verzinsung sich entziehn.

§. 853. Sind Sachen, welche nicht unter die Gegenstände des eigentlichen [74]) Darlehns gehören, mit der Bedingung gegeben worden, daß eben so viel Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen, so finden in der Regel alle wegen des eigentlichen Darlehns ertheilten Vorschriften Anwendung. Von uneigentlichen Darlehnen*).

§. 854. Der Empfänger ist dergleichen Sachen in eben der Quantität und Qualität, wie er sie erhalten hat, zurückzuliefern befugt und schuldig; es mögen dieselben in der Zwischenzeit am Werthe gefallen oder gestiegen sein.

§. 855. Auch bei uneigentlichen Darlehnen kann, statt der Zinsen, eine bestimmte Quantität Sachen von der vorgeliehenen Art bedungen werden.

§. 856. Aber auch bei uneigentlichen Darlehnen sind nur die bei eigentlichen erlaubten Zinssätze zulässig.

§. 857. Sind die Zinsen solcher uneigentlichen Darlehne in Gelde bedungen, so muß, bei Beurtheilung des Zinssatzes, auf den Werth, welchen die zum Darlehne gegebenen Sachen zur Zeit des geschlossenen Vertrags gehabt haben, Rücksicht genommen werden.

§. 858. Wo bei uneigentlichen Darlehnen Zinsen bedungen sind, da kann der Gläubiger, bei verzögerter Rückzahlung, nur eben so, wie bei eigentlichen Darlehnen, Verzugszinsen oder Entschädigung fordern. (§§. 827—834.)

§. 859. Sind aber keine Zinsen bedungen, und der Schuldner verzögert die Rückzahlung, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder die Sachen in Natur, nebst den gesetzmäßigen Verzugszinsen [75]), oder den Werth der Sachen, wie derselbe zur Zeit der schuldigen Ablieferung gewesen ist, zu fordern.

§. 860. Verzögert der Gläubiger ohne erheblichen Grund die Annahme der Sache, so hat der Schuldner die Wahl: ob er noch die Sache selbst geben, oder deren zur Zeit der verabredeten Rücklieferung gestandenen Werth entrichten wolle.

§. 861. Wann anzunehmen sei, daß Sachen auf Kredit gegeben worden, ist gehörigen Orts bestimmt. (§§. 224—227) [76]). Vom Kreditiren*).

§. 862. So weit Jemand unfähig ist, eigentliche Darlehne aufzunehmen, so weit dürfen ihm auch Sachen nicht auf Kredit gegeben werden [77]).

---

73) Jenes Verbot der Zinsen ultra alterum tantum (s. die vor. Anm.) bezog sich nur auf die rückständig verbliebenen, keineswegs auf die nach und nach gezahlten Zinsen. Spätere Verordnungen, L. 29, 30 C. depositi, IV, 32; Nov. 121, c. 2; Nov 138 schrieben das Gegentheil vor, und obgleich sie nicht glossirt sind, wurde von manchem doch die Geltung behauptet. Hiergegen ist der §. 852 gerichtet.

*) (5. A.) Das Gemeine Recht kennt diesen Ausdruck nicht, in der Sache weicht es von dem Landrecht nicht ab, denn es nimmt ein mutuum auch in anderen fungiblen Sachen als baarem Gelde an. Werden eine Quantität z. B. Moventien verliehen, unter der Bedingung, eine Quantität von gleicher Güte zurückzugeben, so ist dies ein eigentliches Darlehn. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §. 552, S. 300.

74) Vergl. o. §. 653 d. T. und die Anm. dazu.

75) Vom Tage des Verzuges an, nicht etwa erst von der Wahl oder von der Anzeige der getroffenen Wahl. Außerdem würde der Gläubiger für den Verzug nicht entschädigt werden.

*) (5. A.) Ueber den Unterschied zwischen Creditum und Mutuum s. m. Glück, Erläuterung ꝛc. Bd. XI. S. 467 flg. Das Landrecht versteht unter Kreditiren Verkaufen und das Kaufgeld borgen, also auf Kredit verkaufen.

76) S. o. die Anm. 70 zu §. 109 d. T. Sachen auf Kredit geben heißt verkaufen und das Kaufgeld stunden.

77) S. das Pr. 327 u. Pr. 2404, v. 12. Okt. 1852, o. in der Anm. 28 a. E. zu §. 684 d. T. (5. A.) Das im §. 862 enthaltene Verbot bezieht sich nicht auf den Ankauf von Immobilien, für welche der Kaufpreis ganz oder zum Theil rückständig bleibt. Erk. des Obertr. vom 29. April 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 109). Der Rechtsspruch bezieht sich auf den Gutskauf eines Lieutenants, welcher für das ganze rückständig verbliebene Kaufgeld Hypothek mit dem angekauften Gute bestellt

§. 863. Kreditirtes Lohn für wirklich gelieferte Arbeit, oder geleistete Dienste, sind auch solche[78]) Personen zu entrichten verbunden.

§. 864. Ein Gleiches gilt wegen der bei solchen Gelegenheiten von dem Arbeiter gemachten baaren Auslagen[79]), in sofern die Sachen zum eigenen Gebrauche des Schuldners erforderlich waren.

§. 865. Doch muß der Gläubiger, statt des etwa verabredeten[80]) höheren, mit dem zu derselben Zeit und an demselben Orte üblichen niedrigern Lohne, und anstatt des verabredeten, mit dem wirklichen minderen Werthe der gelieferten Sachen sich begnügen.

§. 866. Jede rückständige Zahlung muß nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurtheilt werden.

§. 867. Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäfts, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenn gleich über die schuldige Summe ein Schuldschein, als über ein Darlehn[81]), ausgestellt worden.

---

hatte. Das Appellationsgericht zu Paderborn erklärte den Kauf auf Grund der §§. 678, 684 u. 862 d. T. für nichtig; das Obertribunal reprobirt dies, weil den §§. 862 u. 863 das Konklusum der Gesetzkommission v. 8. Juli 1788 (s. die folg. Anm. 78, Abs. 2) zum Grunde liege. Dem ist beizutreten.

78) Es werden an sich handlungsfähige Personen vorausgesetzt, welchen nur die Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen, durch besondere Verordnungen entzogen ist. Handlungsunfähige können auch dergleichen Mieths- und Kaufkontrakte, auf welche diese Ausnahme von der Regel sich bezieht, nicht gültig schließen; doch ist die Ausnahme nicht auf Grundstücke auszudehnen.

Was für Arbeit und was für Dienste gemeint werden, durch deren Ausbedingung sich „solche Personen" halb und halb (vollständig nicht, nach §. 865) sollen verbindlich machen können, ist ungewiß. Es scheinen Dienste und Arbeiten zu sein, welche denselben zu ihren persönlichen oder dienstlichen Bedürfnissen unentbehrlich sind. Darauf deutet eine vorlandrechtliche Entsch. der Ges.-Kommiss. vom 8. Juli 1788 (Klein's Annal. Bd. III. S. 267), wonach das Edikt wegen des Schuldenwesens der Offiziere zwar auf kreditirte Waaren, nicht aber auf Handwerks- und Arbeitslohn der Schuster, Schneider, Fahnschmiede u. s. w. Anwendung finden soll. Bei den Diensten hat man wohl an Barbiere, Friseure, Kleiderreiniger, Aufwärter u. dgl. zu denken. Die Schneiderarbeiten fallen heutzutage schon ins Zweifelhafte, da, wenn der Schneider den Stoff zu dem bestellten Kleide liefert, das Geschäft schon unter das „Geben von Sachen auf Kredit" fällt. Dabei kommt dann der §. 864 in Berücksichtigung. Es kommt Alles auf das richterliche Ermessen an, welches hier einen weiten Spielraum hat. Das Speisen auf Kredit will man nicht passiren lassen. S. o. das Pr. 327 in der Anmerk. 28 a. E. zu §. 684.

79) S. die vor. Anm.

80) Der Kontrakt gilt also nur als ungenannter Realkontrakt nach der Form do ut des und facio ut des, nicht als Konsensualkontrakt.

81) Wenn aber die Schrift als das Anerkenntniß über eine Schuld aus dem ursprünglichen Geschäfte ausgestellt ist, so wird sie zur Begründung der Klage mehr oder weniger geschickt sein, je nachdem sie die Bestandtheile des Geschäfts und die Erfüllung desselben auf der Seite des Klägers bestimmter bezeugt. Ein Instrument, worin der Aussteller z. B. erklärt, daß er dem Anderen für 500 Thlr. Wolle abgekauft, die behandelte Wolle zur Zufriedenheit übergeben erhalten habe und von dem Kaufgelde dafür, nach richtig gepflogener Abrechnung, noch 150 Thlr. schuldig geblieben sei, welche ihm bis zu einem bestimmten Termine gestundet worden, — ist keineswegs ein bloßes recepisse, welches durch das relatum, die Berechnung, ergänzt werden müßte, es ist vielmehr ein Dokument, welches selbstständig die causa debendi angiebt. Denn es enthält: 1) das Anerkenntniß eines mündlich geschlossenen Kaufkontrakts vollständig, indem Gegenstand, Preis und Personen genügend bestimmt sind; 2) die Quittung über gehörig geleistete Uebergabe des verkauften Gegenstandes; 3) das Geständniß des Käufers, daß er seinerseits den Kontrakt durch Bezahlung des Kaufpreises noch nicht vollständig erfüllt habe, vielmehr mit einer bestimmten Summe darauf noch im Rückstande sei. Das ist mehr als der Verkäufer zur Begründung der Verkaufsklage behufs Einkassirung des Kaufgeldes nachzuweisen hat. Wollte der Beklagte z. B. leugnen, so viel Wolle gekauft und erhalten zu haben, daß er dafür 500 Thaler schuldig geworden sei, und wollte er darauf die Unvollständigkeit der Klageschrift in der Angabe der Quantität und des Preises für die Gewichtseinheit (Zentner oder Stein) behaupten; so könnte ihm das nichts helfen, weil er die vollständige Erfüllung des Kaufkontrakts von Seiten des Verkäufers zugestanden hat. Er hätte also nicht allein die wahre Bewandtniß der Sache zu beweisen, sondern überdies noch seinen Irrthum bei dem Geständnisse darzuthun. Ueber einen ähnlichen Fall äußert sich das J.-M. in einem Bescheide auf eine Beschwerde, vom 15. Februar 1841, in einem gleichen Sinne.

§. 868. Nur in Ansehung der von dem Rückstande zu entrichtenden Zinsen finden eben die Vorschriften[82]), wie bei eigentlichen Darlehnen, Anwendung.

## Achter Abschnitt.

### Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden.

In diesem Abschnitte werden einzelne Fälle der Verdingung von Dienstmiethe (locatio conductio operarum, locatio conductio operis, redemtio operis), welche das Gemeine Recht zu der Klasse von Innominatkontrakten zählt, und dann eine Art von Kauf, der Lieferungsvertrag, behandelt. Diese Methode findet keinen Vorgänger, die gemeinrechtliche Literatur hat daher auch etwas Entsprechendes nicht aufzuweisen; nur zerstreut finden sich einzelne Sätze hier und da vor. Die Revisoren tadeln die Ueberschrift. Sie sagen, daß es unrichtig sei, wenn, wie die Ueberschrift, so auch der Text, bei lästigen Verträgen über Handlungen, jedesmal ein bestimmtes Gegenversprechen voraussetzt, da doch der Vertrag auch durch die bloße That, durch das Leisten der übernommenen Handlung, schon zu Stande kommen kann. Darin haben sie Recht. Sie schlagen folgende Fassung der Ueberschrift des Abschnittes vor: „Von Verträgen über Handlungen gegen Sachen, oder Handlungen gegen Handlungen". Dadurch wird sachlich nichts gebessert, denn es werden damit eben so wenig die zahlreichen Fälle getroffen, wo gegen Handlungen Geld gegeben oder versprochen wird. — Aus der Literatur ist nur anzumerken: Bornemann, Systematische Darstellung des preuß. Civilrechts, Bd. III, §§. 235—241. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 358. Mein preußisches gemeines Privatrecht, 3. Ausg. Bd. II, §. 708.

Allgemeine Grundsätze.

§. 869. Verabredungen, nach welchen Gelder oder Sachen für übernommene Handlungen oder Unterlassungen, oder Handlungen oder Unterlassungen gegen einander*), versprochen werden, sind nach den Regeln der lästigen Verträge zu beurtheilen[1]).

---

(Ulrich, Arch. Bd. VIII, S. 534.) Dagegen ist dessen Meinung über einen anderen Fall, worüber es sich in einem Schr. v. 22. April 1836 (Mannkopf, A. L.R. Nachtr. I, S. 14) ausspricht, nicht anzuerkennen. Es war ein Schuldschein aufgelegt, worin es hieß: „den Werth laut heutiger Abrechnung baar empfangen." Dieser Schuldschein, meinte der J.M., enthalte nicht selbstständig die causa debendi, sondern ein bloßes referens, weil auf eine vor Ausfertigung desselben erfolgte Abrechnung Bezug genommen werde; dieses referens müsse durch das relatum ergänzt werden. Keineswegs. Die causa debendi ist nicht die Abrechnung, sondern die baare Zahlung der Valuta, gleichviel: ob die Zahlung in einer unzertrennten Summe oder in zehn verschiedenen Summen erfolgt ist. Den baaren Empfang erkennt der Empfänger selbst an, das ist der Beweis gegen ihn. Die Abrechnung, die er zu seiner besseren Ueberzeugung von der Richtigkeit des Empfanges gemacht hat, enthält auch sonst nichts als sein eigenes Bekenntniß, und dieses hat in der Wiederholung ganz denselben Werth wie in der ersten Erzeugung. Giebt es hier ein Relatum, auf welches das Referens Bezug nimmt, so ist es eben die Ueberzeugung des Ausstellers.

(5. A.) Der Aussteller eines solchen Schuldscheins braucht nur darzuthun, daß das angegebene Valutenbekenntniß falsch und unbegründet sei. Zwar nimmt das Obertr. an, daß gemäß der §§. 742, 866 d. T. die Ungültigkeit der Hypothek, auch dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber, nicht daraus folgt, wenn die Valuta auch nicht in einem baaren Darlehn bestanden, sondern in einer anderen Schuldverpflichtung. (Anm. 12 zu §. 12, Tit. 20.) „Allein" — sagt es — „den Beweis der anderen Verpflichtung muß der führen, der sich darauf stützt." Erk. vom 4. Mai 1864 (Archiv für Rechtsf. Bd. LIV, S. 176).

Der §. 867 schließt eine gültig vollzogene Novation nicht aus. Erk. dess. vom 30. April 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 158).

82) Die Vorschriften über Zinsen, welche bei Gelegenheit des Darlehns gegeben worden sind, gelten allgemein bei allen anderen Schuldverhältnissen.

*) (5. A.) Verträge über Handlungen setzen solche Handlungen voraus, die der eine Kontrahent dem Anderen oder doch in dessen Interesse leistet. Erk. des Obertr. vom 16. März 1868 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXX, S. 215).

1) Vergl. o. §. 165, Tit. 5 und die Anm. dazu, u. §. 408 ebend.

Unter diesen allgemeinen Begriff sollen die verschiedenen Spezien von Dienstmiethe und Verdingungen, außer dem Falle eines Unterwürfigkeitsverhältnisses, so wie die unbenannten Kontrakte in den Formen facio ut facias, facio ut des, do ut facias zusammengefaßt werden. Es gehört nicht zum Wesen dieser hier gemeinten Verträge, daß die Leistungen auf jeder Seite gleichartig sein müßten, also daß nur Handlungen allein oder Sachen allein versprochen werden müßten, vielmehr können auf der

§. 870. Es gehört also zum Wesen dieser Verträge, daß dem, welcher zu einer Handlung oder Unterlassung sich verpflichtet, eine Vergütung [2]) dagegen versprochen werde [3]).

§. 871. Ist diese Vergütung im Vertrage nicht hinlänglich bestimmt [4]), so muß die fehlende Bestimmung nach dem Gutachten der Sachverständigen ergänzt werden [5]).

§. 872. Ist gar keine Vergütung bestimmt, so ist der Vertrag [6]) ohne rechtliche Wirkung, und es kann auf dessen Erfüllung nicht geklagt werden [6a]).

---

einen Seite oder auch auf beiden Seiten die Leistungen aus Handlungen und Sachen gemischt sein. Wenn also auch auf der einen Seite z. B. Geld und Handlungen als Gegenleistung für ein Grundstück versprochen worden, so ist der Vertrag doch ein solcher, dessen Hauptgegenstand Handlungen sind. S. o. Anm. 19 zu §. 408, Tit. 5.

(5. A.) Zu dieser Klasse von Verträgen gehört auch die Verabredung zwischen dem Besitzer eines Grundstückes und einem Kommissionär, es solle gegen Provision ein Käufer verschafft werden, welcher für das Grundstück eine bestimmte Kaufsumme mit einer gewissen Anzahlung gebe; eine solche Verabredung hat keineswegs, wie man hat behaupten wollen, den Charakter einer Bedingung im Sinne des §. 104, Tit. 4, am wenigsten im Sinne des §. 105 ebd., sondern ist Inhalt der Willenserklärung selbst und Gegenstand des Vertrages. Die Verabredung hindert auch den Grundstücksbesitzer gar nicht, einen anderen Kaufkontrakt zu schließen unter beliebigen anderen Modalitäten, denn ihre Wirkung ist nicht, daß derselbe nun sein Grundstück gar nicht anders als mit jener Stipulation und nur an einen von dem Kommissionär gestellten Käufer hätte verkaufen können, sondern die, daß der Kommissionär auf seine Provision nur dann Anspruch haben sollte, wenn ein solcher Vertrag eingegangen würde. Erst wenn der Kommissionär einen solchen Vertrag früher, als der Besitzer selbst verkaufte, abgeschlossen hätte (sub spe rati) und nun derselbe die Anzahlung gehindert hätte, würde die Sache in der Lage gewesen sein, wo der Kommissionär seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt gehabt hätte. Vergl. Erk. des Obertr. vom 23. Febr. 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LVI, S. 34).

2) Das bezieht sich auf die vollständige Abschließung eines Konsensualkontrakts. Mit dieser ganz richtigen Bestimmung treten die §§. 873 u. 874 d. T. keineswegs in Kollision, wie man bei der Gesetzrevision bemerkt zu haben glaubt (Pens. XIV, S. 162), vielmehr betreffen diese §§. einen anderen Fall, den eines Realkontrakts nach der Form facio ut des.

3) Darunter wird die stipulirte Gegenleistung verstanden, sie bestehe in nicht fungiblen Sachen oder auch in Handlungen, keineswegs ist darunter eine Vergütung nur in Gelde oder fungiblen Sachen zu verstehen. (Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 45.)

4) In diesem Falle ist der Vertrag kein Konsensualkontrakt, sondern ein Realkontrakt facio ut des.

5) Wird derselbe Dienst gleichzeitig mehreren Personen geleistet, so hat nicht jeder die volle Vergütung, sondern nur seinen Theil nach der Kopfzahl zu entrichten. „Aerzte, welche bei Reisen über Land verschiedene Kranke besuchen, sind verbunden, die ihnen zustehenden Reisekosten, Diäten und Gebühren für Besuche auf alle bei der betreffenden Reise behandelte Kranke zu vertheilen." Pr. des Obertr. v. 16. Mai 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 201). Der Antheil des Zahlungsunfähigen muß jedoch von den Uebrigen getragen werden, weil sie dies ohne den Besuch bei den Armen auch hätten thun müssen, und sie auf Kosten des Arztes dessen Hülfe zu begehren kein Recht haben. Die Mehreren sind singuli, welche den Auftrag ganz gegeben haben; der Dienstleistende soll nur keinen Gewinn machen, aber er soll auch nicht Schaden haben, d. h. nicht weniger erhalten, als er erhalten haben würde, wenn er den Dienst nur dem Einen allein geleistet hätte. Durch das Ausscheiden des Einen Auftraggebers bleibt der andere Auftraggeber allein stehen. (3. A.) Dieselben Grundsätze müßten auch auf die Reisekosten der Rechtsanwälte in Angelegenheiten mehrerer Parteien gelten; das Spezialgesetz v. 12. Mai 1851, Tarif Nr. 4 und die Instruktion des J.M. dazu schließt jedoch die subsidiarische Haftung, aus besonderen Rücksichten, aus.

(5. A.) Sind in einem Vertrage die zu leistenden Arbeiten nur generisch angegeben und rücksichtlich der Preise besondere Verabredung vorbehalten, so fehlt es dem Vertrage an einer ausreichenden Bestimmtheit. Derselbe ist daher unverbindlich und findet aus demselben auch die Forderung einer Konventionalstrafe nicht statt. Erk. des Obertr. vom 20. November 1866 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 15).

6) Als Konsensualkontrakt nämlich. Er tritt dann entweder in die Kategorie der Schenkungsversprechen, oder er ist, falls eine Vergütung geleistet werden soll, an deren näherer Bestimmung es fehlt, als Konsensualkontrakt nicht perfekt.

6a) (4. A.) Auch gegen den Schiedsrichter findet eine Klage auf Erfüllung des Rezeptums nicht statt, wenn ihm eine Vergütung für die übernommenen Handlungen nicht versprochen worden ist. Erk. des Obertr. v. 26. Nov. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 160). Nach der L. 3, §§. 1 u. 3,

§. 873. Hat aber der, welcher die Handlung übernommen[7]) hatte, sie wirklich geleistet; und gehört die Handlung zu seinen gewöhnlichen Nahrungs- und Berufsgeschäften[8]); so kann er dafür, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt, den gewöhnlichen Lohn nach dem Gutachten der Sachverständigen[9]) fordern.

§. 874. Gehört der Handelnde nicht unter diese Klasse; sind aber auch die Umstände nicht[10]) vorhanden, unter welchen eine Freigebigkeit gesetzlich vermuthet werden kann; so kann er dennoch eine Vergeltung, jedoch nur nach dem niedrigsten durch Sachverständige zu bestimmenden Satze fordern[11]). (§. 1046[12]) sqq.)

---

L. 15; L. 32, §. 12 D. de receptis (IV, 8) konnte der Prätor gegen den widerwilligen arbiter einschreiten, wenn auch eine Belohnung nicht versprochen worden war. Ist eine solche zugesagt, so findet auch nach preuß. Rechte eine Klage und executio ad faciendum gegen den Schiedsrichter statt. Vergl. Erk. des Obertr. v. 7. Dezember 1849 (Arch. Bd. XXVII, S. 163).

7) Vorausgesetzt ist mithin eine Zustimmung von der andern Seite, entweder durch Uebertragung der Verrichtung, oder durch Annahme der unaufgefordert geleisteten Dienste. Vergl. jedoch unten, Anm. 11. Für Dienstverrichtungen, welche der Andere weder verlangt noch angenommen hat, kann nichts gefordert werden. Es kann auch nichts gefordert werden, wenn zwischen beiden Theilen schon ein dauerndes Dienstverhältniß besteht, vermöge dessen der Dienende alle ihm aufgetragene Verrichtungen übernehmen und besorgen muß, weil er alle seine Zeit und Kräfte vermiethet hat. Das Obertr. hat jedoch nach einer Entscheidung vom 6. April 1818 den Satz ausgesprochen: „Ein Dienstbote, welcher neben seinen gewöhnlichen Diensten seiner Herrschaft in deren Krankheit außergewöhnliche Dienste eine längere Zeit verrichtet hat, ist berechtigt, dafür eine angemessene außerordentliche Belohnung zu verlangen, wenn auch eine solche vorher nicht stipulirt worden." (Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 80.)

Die Uebernahme der Verrichtung muß auch in der Absicht geschehen, ein Rechtsgeschäft einzugehen, d. h. den Anderen zur Gegenleistung zu verpflichten, und der Andere muß den Dienst animo se obligandi annehmen. Daraus folgt, daß, wenn zwei Personen verschiedenen Geschlechts zu einer Geschlechtsgemeinschaft sich zusammenthun, und während des Zusammenlebens Einer dem Anderen häusliche Dienste thut oder Beide sich wechselseitig unterstützen, nach einer später in Unfrieden erfolgten Trennung Keiner von dem Anderen etwas fordern kann. Außerdem, und wenn andere Umstände eine Freigebigkeit nicht annehmen lassen, wird jene Absicht im Zweifel vermuthet. §. 874.

8) Ein Person aus der Arbeiterklasse, welche bei Anderen eine Reihe von Jahren hindurch alle Hausarbeiten und die gewöhnlichen Dienste eines Haus- und Küchenmädchens verrichtet, und dafür nichts weiter als Aufenthalt, Essen und Trinken erhalten hat, ist auch ohne besondere Verabredung berechtigt, den gewöhnlichen Lohn eines Dienstmädchens zu fordern. Pr. des Obertr. v. 1806. (Mathis, Bd. V, S. 18.)

9) Dies ist auch anwendbar auf Mäklergeschäfte, für welche nicht die taxmäßigen Mäklergebühren gefordert werden können. Entsch. des Obertr. Bd. XII, S. 412. — (4. A.) Zur Vermittelung eines Kaufgeschäfts dnrch nichtkaufmännische Mäkler genügt das Zuführen eines Kaufs- oder Verkaufslustigen, oder der Nachweis der verkäuflichen Sache, sagt das Obertr. im Pr. v. 23. März 1854 (Arch. f. R. Bd. XIV, S. 214). Diese Begriffsbestimmung von „Vermittelung" eines Kaufsgeschäfts ist gar zu unbestimmt. In dem Erk. v. 15. Jan. 1861 (Arch. f. R. Bd. XL, S. 129) geht davon das Obertr. auch ab, indem es meint: was unter der Handlung der „Vermittelung" zu verstehen sei, beruhe nicht auf Rechtsbegriffen, sondern auf der Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse jedes besonderen Falles. Das ist das Richtige. „Vermittelung" ist kein Rechts-, sondern ein sprachlicher Begriff des gemeinen Lebens und fällt in den Bereich der Thatsachen, wenn davon in einem Rechtsverfahren die Rede ist. Vergl. Anm. 36[a] zu Art. 82, Abs. 3 des H.G.B.

(4. A.) Auch Hausoffizianten und Dienstboten können eine Belohnung nach dem Maße, wie Leute dieser Klasse in demselben Orte gewöhnlich erhalten, für ihre geleisteten Dienste selbst dann fordern, wenn eine Verabredung über die Belohnung nicht getroffen worden ist, die Dienste aber geleistet und angenommen worden sind. Erk. des Obertrib. vom 16. Oktober 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 58).

10) S. o. die Anm. 7 a. E.

11) Der Satz findet auf Vollmachtsaufträge nicht Anwendung; für diese gilt die besondere Bestimmung des §. 74, Tit. 13. — Vergl. noch das Pr. 1882 zu §. 262, Tit. 13, wo der Realkontrakt facio ut des, wovon hier die Rede ist, unter den Begriff der nützlichen Verwendung gebracht wird. Vergl. auch Anm. 47 zu §. 74 a. a. O. und mein R. der Forderungen §. 285, Nr. IV.

(4. A.) Ein Anspruch auf die in den §§. 873, 874 bestimmte, nicht ausdrücklich bedungene Vergütung findet nicht statt, wenn eine vorgängige Aufforderung zu der geleisteten und angenommenen Handlung nicht stattgehabt hat. Dies findet auch Anwendung auf den Fall der Lieferung von schrift-

§. 875. Ist für die übernommene Handlung nicht Geld oder eine andere Handlung, sondern eine Sache, oder die Abtretung eines Rechts versprochen worden, so sind die Pflichten des Versprechenden, in Ansehung der von ihm zu leistenden Erfüllung, nach den Regeln vom Verkaufe [13]), oder von der Cessionsleistung zu bestimmen.

§. 876. Bei Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen einander versprochen werden, findet, wegen angeblicher Verletzung im Werthe, außer dem Falle eines Betrugs, weder Anspruch noch Einwand statt.

§. 877. Auch aus solchen Verträgen kann, so wie aus allen übrigen, wenn sie durch wechselseitige Einwilligung in gesetzmäßiger Form abgeschlossen sind, auf Erfüllung geklagt werden [13a]).

§. 878. Wenn aber der eine Theil die versprochene Erfüllung weigert [14]), so kann der Andere von dem Vertrage sofort zurücktreten [14a]).

§. 879. In Ansehung der Fälle, wo ein solcher Vertrag, wegen Unmöglichkeit [14b]) der Erfüllung, wieder aufgehoben wird, hat es bei den allgemeinen Vorschriften des Fünften Titels §. 360 sqq. sein Bewenden.

§. 880. Hat in diesem Falle der eine Theil den Vertrag von seiner Seite, durch Leistung der versprochenen Handlung, schon vollständig erfüllt, und die Unmöglichkeit

---

stellerischen Beiträgen zu einer Zeitung und deren Abdruck in derselben. Erk. des Obertr. v. 27. Nov. 1856 (Arch. f. R. Bd. XXIII, S. 83). Ist zweifelhaft, wenn die Dienstleistung angenommen, d. h. benutzt worden ist. Vergl. o., Anm. 9, Abs. 2.

12) Es muß heißen: „1041". R. v. 20. Dezbr. 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

13) Eigentlich müßten die Regeln vom Tausche angewendet werden.

13a) (4. A.) Vorausgesetzt, daß der andere Kontrahent vom Vertrage noch nicht abgegangen ist. Ist dies bereits geschehen, so kommen die §§. 408, 409, Tit. 5 zur Anwendung. Erk. des Obertr. vom 13. Oktbr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 47).

(4. A.) In einem Erk. v. 7. Januar 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 317) spricht das Obertr. aber wieder aus, daß der auf eine bestimmte Zeit zu Tagelöhnerarbeiten auf einer Landwirthschaft schriftlich angenommene Tagelöhner, trotz des §. 408, 409, Tit. 5, gegen den Dingenden, nachdem dieser ihn entlassen habe, auf Erfüllung des Vertrages durch Arbeitsgebung bestehen könne. Dies ist nicht verständlich. Einerseits ist aus den Gründen keineswegs klar, was denn das Obertr. rund und nett eigentlich will; andererseits ist nicht findbar, wie so der Dingende soll gezwungen werden können, den Tagelöhner in seine Häuslichkeit aufzunehmen und ihm Arbeit zu geben. Soll der Exekutor die Arbeit aussuchen und dem Tagelöhner anweisen? Einen solchen Zwang mit präzisem Erfolge möchte man sehen. Warum also der §. 409, Tit. 5 hier keine Geltung haben soll, bleibt unklar.

14) Eine bloße Zögerung ist noch keine Weigerung. Man hat aber auch hervorgehoben, daß hier nicht gesagt sei, daß der zurücktretende Kontrahent sich mit der bloßen Behauptung einer stattgefundenen Weigerung von der Erfüllung los machen könne. Entsch. des Obertr. Bd. XIX, S. 158. Ich halte doch dafür, daß der §. 878 nichts anderes enthält als eine Wiederholung oder Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von Verträgen über Handlungen im §. 408, Tit. 5; und nach diesem Grundsatze kann man unter der bloßen Behauptung der anderseitigen Weigerung zurücktreten, freilich auf die Gefahr, den Anderen vollständig zu entschädigen, wenn man die Behauptung nicht wahr machen kann. Verträge über verdungene Werke machen eine Ausnahme; sie fallen in den Bereich der Kaufkontrakte. Vergl. o. die Anm. 20 zu §. 408, Tit. 5, und unten, Anm. 25 zu §. 938.

14a) (4. A.) Der §. 878 setzt einen berechtigten Rücktritt, nicht einen Rücktritt auf eigene Gefahr voraus. Erk. des Obertr. v. 4. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 240).

(4. A.) Der Engagementsvertrag der Schauspieler, auch der Vertrag, durch welchen Schauspieler sich verpflichten, Gastrollen zu geben, unterliegen den Grundsätzen bei Verträgen über Handlungen. Der andere Kontrahent hat daher die für den Fall des einseitigen Rücktritts festgesetzte Konventionalstrafe nicht verwirkt, wenn er bei Nichterfüllung des Vertrages seitens des Schauspielers von dem Vertrage zurücktritt. Erk. des Obertr. v. 31. Dezbr. 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 150).

(4. A.) Dem auf Erfüllung belangten Schauspieler steht, da sein Vertrag ein Vertrag über Handlungen ist, die Befugniß des Rücktritts noch in zweiter Instanz zu. Zur Rechtfertigung des Rücktritts genügt die bloße wenngleich unbegründete Behauptung, daß der Andere den Vertrag nicht erfüllt habe oder nicht erfüllen könne oder zu erfüllen *verweigere*. Tit. 5, §§. 408, 409 und die Anm. dazu. Auch ist zur Gültigkeit der Erklärung des Rücktritts das Hinzukommen des thatsächlichen Rücktritts nicht erforderlich. Erk. des Obertr. vom 16. November 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 225).

14b) (4. A.) M. s. oben, Anm. 86a zu §. 360, Tit. 5.

der Erfüllung von der andern Seite entsteht durch die Schuld des andern Kontrahenten, so muß Letzterer dem Erstern, nach Maßgabe des Grades seiner Verschuldung, den außerordentlichen Werth der versprochenen Sache, oder den Werth der besondern Vorliebe vergüten.

§. 881. Sollte der Kontrahent, welchem durch seine Schuld die Erfüllung des von der andern Seite schon ganz erfüllten Vertrags unmöglich wird, ebenfalls eine Handlung leisten: so muß er dem Andern den aus der Unterbleibung dieser Handlung entstehenden Schaden und entgehenden Gewinn, nach Maßgabe des Grades seiner Verschuldung, vergüten.

§. 882. Hat der eine Theil den Vertrag bereits ganz erfüllt, und dem Andern wird die Erfüllung von seiner Seite durch bloßen Zufall unmöglich: so muß Ersterer mit der Vergütung des gemeinen Werths der versprochenen Sache, oder des gewöhnlichen Lohns der Handlung, die er selbst geleistet hat, sich begnügen [15]).

§. 883. Hat in dem Falle, wo der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung rückgängig wird, der eine Theil den Vertrag zwar noch nicht ganz erfüllt; aber doch auf Rechnung desselben schon eine oder mehrere Handlungen geleistet, und die fernere Erfüllung wird ihm selbst durch seine eigene Schuld unmöglich: so kann er für das Geleistete von dem andern nur in sofern Vergütung fordern, als dieser sonst mit seinem Schaden reicher werden würde [16]).

§. 884. Ein Gleiches findet statt, wenn dem, der schon etwas geleistet hat, die fernere Leistung nur durch einen Zufall, aber doch durch einen solchen, der sich in seiner Person ereignet, unmöglich wird.

§. 885. Macht hingegen ein bloßer Zufall, daß dem, welcher die kontraktmäßigen Handlungen schon zum Theil geleistet hat, die Leistung der übrigen unmöglich wird, so kann er für das Geleistete von dem andern Kontrahenten gewöhnliche Vergütung, nach dem Gutachten der Sachverständigen, fordern [17]).

§. 886. Entsteht die Unmöglichkeit der Erfüllung von der Seite des andern Kontrahenten, und zwar durch Zufall: so kann der, welcher auf Abrechnung des Vertrages schon Handlungen geleistet hat, kontraktmäßige Vergütung dafür, nach Verhältniß des Geleisteten, gegen das ganze im Kontrakte Versprochene, fordern [18]).

---

15) Ist keine konsequente Anwendung der Regel, nach welcher der Vertrag im Falle des Kasus ungültig oder vielmehr aufgehoben sein soll. Denn daraus folgt, daß der Kontrahent, welcher bereits vorgeleistet hat, das Geleistete schlechthin zurückfordern kann.

16) Er hat also weder die Kondiktion auf Erstattung des Geleisteten, noch weniger die Kontraktsklage, weil er kontraktswidrig gehandelt hat; er hat nur die actio in factum wegen Bereicherung, welche andere Voraussetzungen hat, als die bloße nützliche Verwendung: der Empfänger muß zur Zeit der Klage sich noch wirklich im Besitze oder Genusse des unvergoltenen Vortheils befinden, den er ohne das Vorgefallene nicht haben würde. Die Regel des §. 273, Tit. 13 begründet die Klage nicht. (4. A.) Es versteht sich, daß der Kläger in dem Falle des §. 883 nicht allein seine Leistungen, sondern auch die Bereicherung des Bekl. durch dieselben, d. h. die Zweckmäßigkeit seiner Verwendungen und daß die letzteren dem Bekl. einen Vortheil verschafft haben, beweisen muß. Daß der Vortheil wieder verloren gegangen sei, muß der Andere einwenden. Den Gegensatz zum §. 883 enthält der §. 888. Vergl. Anm. 18*.

17) Der Fall dieses §. ist von dem des §. 882 juristisch nicht verschieden; hier Zufall, dort Zufall. Doch soll die Behandlung eine andere sein; denn hier soll Schätzung der Handlung eintreten, dort soll der gewöhnliche Lohn bezahlt werden. Das liegt darin, daß ein fertiges Werk einen gemeinen Werth hat, theilweise Leistungen aber für den Besteller vielleicht nichts werth sind, so daß er einen erheblichen Schaden leiden würde, wenn er die ihm vielleicht ganz unnützen Leistungen mit dem gewöhnlichen Tagelohne bezahlen sollte.

Die Ausführung eines Baues ist nicht als eine Reihe einzelner selbstständiger, in sich vollendeter Leistungen anzusehen, und der Bestimmung des §. 885 zu subsumiren, vielmehr ist nur die Hinstellung des vollendeten Gebäudes als die dem Bauübernehmer obliegende Leistung anzusehen, und demnach muß dieser den das unvollendete Gebäude treffenden Zufall tragen. Pr. des Obertr. 35 v. J. 1832. Darin machen auch die Modalitäten bei Bezahlung des Lohnes, z. B. die, daß der Lohn wöchentlich nach Bedürfniß zur Auszahlung der Arbeiter gezahlt werden solle, keine Aenderung.

18) Wieder eine andere Abweichung von der Regel. S. o. die Anm. 15 zu §. 882.

§. 887. Kann nach diesem Grundsatze die kontraktmäßige Vergütung nicht bestimmt werden, so muß der Leistende mit einer gewöhnlichen Vergütung, nach dem Gutachten der Sachverständigen sich begnügen.

§. 888. Entsteht bei dem andern Kontrahenten die Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, durch dessen eigenes Verschulden, so kann der, welcher auf Rechnung des Vertrages schon Handlungen geleistet hat, kontraktmäßige Vergütung dafür nach §. 886, oder im Falle des §. 887 die höchste von Sachverständigen zu bestimmende Vergeltung fordern [18a]).

§. 889. Außerdem aber muß ihm der andere Kontrahent, nach dem Grade seiner Verschuldung, für den wirklichen Schaden und entgehenden Gewinn haften, welcher daraus erwächst, daß der Vertrag durch Leistung der noch übrigen Handlungen nicht erfüllt, und also auch die ganze im Kontrakte versprochene Vergeltung nicht gefordert werden kann.

§. 890. Hat sich Jemand zu bloßen Unterlassungen verpflichtet, und handelt dieser seiner Verpflichtung zuwider, so muß er, nach dem Grade der ihm dabei zur Last fallenden Verschuldung, den Andern entschädigen [19]).

§. 891. Ist er aber zu der Handlung, die er unterlassen sollte, durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht genöthigt worden, so ist er zwar von aller Vertretung gegen den andern Kontrahenten frei.

§. 892. Doch muß er demselben dasjenige zurückgeben oder vergüten, was er von demselben als Wiederlage für die angelobte Unterlassung erhalten hat [20]).

§. 893. Kann demjenigen, der zu einer Unterlassung sich verpflichtet hat, von dem andern Kontrahenten keine Erfüllung geleistet werden, so muß Letzterer ihm für den aus der bisherigen Unterlassung entstandenen Schaden, nach dem Grade der Verschuldung, gerecht werden.

1) Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde.

§. 894. Die Verträge zwischen Herrschaften und gemiethetem Gesinde, ingleichen mit gedungenen gemeinen Handarbeitern und Tagelöhnern, gehören unter diese Klasse von Verträgen [20a]). (Th. II, Tit. 5.)

2) Verträge mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern *).

§. 895. Ein gedungener Handarbeiter ist schuldig, die Arbeit verabredetermaßen, unter der Aufsicht oder nach der Vorschrift dessen, der ihn gedungen hat, zu verrichten.

§. 896. So lange er diese Vorschrift befolgt, darf er dem, welcher ihn gedungen hat, nicht für den Ausschlag der Arbeit stehen, oder die fehlgeschlagene Unternehmung vertreten.

§. 897. Wie weit aber Arbeiter, durch die Anweisung oder den Befehl des Din-

---

18a) (4. A.) Zur Begründung der Klage des Werkmeisters, welcher zur Verrichtung einer Arbeit gedungen worden und dieselbe vor deren Vollendung wegen Rücktritts des Dingenden vom Vertrage abgebrochen hat, auf vertragsmäßige Vergütung des Geleisteten bedarf es nicht des Nachweises der Zweckmäßigkeit der bisherigen Verwendungen seitens des Werkmeisters, vielmehr liegt dem Verklagten der Beweis seiner Einrede ob, daß der Werkmeister in dieser Beziehung Anlaß zum Rücktritte vom Vertrage gegeben habe. Pr. des Obertr. vom 12. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 32).

19) S. o. die Anm. 41 zu §. 291, Tit. 5.

20) Folgt aus der durch den Zufall bewirkten Aufhebung des Vertrages.

20a) (4. A.) Der Schäferverding-Vertrag enthält seiner allgemeinen Natur nach einen Vertrag über gemiethete Dienste. — Der Schäfer, insbesondere der Lohn- und Deputatschäfer, ist daher nicht als Verwalter der Schäferei anzusehen und mithin zur Rechnungslegung nicht verpflichtet. Erk. des Obertr. v. 11. März 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 377).

*) (5. A.) Gemeinrechtlich werden diese Verträge Dienstmiethe oder Lohnverträge genannt. M. s. darüber: Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc., §§. 1044, 1048, 1049, 1051, 1054. Dazu Glück, Erläuterung, Bd. XVII, S. 267 flg. Westphal, Vom Kauf, Pacht und Miethe ꝛc. Leipzig 1789, 1807, S. 661 flg. Ferner: Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, Nr. 504—506. — Aus der Preußischen Literatur: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. III, §. 236.

genden, von dem Ersatze des einem Dritten entstandenen Schadens befreit werden, oder nicht, ist im Sechsten Titel §. 45 sqq. bestimmt.

§. 898. Handelt der Arbeiter wider die Vorschrift, so haftet er für allen dadurch verursachten Schaden.

§. 899. Außerdem dürfen gemeine Handarbeiter sowohl gegen den Dingenden, als gegen einen Dritten, nur ein grobes oder mäßiges[20b]) Versehen vertreten.

§. 900. Der gedungene Arbeiter kann nur mit Einwilligung des Dingenden an seiner Statt einen Andern stellen.

§. 901. Ist dieses mit Einwilligung des Dingenden geschehen, so darf der Arbeiter für die Handlungen des Stellvertreters, wenn nichts Besonderes verabredet worden, nicht einstehen[21]).

§. 902. Bei eintretenden unüberwindlichen Hindernissen, ist der Arbeiter, einen Andern für sich zu stellen, nicht verpflichtet.

§. 903. Er ist jedoch schuldig, den Dingenden von dem Hindernisse sobald als möglich zu benachrichtigen.

§. 904. Außer diesem Falle muß der Arbeiter, der weder die Arbeit selbst verrichten will, noch sich mit dem Dingenden über die Stellung eines Andern vereinigen kann, zur Leistung der versprochenen Arbeit, oder Vertretung des dem Dingenden aus der Unterbleibung entstehenden Nachtheils, nach den Vorschriften der Prozeßordnung angehalten werden[22]).

§. 905. Wenn die Zeit, wie lange der Vertrag dauern soll, weder in sich, noch in Beziehung auf die Vollendung einer gewissen Arbeit, bestimmt ist, so ist bei gemeinen Handarbeitern der Vertrag nur auf einen Tag für geschlossen zu achten, und es kann also jeder Theil mit dem Verlaufe jeden Tages davon wieder abgehen.

§. 906. Ein Gleiches findet statt, wenn auch die Bezahlung der Arbeiter nicht nach dem Tagelohne, sondern nach Klaftern, Ruthen, oder einem andern Maße bedungen worden; sobald nur erhellet, daß nicht das Werk selbst verdungen, sondern die Bestimmung des Maßes bloß der nähern Bezeichnung wegen beigefügt worden.

§. 907. Ist aber der Arbeiter auf eine in sich, oder durch Bezug auf die Vollendung eines gewissen Werks bestimmte Zeit gedungen worden: so kann er vor Ablauf dieser Zeit, in der Regel nur alsdann, wenn er untüchtig befunden wird, oder sonst seiner Pflicht kein Genüge leistet, entlassen werden.

§. 908. Wird in diesem Falle, wo der Vertrag mit dem Arbeiter auf eine in sich, oder durch Bezug auf die Vollendung eines gewissen Werks bestimmte Zeit geschlossen ist, die Fortsetzung der Arbeit durch einen Zufall, auch nur auf eine Zeitlang unterbrochen, so kann dennoch jeder Theil von dem Vertrage wieder abgehen, und der Arbeiter kann nur für das Geleistete kontraktmäßige Vergütung, weiter aber keine Entschädigung fordern.

§. 909. Will jedoch der Dingende bei dem Vertrage stehen bleiben, und verlangt

---

20b) (3. A.) Gemeine Handarbeiter werden nicht als Sachverständige in ihrem Gewerbe angesehen und daher nicht nach der Regel des §. 23, Tit. 3 beurtheilt; ein geringes Versehen wird ihnen also, außer dem Falle des §. 898, niemals angerechnet.

Die Ausdrucksweise des A. L.R.: „grobes oder mäßiges Versehen", bedeutet immer, daß nur für culpa levis, nicht auch für culpa levissima, einzustehen ist. Vergl. Tit. 13, §. 33. Statt „oder" sollte es „und" heißen.

21) Der Stellvertreter ist hier eigentlich nicht ein Stellvertreter, sondern ein Arbeiter, der für sich von dem Arbeitgeber die Arbeit erhalten hat. Daraus folgt von selbst, daß der früher gedungen gewesene Arbeiter für nichts haftet. Die Vorschrift setzt einen durch eine in sich oder beziehungsweise bestimmte Zeit dauernden Kontrakt voraus. Vergl. §. 905.

22) Nicht zweckentsprechend. Nemo praecise cogi potest ad faciendum. Wer möchte auch mit einem Handarbeiter zu thun haben, der auf Arbeit zu kommen mechanisch gezwungen wird. Weiter als eben zu kommen reicht der Zwang ja doch nicht bei freien Personen. Vergl. oben Anm. 13a.

er, daß der Arbeiter, nach gehobenem Hindernisse, die Arbeit fortsetzen solle: so muß dieser, gegen Vergütung des gewöhnlichen Tagelohns für die Zwischenzeit, sich dieses gefallen lassen.

§. 910. Wird die Arbeit auf eine Zeitlang durch grobes oder mäßiges Verschulden des Dingenden oder gar durch die freie Willkür desselben unterbrochen: so kann der Arbeiter, wenn er, nach gehobenem Hindernisse, die Arbeit fortsetzen will, auch für die Zwischenzeit nach Vorschrift §. 909 Vergütung fordern.

§. 911. Will er aber von dem Vertrage wieder abgehen, so muß er mit kontraktmäßiger Vergütung des Geleisteten sich begnügen.

§. 912. In den Fällen des §. 909, 910 muß der Arbeiter dasjenige, was er in dieser Zwischenzeit durch anderweitige Beschäftigungen erworben, oder doch zu erwerben erweislich Gelegenheit gehabt hat, auf die ihm zukommende Vergütung sich abrechnen lassen.

§. 913. Entsteht eine solche Unterbrechung der Arbeit durch die Schuld des Arbeiters, so kann der Dingende von dem Vertrage zurücktreten, und der Arbeiter kann für das bereits Geleistete nur so weit, als dadurch der Vortheil des Dingenden wirklich schon befördert worden, Vergütung fordern.

§. 914. Auch ist alsdann der Arbeiter dem Dingenden für den aus der Unterbrechung der Arbeit entstandenen Schaden zu haften verpflichtet.

§. 915. Will aber der Dingende bei dem Vertrage stehen bleiben, und verlangt also, daß der Arbeiter, nach gehobenem Hindernisse, die Arbeit fortsetzen solle, so muß er das schon Geleistete kontraktmäßig vergüten.

§. 916. Doch bleibt auch alsdann der Arbeiter nach §. 914 zur Schadloshaltung verhaftet, und kann für die Versäumniß der Zwischenzeit keine Vergütung fordern.

§. 917. Veranlaßt ein Zufall, daß die Arbeit ganz abgebrochen werden muß, so erhält der Arbeiter für das bereits Geleistete kontraktmäßige Vergütung; außerdem aber ist kein Theil dem andern zur Schadloshaltung verpflichtet.

§. 918. Wird die Arbeit durch Schuld oder Willkür des Dingenden ganz abgebrochen, so muß derselbe nicht nur das bereits Geleistete kontraktmäßig vergüten, sondern auch dem Arbeiter, so lange bis er Arbeit zu finden Gelegenheit hat[23]), nach richterlichem Ermessen das gewöhnliche Tagelohn entrichten.

§. 919. Entsteht die gänzliche Abbrechung der Arbeit durch die Schuld des Arbeiters, so muß dieser nicht nur mit einer Vergütung des Geleisteten, welche dem durch das Geleistete dem Dingenden wirklich verschafften Vortheil angemessen ist[23a]), sich begnügen; sondern auch Letzterm für den, aus der Rückgängigwerdung des Geschäfts entstehenden Schaden haften.

3) Verträge mit Handwerkern und Künstlern*).

§. 920. Was vorstehend von gemeinen Handarbeitern verordnet ist, findet in der Regel auch alsdann statt, wenn Werkmeister oder Künstler zur Verrichtung einer gewissen Arbeit[23b]) gedungen werden.

---

23) Aber doch nicht länger als der Kontrakt lautet. §. 908.

23a) Nur die actio in factum wegen Bereicherung hat der Arbeiter; die Kontraktsklage würde durch die exc. doli unwirksam gemacht werden. Die Bereicherung wird jedoch soweit konsumirt, wie der „aus Rückgängigwerdung des Geschäfts entstehende Schaden" des Anderen reicht.

*) (5. A.) Diese Verträge werden gemeinrechtlich nicht von der Dienstmiethe oder dem Lehrvertrage unterschieden.

23b) (4. A.) Ist die Vergütung nicht für die vollendete Herstellung des Werkes, sondern nur nach dem fortschreitenden Umfange der Leistungen behufs Herstellung desselben vereinbart und zahlbar, so liegt kein Vertrag über ein angedungenes Werk (§. 925), sondern über Arbeiten vor. Erk. des Obertr. v. 14. Mai 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 37).

(4. A.) Die Leistungen der gewöhnlichen Handwerker, auch wenn dieselben das zu verarbeitende Material liefern, sind nur als Arbeiten, nicht als ein Werk schaffende Thätigkeit im Sinne der §§. 925 ff. zu beurtheilen. — Dieser Grundsatz findet auch hinsichtlich der bei Schneidern auf Liefe-

§. 921. Doch sind diese die Arbeit nach den Regeln ihrer Kunst zu verrichten, und dabei auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.

§. 922. Hat aber der Dingende eine gewisse Art, wie die Arbeit verrichtet werden soll, ausdrücklich vorgeschrieben: so ist der Arbeiter, wofern nicht Polizeigesetze entgegenstehen, sich darnach zu richten verbunden.

§. 923. Er darf jedoch dabei nur für ein mäßiges Versehen haften, und in sofern ihm dergleichen Versehen nicht zur Last fällt, den Erfolg auf keine Weise vertreten.

§. 924. In den Fällen, wo der gemeine Handarbeiter nach den §§. 909, 910, 918 Tagelohn für die Wartezeit fordern kann, muß dem Werkmeister oder Künstler eine billige Vergütung, nach richterlichem Ermessen, ausgesetzt werden.

4) Verträge über ein verdungenes Werk *).

§. 925. Ist ein Werkmeister oder Künstler nicht bloß zu einer Arbeit gedungen, sondern ihm ein ganzes Werk in Pausch und Bogen angedungen worden[23c]; so finden zuvörderst die allgemeinen Grundsätze §. 869 sqq. Anwendung[24]).

§. 926. Auch wenn der Werkmeister die Materialien herzugeben übernommen hat, kann ein solcher Vertrag, unter dem Vorwande einer Verletzung über oder unter der Hälfte, weder von einem noch dem andern Theile angefochten werden. (§. 876.)

§. 927. Vielmehr muß der Werkmeister seiner Verbindlichkeit ein Genüge leisten, wenn es auch zu seinem Schaden ausschlagen sollte.

§. 928. In allen Fällen, wo ein Werk oder eine Arbeit einem Werkmeister oder Künstler angedungen worden, ist derselbe das Geschäft selbst auszuführen verbunden,

---

rung bestellten Kleider Anwendung. Erk. des Obertr. v. 19. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 63).

*) (5. A.) Verträge dieser Art heißen gemeinrechtlich Verdingung oder Gedinge. Literatur s. o. zu Nr. 2 (neben §. 895), wozu noch aus Hellfeld u. Glück der §. 1055 tritt. Weiter ist beizufügen: Carl August Haase, Commentatio juris civilis Romani de opere locato et conducto. Lips. 1814. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, No. 507 bis 509.

23c) (4. A.) Der Begriff eines verdungenen Werks im Sinne des §. 925 erfordert die Kombination der Arbeit und verarbeiteter Materialien zu einem neuen Produkte, so wie eine für das fertige Werk als ein Ganzes bedungene Vergütung in Pausch und Bogen. Erk. des Obertr. v. 4. März 1856 (Arch. f. R. Bd. XX, S. 241). Die Definition paßt genau auch auf ein Paar neue Stiefeln und einen dem Schneider angedungenen neuen Rock, dem das Obertr. den Charakter eines angedungenen Werks abgesprochen hat. Vor. Anm. 23b, Abs. 2. — Die juristische Bezeichnung der „Kombination" ist: Spezifikation, und die des „Produkts" ist: neue Spezies. — (5. A.) Eine andere Definition: „Das Wesen des Vertrages über ein verdungenes Werk besteht darin, daß nicht für einzelne Leistungen, selbst wenn sie schließlich zur Herstellung eines Ganzen führen sollten, besondere Preise verabredet sind, sondern daß für die Gesammtheit des Werkes als eines Ganzen eine Gesammtvergütung versprochen ist." Erk. dess. vom 14. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 308). Vergl. oben Anm. 23b.

Der bedungene Preis einer bestellten und gelieferten Maschine umfaßt nicht die Kosten der behufs ihrer Aufstellung und Gangbarmachung nothwendig gewesenen Zuthaten und Arbeiten. Die letztern sind nach dem gewöhnlichen Lohne zu vergüten. Erk. des Obertr. v. 3. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 215). Das gilt nicht allein von Maschinen, sondern von jedem beweglichen Werke, welches von der Werkstatt nach einem anderen Orte geschafft werden muß und dort aufgestellt wird, z. B. eine von einem Bildhauer in seinem Atelier für eine bestimmte Kirche gebildete Altarwand, welche nicht bloß dahin zu transportiren, sondern auch am Bestimmungsorte aufgestellt und befestigt werden muß.

24) Vergl. die vor. Anm. 23b. (4. A.) Der Vertrag über ein verdungenes Werk bleibt Miethe, wenngleich der Meister den Stoff hergiebt. Deshalb braucht zu einem Baubertrage, worin der Baumeister die Lieferung der Materialien übernimmt, nur der allgemeine Vertragsstempel, nicht der Stempel für Lieferungsverträge verwendet zu werden. Erk. des Obertr. v. 14. April 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 167*).

Die Vorschriften von Verträgen über ein verdungenes Werk §§ 925 bis 965 bleiben außer Anwendung, wenn der Uebernehmer eines Werkes kein Werkverständiger ist. Pr. des Obertr. 35, v. J. 1832. — (3. A.) In Beziehung auf die ausgeführte mündliche Andingung s. o. Anm. 51 zu §. 165, Tit. 5.

und kann die Ausführung, wider den Willen des Beſtellers, einem Andern nicht übertragen.

§. 929. Dagegen kann er ſich, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet iſt, fremder Gehülfen und Mitarbeiter dabei bedienen.

§. 930. Er muß aber die Handlungen dieſer von ihm ſelbſt gewählten Gehülfen, gleich ſeinen eigenen, vertreten.

§. 931. Auch hat der Beſteller ein Recht des Widerſpruchs, wenn der Werkmeiſter zu Arbeiten, welche handwerksmäßige Kenntniſſe und Geſchicklichkeiten erfordern, Leute, die zu dieſem Handwerke nicht gehören, und überhaupt, wenn er offenbar untüchtige Arbeiter und Gehülfen annimmt.

§. 932. Der Werkmeiſter kann der Regel nach, und wenn nicht ein Anderes verabredet iſt, die Zahlung nicht eher fordern, als bis das Werk bedungenermaßen fertig geliefert, und von dem Beſteller übernommen worden[24a]).

§. 933. Das beſtellte Werk muß zur beſtimmten Zeit vollendet und übergeben werden[24b]).

§. 934. Iſt keine Zeit beſtimmt, ſo muß der Werkmeiſter die Arbeit ſofort anfangen, und gehörig fortſetzen.

§. 935. Auch ein Werkmeiſter iſt nicht befugt, das beſtellte Werk noch vor Ab-

---

24a) Die zur Uebernahme eines beſtellten Werks im Sinne der §§. 932 ff. außer der körperlichen Beſitzergreifung erforderliche Abſicht, daſſelbe als ſein eigen zu beſitzen, kann auch durch den fortgeſetzten Gebrauch des Werks an den Tag gelegt, d. h. ſtillſchweigend erklärt werden. — Durch die ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärte Abſicht des Uebernehmers, das Werk behalten zu wollen, wird die Abſicht, etwaige Fehler deſſelben im Wege der Klage oder Einrede zu rügen, nicht ausgeſchloſſen. Hat daher der Uebernehmer des beſtellten Werks daſſelbe nicht ausdrücklich gebilligt, ſo treten hinſichtlich der etwaigen Fehler deſſelben die Vorſchriften des §§. 319 ff., Tit. 5 ein. Erk. des Obertr. v. 15. November 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 334).

24b) (3. A.) Nicht erſt durch die Uebergabe erwirbt der Beſteller das Eigenthum des Werks, wenn dieſes auch eine bewegliche Sache iſt, denn der Ausdruck: „übergeben", „Uebergabe" hat hier nicht die techniſche Bedeutung von Tradition, vielmehr von Ueberlieferung; ſondern durch die in ſeinem Namen verrichtete Spezifikation, ſelbſt wenn der Werkmeiſter ſeinen eigenen Stoff verarbeitet hat; denn bei der auf einem Vertrage beruhenden Spezifikation iſt von dem Eigenthume an dem Rohſtoffe nicht auf das Eigenthum an der daraus geſchaffenen neuen Sache zu ſchließen, vielmehr kommt es auf die, entweder ausgeſprochene, oder aus dem Vertrage zu ſchließende, Abſicht der Parteien an: dieſe kann auf eine unmittelbare Erwerbung des Eigenthums an der neuen Sache für den Beſteller gehen, wenngleich der Werkmeiſter den Stoff dazu hergiebt. In dieſem Falle iſt der Verfertiger als beauftragter Vertreter des Beſtellers in dem Geſchäfte der Spezifikation anzuſehen; hieraus folgt die unmittelbare Erwerbung des Eigenthums an der neuen Sache für den Beſteller mit deren Entſtehung und durch dieſelbe. Dies iſt der juriſtiſche Grund, durch welchen der von dem Obertr. in einem Falle, wo ein Bildhauer das Originalmodell einer Vaſe gearbeitet und einen Erzgießer durch Vertrag verbindlich gemacht hatte, die Vaſe nach dem Modelle in Bronze zu gießen und kunſtgerecht zu ciſeliren, auch das Erz dazu herzugeben, angenommene Satz: daß die gegoſſene Vaſe ſofort, noch vor der Ablieferung, das Eigenthum des Beſtellers geworden (Erk. v. 18. Juni 1856, Entſch. Bd. XXXIII, S. 328), gerechtfertigt wird. Die eigene Begründung der Entſcheidung aus dem §. 22 des G. v. 11. Juni 1837, betr. den Schutz des geiſtigen Eigenthums, überzeugt nicht; dieſe Beſtimmung betrifft die unerlaubte Nachbildung, wovon hier nicht die Rede iſt; und erklärt nicht die Erwerbung des Eigenthums, auf welche das Obertr. in ſeiner ganzen Ausführung nicht eingeht. Die Sache iſt einfach, wenn man ſich ſolche klar macht: die Erwerbungsart iſt die Spezifikation. Iſt die Abſicht die, daß der Werkmeiſter für den Beſteller verfertige (ſpezifizire), ſo wird der Beſteller unmittelbarer Eigenthümer der neuen Sache, mit deren Entſtehung, wenn auch der Werkmeiſter Eigenthümer des Stoffes iſt; verfertigt aber der Werkmeiſter die Sache zunächſt für ſich, behufs des Abſatzes an den Beſteller, ſo wird der Beſteller erſt durch die Uebergabe Eigenthümer. Ob Jenes oder Dieſes beabſichtigt worden, iſt keine Rechts-, ſondern eine Thatſachenfrage. Vergl. L. 22, §. 2 D. locati conducti (XIX, 2) und L. 25 D. de acquir. rerum dominio (XLI, 1).

(4. A.) Aus dem Geſagten (Abſ. 1) erhellet, daß der Beſteller auf die Ueberlieferung des verdungenen und fertig geſtellten ſpezialiſirten Werkes klagen kann, wie auch das Obertr., unter Vernichtung des im entgegengeſetzten Sinne ausgefallenen Appellationsurtels, in dem Erk. v. 20. März 1862 (Entſch. Bd. XLVII, S. 110) erkannt hat. Die Klage gegen den Werkmeiſter iſt die actio locati; das Werk iſt ein fertiges opus conductum.

lauf der ausdrücklich bestimmten Zeit abzuliefern, und den Besteller zur Annahme desselben zu nöthigen.

§. 936. Liefert der Werkmeister das Werk zur bestimmten Zeit nicht ab, so trägt er von da an alle Gefahr, auch wegen der etwa von dem Besteller gelieferten Materialien.

§. 937. Er haftet überdies dem Besteller für den aus der Zögerung entstehenden Schaden, nach Verhältniß seines entweder bei Abschließung des Vertrages, oder bei dem Betriebe der Arbeit begangenen Verschuldens.

§. 938. Ueberhaupt aber steht dem Besteller frei, wenn das Werk mit dem Ablaufe der ausdrücklich bestimmten Zeit durch die Schuld des Werkmeisters, oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall, nicht abgeliefert wird, von dem Vertrage zurückzutreten [25]).

§. 939. Wird die Uebernehmung des fertigen Werks von dem Besteller ohne rechtlichen Grund verzögert [26]), so muß Letzterer alle Gefahr tragen [26a]).

§. 940. Ueberdies muß der Besteller dem Werkmeister für den bedungenen Lohn Zögerungszinsen, vom Ablaufe der bestimmten Zeit an, wo das Werk fertig war, entrichten: und allen sonstigen aus der verzögerten Uebernahme entstandenen Schaden, oder die durch längere Aufbewahrung der Sache verursachten Kosten vergüten.

§. 941. Die auf ein verdungenes Werk im Voraus geleisteten Zahlungen werden auf den verabredeten Preis in Abzug gebracht.

§. 942. Ist bei der Bestellung kein Preis verabredet worden, und die Parteien können sich darüber bei der Ablieferung nicht vereinigen, so muß derselbe, nach Würdigung der Sachverständigen, von dem Richter bestimmt werden.

§. 943. Bei der Ablieferung des Werks kann jeder von beiden Theilen verlangen, daß dasselbe, auf seine Kosten von Sachverständigen besichtigt werde [26b]).

---

25) I. Die Vorschrift, wonach bei Verträgen über Handlungen der Kontrahent, welcher behauptet, daß der andere Theil die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht zu leisten im Stande sei, sofort auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen kann (§§. 405 bis 408, Tit. 5 und §. 878 d. T.), finden auf verdungene Werke nicht Anwendung. II. Der Besteller eines zu spät abgelieferten Werkes kann von der Befugniß des Rücktritts nicht mehr Gebrauch machen, sobald er dem Werkmeister gegenüber einmal erklärt hat, daß er sich dieses Rechts nicht bedienen, sondern bei dem Vertrage stehen bleiben wolle. Pr. des Obertr. v. 7. Mai 1859 (Entsch. Bd. XIX, S. 151). (4. A.) Vergl. über den Satz Nr. I das Erk. dess. v. 4. März 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 240.)

26) Eine solche grundlose Zögerung tritt auch ein, sobald der Besteller sich auf die Uebernehmung des ihm angebotenen Werks nicht einlassen, und weder einen Sachverständigen bestellen (§. 943), noch ohne Zuziehung eines solchen das Werk abnehmen will. Der Werkmeister kann dann, unter gerichtlicher Niederlegung des Werks, unbedingt auf Zahlung des Preises klagen, oder, ohne Niederlegung, mit dem Antrage klagen, daß der Besteller verurtheilt werde, das Werk abzunehmen und den Preis zu bezahlen. Daß derselbe verurtheilt werde, prinzipaliter sofort einen Sachverständigen zu ernennen, darauf kann der Werkmeister nicht klagen, denn das ist nur eine Befugniß des Bestellers.

26a) (4. A.) Aus dieser Bestimmung, nach welcher der säumige Besteller des Werks „alle Gefahr" zu tragen hat, läßt sich nicht folgern, daß das Ereigniß, durch welches die bestellte Sache aus dem Besitze des Verfertigers gekommen, durch höhere Gewalt oder Zufall herbeigeführt, resp. ein solches sein müsse, welches durch kein mögliches erlaubtes Mittel hätte abgewendet werden können. Erk. des Obertr. v. 10. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 234). Mit anderen Worten: der Ausdruck „alle Gefahr" bezeichnet hier nicht vis major, sondern den einfachen Kasus, d. h. ein schädliches Ereigniß ohne Zuthun des Werkmeisters.

26b) (4. A.) Wenn diese Besichtigung von keinem Theile verlangt worden, die Uebergabe vielmehr ohne eine solche Besichtigung erfolgt ist, so folgt daraus noch nicht, daß der Annehmer die Unbrauchbarkeit des Werks nicht mehr zu rügen berechtigt sein sollte; auch die ohne Vorbehalt erfolgte Annahme des Werks steht ihm nicht unbedingt entgegen, namentlich dann nicht, wenn es sich darum handelt, ob das Werk die bedungene Eigenschaft hat. Tit. 5, §§. 325—327; Erk. des Obertr. v. 17. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX. S. 115). (5. A.) Zu einer förmlichen Abnahme des bestellten Werkes unter Zuziehung von Sachständigen ist jeder Theil berechtigt, nicht aber verpflichtet; ein Zwang dazu findet also nicht statt. Erk. des Obertr. vom 15. Juli 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LI, S. 57).

§. 944. Sind keine öffentlich bestellten Schaumeister vorhanden, so ist jeder Theil einen Kunstverständigen in Vorschlag zu bringen berechtigt.

§. 945. Finden die Kunstverständigen einstimmig, daß das Werk tüchtig[27]) und kontraktmäßig angefertigt sei, so muß der Besteller es annehmen und die versprochene Zahlung dafür leisten.

§. 946. Doch bleibt ihm nach geleisteter Zahlung, die Ausführung seiner Einwendungen im Wege Rechtens vorbehalten.

§. 947. Wird das Werk untüchtig befunden, so hat der Besteller die Wahl: ob er vom Kontrakte abgehen, und also die Annahme verweigern, oder Schadloshaltung wegen der bemerkten Fehler fordern wolle[27a]).

§. 948. Doch steht auch dem Werkmeister frei, über die von dem Besteller behauptete Untüchtigkeit des Werks, auf richterliche Untersuchung und Entscheidung anzutragen.

§. 949. In allen Fällen, wo der Besteller, wegen befundener Untüchtigkeit, das Werk anzunehmen nicht schuldig ist, kann er für die von ihm dazu gelieferten Materialien, nach eigener Wahl, entweder Ersatz in gleicher Quantität und Qualität, oder Vergütung des Werths fordern.

§. 950. Wählt der Besteller das Letztere, und hat er die Materialien selbst angekauft, so muß ihm der kostende[28]) Preis, sonst aber der Werth, welchen die Materialien zur Zeit der Ablieferung an den Besteller[29]) gehabt haben, ersetzt werden.

§. 951. In Ansehung solcher Fehler, welche keinen wesentlichen Einfluß auf den Gebrauch der Sache haben, findet nur Minderung des bedungenen Preises, oder Schadloshaltung statt.

---

27) Nämlich zu dem bestimmten Zwecke. — (4. A.) Die §§. 945, 946 setzen ein der Abrede nach fertig hergestelltes Werk voraus; sie finden daher keine Anwendung, wenn das verdungene Werk — obgleich ohne Verschulden des Werkmeisters — nicht ganz vollendet worden ist. Erk. des Obertr. vom 27. Nov. 1862 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIX, S. 15).

27a) (4. A.) Wenn es sich also bei einem verdungenen Werke nicht etwa um einen fehlenden, zusätzlich nachzuliefernden Bestandtheil handelt, sondern wenn von Umarbeitung wegen behaupteter Fehlerhaftigkeit die Rede ist, so steht dem Besteller nur zu, entweder die Annahme des Werkes ganz abzulehnen und Entschädigung zu fordern, oder Schadloshaltung wegen der bemerkten Fehler zu verlangen; das Recht, die ordnungsmäßige Umarbeitung zu erzwingen, hat er nicht. Erk. des Obertr. v. 15. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 313). (5. A.) Sonach findet bei Verträgen über ein verdungenes Werk neben der Alternative der Nichtannahme wegen wesentlicher Fehler nur die Alternative der Preisminderung oder Schadloshaltung wegen Fehler des Werkes statt; auf Abhülfe der etwaigen Mängel kann nicht erkannt werden. Erk. des Obertr. v. 15. Juli 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 57).

S. auch oben, die Anm. 65a zu §. 325, Tit. 5.

(4. A.) Wenn in dem Vertrage wegen Verdingung eines Werks bestimmt ist, daß der Werkmeister verpflichtet sein solle, den nach dem Gutachten der Sachverständigen vorgefundenen Mängeln des Werks auf eigene Kosten abzuhelfen, so ist der Besteller nicht berechtigt, entweder von dem Vertrage zurückzutreten, oder für die fehlerhafte Beschaffenheit des Werkes Schadloshaltung vom Werkmeister zu fordern, ihm steht vielmehr nur die Klage auf Erfüllung des Vertrages zu. Erk. des Obertr. v. 22. Februar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 16).

(4. A.) Enthält der Vertrag eine derartige Bestimmung nicht, so hat der Besteller die ihm im §. 947 zugesprochene Wahl nicht bloß dann, wenn bei der Ablieferung des Werks einer von beiden Theilen verlangt hat, daß dasselbe auf seine Kosten von Sachverständigen besichtigt werde, wenn darauf diese Sachverständigen das Werk tüchtig und kontraktmäßig angefertigt erklärt haben, wenn in Folge dessen der Besteller es angenommen und die versprochene Zahlung geleistet hat, und wenn demnächst bei der Ausführung seiner Einwendungen im Wege Rechtens die Untüchtigkeit des Werkes festgestellt wird; sondern unter Umständen auch dann, wenn, ohne daß bei der Ablieferung des Werkes auf dessen Besichtigung durch Sachverständige angetragen worden wäre, seitens des Bestellers des Werkes im Wege Rechtens dargethan wird, daß das Werk ein untüchtiges sei. Erk. des Obertr. v. 4. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 103).

28) Damit ist der Kostenpreis gemeint.

29) Statt „Besteller" ist zu lesen: „Werkmeister". Jahrb. Bd. XXXVII, S. 323; Bd. XLIII, S. 445; Bd. L, S. 469.

§. 952. Ist jedoch bei Werken, die zur Pracht und Zierde bestimmt sind, in der äußerlichen Gestalt und Form derselben ein erheblicher Fehler begangen worden, so findet, wenn auch dieser Fehler den Gebrauch der Sache an sich nicht hindert, dennoch die Vorschrift §. 947 Anwendung.

§. 953. Eben das gilt, wenn der Sache eine ausdrücklich vorbedungene, wenn gleich an sich außerwesentliche, Eigenschaft ermangelt.

§. 954. Der Werkmeister haftet für die gegen die Regeln seiner Kunst begangenen Fehler, und muß dabei auch ein geringes Versehen vertreten.

§. 955. Hat er aber auf ausdrückliches Verlangen des Bestellers von den Regeln seiner Kunst abweichen müssen, so findet die Vorschrift des §. 923 Anwendung.

§. 956. Ist die Auswahl und Anschaffung der Materialien dem Werkmeister überlassen worden, so muß er auch dabei ein geringes Versehen vertreten.

§. 957. Hat der Besteller die Materialien geliefert, und darüber kein Urtheil des Werkmeisters verlangt, so haftet Letzterer für einen aus der Beschaffenheit dieser Materialien entstandenen Fehler nur alsdann, wenn dieselben zu der bestellten Arbeit offenbar untüchtig waren, und er den Besteller deshalb nicht gewarnt hat.

§. 958. Verlangt hingegen der Besteller über die von ihm angeschafften Materialien das Urtheil des Werkmeisters, so haftet Letzterer bei dieser Beurtheilung nur für ein mäßiges [30]) Versehen.

§. 959. Unglücksfälle an den Materialien, während der Arbeit, treffen den Eigenthümer derselben.

§. 960. Wird das Werk selbst, vor der zur Uebergabe [30a]) bestimmten Zeit, durch einen Zufall vernichtet, oder unbrauchbar gemacht, so verliert der Werkmeister Arbeitslohn und Auslagen [30b]).

§. 961. Hat der Besteller die Materialien geliefert, so muß er dieselben, so weit sie noch vorhanden, und wie sie beschaffen sind, zurücknehmen.

§. 962. Auch ist er in diesem Falle befugt, von dem Vertrage abzugehen, wenn gleich der Werkmeister zur Anfertigung eines neuen Werks, gegen den verabredeten Preis, und gegen Lieferung neuer Materialien, sich erbieten wolle.

§. 963. Hat aber in dem Falle des §. 960 der Werkmeister die Materialien angeschafft, so hängt es von diesem ab, ob er von dem Kontrakte abgehen, oder noch zu dessen Erfüllung mit andern Materialien zugelassen sein wolle.

§. 964. Doch findet Letzteres nur in sofern statt, als entweder kein Termin zur Ablieferung bestimmt war, oder der Werkmeister die bestimmte Frist noch inne halten kann.

§. 965. Ereignet sich der Unglücksfall an dem Werke nach dem zur Ablieferung bestimmten Termine, jedoch vor der wirklichen Uebergabe, so hat es bei den Vorschriften §§. 936, 937, 938 sein Bewenden.

Insonderheit von verdungenen Bauen.

§. 966. Wenn ein übernommener Bau vor der Uebergabe einstürzt, oder sonst Schaden leidet, so wird vermuthet, daß der Unfall aus einem Fehler des Baumeisters entstanden sei [31]).

30) Nach der Regel müßte er als Kunstverständiger für ein geringes Versehen verantwortlich sein. §. 281, Tit. 5.

30a) (4. A.) „Uebergabe" bedeutet hier nicht die juristische Handlung der Tradition zur Uebertragung des Eigenthums, sondern die Thatsache der Ablieferung. Vergl. o. die Anm. 24a zu §. 933.

30b) (3. A.) Nicht deshalb, weil er Eigenthümer der spezifizirten neuen Sache wäre, sondern weil er als Vermiether der Arbeit das Versprochene nicht leisten kann. Vergl. oben, Anm. 24a zu §. 933. Der Satz folgt aus der locatio operis.

31) Die §§. 966, 967 bleiben außer Anwendung, wenn der Uebernehmer eines Baues kein Sachverständiger ist. Pr. des Obertr. 35, v. J. 1832. — (4. A.) Diese §§. sprechen auch nicht von Unglücksfällen während der Arbeit, mithin nicht von nur vollendeten Bautheilen, sondern von einem zur Uebergabe fertigen Baue. Erk. des Obertr. vom 20. November 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 78).

§. 967. Ist der Schade erweislich durch einen bloßen Zufall, oder durch einen solchen Fehler entstanden, welchen der Baumeister, als Kunstverständiger, nicht hat voraussehen können: so trifft der Verlust den Bauherrn.

§. 968. Ist aber der Bau von dem Bauherrn einmal übernommen worden, so kann der Baumeister wegen solcher Fehler, die aus der Bauart, und weil dabei die Regeln der Kunst angeblich nicht beobachtet worden, entstanden sein sollen, nur innerhalb Dreier Jahre nach der Uebergabe in Anspruch genommen werden.

§. 969. Wegen solcher Fehler hingegen, die in der schlechten Beschaffenheit der Materialien ihren Grund haben sollen, kann der Baumeister zu allen Zeiten innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist, zur Verantwortung gezogen werden.

§. 970. In beiden Fällen aber ist, auch nach der Uebergabe, die Frage: in wiefern ein sich äußernder Fehler, je nachdem derselbe in der Beschaffenheit der Materialien, oder der Arbeit seinen Grund hat, von dem Baumeister vertreten werden müsse? nach der Vorschrift §§. 954—958 zu beurtheilen.

Rechte aus diesem Vertrage bei entstandenem Konkurse.

§. 971. Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister, in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten, ein in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht [32]).

§. 972. Dieses Vorrecht kann er, so lange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, auf die Sache, auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners, eintragen lassen [33]).

§. 973. Auf bewegliche Sachen, die dem Besteller einmal übergeben worden, kann dies Vorrecht nicht ausgedehnt werden.

§. 974. Entsteht aber vor der Uebergabe Konkurs über das Vermögen des Bestellers, so kann der Werkmeister, wegen seiner Arbeit und Auslagen, des Zurückbehaltungsrechtes auf das noch in seiner Gewahrsam befindliche Werk sich bedienen. [34]).

---

32) Dieses Vorrecht war durch das Vorhandensein der Gebäude oder ihres Erlöses in derjenigen Masse bedingt, zu welcher liquidirt wurde. Proz.-Ordn. Tit. 50, §§. 424, 426. (4. A.) Durch die Konkursordnung v. 8. Mai 1855 ist dasselbe unterdrückt, der §. 971 hat dadurch seine Bedeutung verloren, wogegen der Titel zum Pfandrechte, welchen der folgende §. 972 giebt, unberührt geblieben ist. S. d. folg. Anm. 33.

33) Sobald die Forderung entstanden und unstreitig ist. Ist sie streitig oder noch im Entstehen, so kann ihm die Eintragung einer Protestation zur Erhaltung seines Rechtes nicht gewehrt werden. (3. A.) Nach dem Einführungsgesetze zur Konk.-O. v. 8. Mai 1855 Art. XI ist dieser Titel zum Pfandrechte aufrecht erhalten. (4. A.) Dies ist auch in judicando angenommen worden. Erk. des Obertr. vom 19. Juli 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 110).

34) Nach §. 566, Tit. 20 soll das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger wegen seiner Forderung etwa zusteht, durch die Konkurseröffnung gerade erlöschen. Wegen dieses Widerspruchs sind die Meinungen über den hier eigentlich gemeinten Rechtssatz getheilt. In dem gedr. Entwurfe lautet die Stelle so: §. 694. „Bei beweglichen Sachen bleibt der Werkmeister Eigenthümer, bis das Werk von dem Besteller übernommen worden." Man hatte dies auf solche Werke bezogen, von welchen der Werkmeister, weil er die Materialien dazu hergegeben, von Uriprung Eigenthümer geworden und folglich bis zur Uebergabe verbleibe. Dies war aber nicht der Sinn des Verf.: denn Suarez erklärte bei der rev. monitor.: „Ad §. 694 kann eigentlich nicht gesagt werden, daß der Werkmeister Eigenthümer des Werkes sei, besonders alsdann nicht, wenn der Besteller die Materialien hergegeben hat. In diesem Falle ist das Dominium gleichsam in suspenso, so lange, bis die Tradition erfolgt ist. Das Nähere hierüber gehört in die Materie von der Spezifikation, und ist auch dort vorgenommen. Zu dem gegenwärtigen Zwecke wird es genug sein, festzusetzen, daß, wenn vor der Ablieferung des Werkes Konkurs über das Vermögen des Bestellers entsteht, dem Werkmeister an das Werk ein jus retentionis zustehe." (Ges.-Revis. Pens. XIV, S. 165.) Die Absicht ist klar. Man wollte über das Recht des Werkmeisters an der Sache, welches, je nachdem die Materialien von ihm oder nicht von ihm herkommen, Eigenthum oder Pfandrecht ist, hier nichts bestimmen, vielmehr bloß über das obligatorische Rechtsverhältniß Verordnung treffen; man war nur über die entsprechende Fassung verlegen. Der Fall ist der: der Werkmeister hat mit dem Gemeinschuldner kontrahirt, der Vertrag ist aber noch unerfüllt. In solchem Falle steht es bei der Gläubigerschaft, entweder das Geschäft auf sich beruhen zu lassen, oder, wenn sie davon Gebrauch machen wollen, auch passiv ganz in die Stelle des Gemeinschuldners zu treten, d. h. Zug um Zug gegenzuleisten. Proz.-Ord. Tit. 50, §. 39 und Konk.O.

§. 975. Entsteht vor Ablieferung des Werks Konkurs über das Vermögen des Werkmeisters, so kann der Besteller das in der Masse vorhandene vollendete Werk, gegen Erlegung des noch schuldigen Preises, fordern[35]).

§. 976. Ist das Werk noch unvollendet, so kann er die von ihm gelieferten Materialien, so weit sie noch vorhanden sind, als sein Eigenthum zurücknehmen.

§. 977. Gleiche Befugniß steht dem Besteller zu, wenn Materialien vorhanden sind, die der Werkmeister von dem Vorschusse, welchen ihm der Besteller dazu ausdrücklich gegeben, erweislich angeschafft und bezahlt hat.

§. 978. So weit der Besteller für die von ihm gelieferten Materialien, oder für den Vorschuß, den er zu deren Anschaffung gegeben hat, durch diese Zurücknahme nicht entschädigt werden kann, ist er an das in der Masse vorhandene noch unvollendete Werk sich zu halten berechtigt.

§. 979. Kann er dadurch seine Befriedigung nicht erhalten, so muß er mit der in der Konkursordnung ihm sonst angewiesenem Stelle sich begnügen.

§. 980. Der Besteller kann der Annahme des in der Konkursmasse vollendet[36]) vorgefundenen Werks, gegen die Gläubiger, nur aus eben den Gründen, die er dem Gemeinschuldner selbst hätte entgegensetzen können, sich weigern.

5) Lieferungsverträge*).

§. 981. Wer sich verpflichtet, einem Andern eine bestimmte[37]) Sache für einen gewissen[37a]) Preis zu verschaffen[38]), wird ein Lieferant genannt.

---

§. 16, Satz 2. Rufen sie das Geschäft auf, so hat der Werkmeister wegen des Geleisteten einen Anspruch an die Gläubigerschaft (ante omnes) nur in sofern, als die Masse noch jetzt dadurch reicher ist. §. 294 a. a. O., und Konk.-O. §. 16, Satz 3. Fordern sie Erfüllung durch Ablieferung des Werkes, so ist der Werkmeister sofortige Bezahlung zu fordern berechtigt, nach der allgemeinen Regel über Erfüllung wechselseitiger Verträge; und es ist ihm zum Schutze seines Rechts hier noch besonders das jus retentionis gegeben, welches nichts anderes ist als die exceptio doli auf Grund des §. 271, Tit. 5. Vergl. die §§. 252, 258, Tit. 50 der Proz.-Ord. (3. A. Die Konk.-O. v. 8. Mai 1855, §. 33, Nr. 9 hat das Retentionsrecht in ein Pfandrecht verwandelt.) Der Fall des Werkmeisters ist dem Falle des Verkäufers, der noch nicht übergeben hat, juristisch völlig gleich. So wenig der Verkäufer gehalten ist, die verkaufte Sache an die Konkursmasse, ohne Bezahlung des Kaufgeldes, zu übergeben, gleich wenig ist der Werkmeister schuldig, sein Werk ohne Bezahlung des Lohnes herauszugeben. Dazu hätte es der besonderen Bestimmung des §. 974 gar nicht bedurft; sie enthält keine grundsätzliche Ausnahme und auch keine Eigenthümlichkeit des Verdingungskontrakts. Vergl. östr. G.B. §. 1158.

35) Hierbei ist vorausgesetzt, daß der Besteller die Materialien in Natur oder in den dazu erforderlichen Mitteln angeschafft habe, wie die §§. 976—979 klar machen. Hat er die Materialien nicht geliefert, so kommt auch hier der Grundsatz des §. 39, Tit. 50 der Proz-Ordn. und §. 16 der Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855 zur Geltung. Vergl. die vor. Anm. 34.

36) Ist es unvollendet, so ist der Besteller nicht verbunden, sich die Vollendung durch einen von den Gläubigern angestellten Werkverständigen gefallen zu lassen, wegen des Grundsatzes §. 928. Dagegen aber ist die Bedeutung dieser Bestimmung für den Fall der Vollendung des Werkes unfindbar. Denn es versteht sich ganz von selbst, daß die Konkurseröffnung über das Vermögen des Gläubigers kein Ereigniß ist, welches den Schuldner liberiren könnte. — Ist das Werk unvollendet, so überträgt sich das Rechtsverhältniß nicht auf die Gläubigerschaft, weil nichtfungible Handlungen von ihnen nicht geleistet werden können. §. 928 d. T. Daraus folgt, daß dieses Kontraktsverhältniß, in Betreff der Ausführung des aufgetragenen Werks, durch die Konkurseröffnung nicht verändert wird. Dasjenige, was in Folge des vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Verdingungskontrakts von dem Werkmeister nach der Konkurseröffnung ins Verdienen gebracht wird, gehört auch nicht zur Konkursmasse, es ist ein Bestandtheil des neuen Vermögens des Gemeinschuldners. Proz.-O. Tit 50, §. 33 verbis: „alsdann besitzt", und §. 34 verb.: „gegenwärtiges Vermögen".

*) (5. A.) v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, Bd. IV, Erört. 15. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 237. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 361. Hassenpflug, über das Lieferungsgeschäft. Zur Erläuterung des eigentlichen Sinnes der §§. 981—987, Tit. 11, Th. I des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1846.

37) In dem Ausdrucke ist hier fehlgegriffen. Nicht eine „bestimmte" Sache (Spezies oder „Individuum", wie es im §. 271, Tit. 5 heißt), sondern eine Sache von einer bestimmten Gattung (Genus) ist gemeint. Vergl. Entsch. des Obertr., Bd. XI, S. 32.

37a) (2. A.) Durch den „gewissen" Preis wird der Lieferungskontrakt dem Kaufkontrakte ähnlich

§. 982. Der Lieferant kann sich der übernommenen Pflicht nicht entziehen, wenn auch die Lieferung durch nachher eingetretene Umstände erschwert wird[38a]).

---

und unterscheidet er sich von dem Mandate und namentlich von der Einkaufskommission (Tit. 13, §§. 5, 6; Th. II. Tit. 8, §§. 698, 699), wobei ein Limitum des Einkaufspreises gesetzt ist. Denn ein Limitum des Preises ist kein „gewisser Preis" im Sinne des §. 981. Erk. des Obertr. v. 10. Febr. 1853 (J.M.Bl. S. 142).

38) Das „Verschaffen", d. i. die Handlung des vorherigen Anschaffens, in sofern der Lieferant die Sachen noch nicht hat, ist das Charakteristische, welches den Lieferungskontrakt von dem Kaufkontrakte, dessen eigentlicher Gegenstand ein Geben (dare) ist (§. 123, Tit. 2), während der Lieferungsvertrag ein Handeln (Leisten, facere) zum Gegenstande hat (vergl. oben, Anm. 2 zu §. 363 d. T.), — unterscheidet. Deshalb ist dieses Rechtsgeschäft unter die Verträge über Handlungen gestellt worden. Dies ist mit Vorbedacht geschehen. Suarez sagt in der revisio monitorum: „Herr Goßler meint, daß die Materie von Lieferungen nicht hierher gehöre, sondern zu der Lehre vom Kaufe. Allein es fällt wohl in die Augen, daß dies negotium vielmehr zusammengesetzt sei. Der Lieferant hat selbst die Sache noch nicht, die er dem Anderen verschaffen soll. Er übernimmt erst, solche anzuschaffen und sie sodann zu tradiren. Ante implementum ist also kein Kauf, sondern ein contractus facio ut des vorhanden. Erst post implementum tritt das Verhältniß wie zwischen Verkäufer und Käufer ein." (Bornemann, Bd. III [2. A.], S. 189.) Ich habe früher gesagt: „Der Lieferungsvertrag ist der umgekehrte Trödelvertrag. So wie der Trödelvertrag wesentlich ein Auftrag zum Verkaufe ist, und folglich sich, wenn er ausgeführt wird, zuletzt in ein Kaufgeschäft auflöst, so ist der Lieferungsvertrag ein Auftrag zum Ankaufe, dessen Ausgang wieder ein Kauf ist, daher nach der Erfüllung die Grundsätze des Kaufs gelten." Das ist vom dem Obertr. mißverstanden worden, indem es darin die Behauptung einer Gleichheit oder Aehnlichkeit mit dem „Bevollmächtigungsvertrage" gesehen und die Beweisführung unternommen hat, daß der Lieferant kein Bevollmächtigter des Bestellers sei und nicht in dessen Namen handele. Entsch. Bd. XIII, S. 61. Die Beweisführung ist unnöthig, denn ein „Bevollmächtigungsvertrag", d. i. die Ermächtigung, den Anderen bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten zu repräsentiren, ist etwas ganz anderes, als der Auftrag zu einer Dienstverrichtung; und nur mit einem solchen, keineswegs mit einem Bevollmächtigungsvertrage, habe ich den Lieferungsvertrag verglichen. Das von mir Gesagte ist auch keine Begriffsbestimmung, wie es dort genannt wird, es ist nur eine beschreibende Vergleichung zur Verständigung des Begriffs; und diese Vergleichung, nämlich die Vergleichung mit dem Trödelvertrage, scheint mir noch immer zutreffend zu sein.

Der Pl.-Beschl. (Pr. 1755) des Obertr., vom 15. Juni 1846, sagt über die Erfordernisse eines Lieferungsvertrages aus: „Bei Lieferungsverträgen im Sinne des A. L.R. macht zwar das Verschaffen der Sache einen wesentlichen Theil der Verpflichtung aus, die der, die Sache Versprechende gegen den Besteller übernimmt. Damit aber das Geschäft für einen Lieferungsvertrag erachtet werden könne, ist es nicht erforderlich: 1. daß das Verschaffen der Sache ausdrücklich versprochen sei. Die entsprechende Verpflichtung kann vielmehr auch aus dem Inhalte des Vertrages, aus den Verhältnissen der Parteien, und aus den sonstigen Umständen entnommen werden; 2. daß aus dem Vertrage oder aus den Umständen die Voraussetzung des Bestellers hervorgehe, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des Versprechenden befinde. Es schließt daher 3. die Anwendung der Regeln des Lieferungsvertrages nicht aus, daß sich der Uebernehmer (Lieferant) bereits beim Abschlusse des Kontraktes thatsächlich im Besitze der Sache — d. i. von Sachen solcher Art und in der Quantität, wie er zu liefern sich verpflichtet — befunden hat." (Entsch. Bd. XIII. S. 57.) (4. A. Vergl. die Anwendung des dritten Satzes in dem Erk. vom 14. Februar 1856, Arch. f. Rechtsf. Bd. XX. S. 163). — Was unter dem „Verschaffen" zu verstehen sei, ist hierbei dahingestellt geblieben. Man sagt: „das Wort steht im Gesetze" und deshalb erklärten auch die Votanten, welche dafür hielten, es komme doch nur darauf an, daß das Gewollte dem Besteller verschafft, in seine Hände gebracht werde, gleichviel woher — für die Bejahung des Hauptsatzes stimmen zu müssen. (J.M.Bl. 1846, S. 227.) Das Lieferungsgeschäft ist aber seiner Weisenheit nach kein besonderes Geschäft, es ist nichts weiter als ein Kauf, und das Bedürfniß zur eigenthümlichen Behandlung desselben seitens der Gesetzgebung fehlt. (4. A.) Das Obertr. nimmt für die Beurtheilung der Frage: ob ein vorliegender Vertrag für einen Lieferungsvertrag, oder für einen Kaufkontrakt anzusehen sei, „bei dem schwankenden, juristisch wenig charakterisirten Begriffe, wo nicht eben ein vom Kaufvertrage unterscheidendes Merkmal ganz fehlt", in der That das Gebiet der thatsächlichen Würdigung in Anspruch. Dasselbe hat auch die Anwendbarkeit des §. 408, Tit. 5 auf Lieferungsverträge, insbesondere nachdem die Handlung des Verschaffens beendet, die Sache bereits geliefert ist, unter der Einrede, daß die Sache fehlerhaft sei, für unzulässig erklärt. Erk. v. 31. Januar 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XL. S. 223). — Auch das H.G.B. erkennt das Geschäft, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht, nur als ein nach den Bestimmungen über den Kauf zu beurtheilendes Rechtsgeschäft an. Art. 338. Die Kommission hat es verneint, daß ein Bedürfniß dafür bestehe, für das Lieferungsgeschäft besondere, von den über das Kaufgeschäft gegebenen

§. 983. Wegen der Fälle, wenn die Lieferung überhaupt [39]), oder die bestimmte Art derselben, in Ansehung der Zeit oder des Orts unmöglich, oder mit einer unvorhergesehenen Gefahr verknüpft wird, hat es bei den allgemeinen Vorschriften des Titels von Verträgen §§. 360—376 sein Bewenden.

§. 984. Wenn wegen veränderter Umstände die besprochene [40]) Lieferung zu dem Zwecke, wozu der Besteller sie bedungen hat, unnütz oder unbrauchbar wird [41]): so kann zwar derselbe den Vertrag widerrufen.

§. 985. Er muß aber den Lieferanten, wegen der zu Erfüllung von seiner Seite bereits gemachten Anstalten, und verwendeten Bemühungen oder Kosten, vollständig entschädigen.

§. 986. So weit der Lieferant zur Zeit des Widerrufs die bestellte Sache ganz oder zum Theil bereits angeschafft hat, muß der Besteller sie annehmen, oder sich den öffentlichen [42]) Verkauf auf seine Gefahr und Kosten gefallen lassen [43]).

§. 987. Nach geleisteter Lieferung findet unter den Kontrahenten alles das statt, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens ist [44]).

---

Normen abweichende Bestimmungen zu treffen. Sitzung LXXV vom 26. Mai 1857 (Prot. Th. II, S. 671). (4. A.) Nach Art. 271, Ziff. 2 des H.G.B. ist die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der Ziff. 1 erwähnten Art ein objektives Handelsgeschäft.

38a) (4. A.) Betreffs des zu leistenden Interesses wegen Nichtlieferung: oben, Anm. 37 zu §. 286, Tit. 5.

(4. A.) Bei Lieferungsverträgen steht der Weigerung der versprochenen Erfüllung die bisher nicht kontraktmäßig geschehene Leistung gleich. — Eine besondere ausdrückliche Erklärung des Rücktritts vom Vertrage ist nicht erforderlich, der Rücktritt kann auch durch Innehaltung der ferneren Lieferungen erklärt werden. Erk. des Obertr. v. 1. Nov. 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 259).

39) Z. B. wenn ein Buchhändler Kunden für ein anderswo angekündigtes Werk sucht und dasselbe für den Ladenpreis zu liefern sich erbietet, hinterdrein aber der Verleger das Werk gar nicht oder nicht vollständig herausgiebt. Die Subskribenten können dann zurücktreten, den geliefert erhaltenen Theil zurückgeben und den bezahlten Preis von ihrem Kontrahenten (nicht etwa von dem Verleger, mit dem sie nicht kontrahirt haben), zurückfordern. Vergl. den Rechtsfall im Schles. Archiv Bd. I, S. 433.

40) Statt „besprochene" ist zu lesen: versprochene. R. vom 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

41) Diese Vorschriften §§. 984—986 vom Rücktritte des Bestellers bei Lieferungsverträgen finden nur alsdann Anwendung, wenn der Besteller den Nachweis führt, daß ihm die Lieferung zu dem bedungenen Zwecke unnütz geworden, — nicht aber auch alsdann, wenn er aus reiner Willkür den Vertrag widerruft. Pl.-Beschl. (Pr. 1607), vom 19. Sept. 1845, Nr. 1. (Entsch. Bd. XI, S. 18.)

42) Dadurch, daß der Lieferant die angebotene aber zurückgewiesene Sache durch Privatvertrag anderweit veräußert, wird er noch nicht seines ganzen Anspruches an den Besteller verlustig. Derf. Pl.-Beschl. Nr. 2.

(4. A.) Der Lieferant, welcher vor Ablauf der Lieferungsfrist die bereits angeschaffte Waare wieder verkauft, weil der andere Kontrahent die Annahme überhaupt verweigert hat, geht dadurch seines Rechts, von dem Letzteren wegen dessen einseitigen Rücktritts Entschädigung zu fordern, nicht verlustig, noch weniger wird er dadurch gar zur Entschädigung desselben verpflichtet. Erk. des Obertr. vom 10. Nov. 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVII, S. 103).

43) Der Lieferant ist nicht verpflichtet, alternativ auf Annahme oder öffentlichen Verkauf der Sache auf Gefahr und Kosten des Bestellers zu klagen, — sondern darf auch einfach auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Uebernahme der versprochenen Sache Klage erheben. Derf. Pl.-Beschl. Nr. 3. Bei der im Bd. VIII, S. 264 ff. aus dem Jahre 1842 mitgetheilten Entscheidung war das Obertr. von entgegengesetzten Grundsätzen ausgegangen.

44) Doch nicht die Anfechtung wegen enormer Verletzung; denn der Lieferant läßt sich nicht bloß den Werth der Sache bezahlen, sondern bringt auch seine auf das „Verschaffen" verwendete Mühwaltung und Kosten in Anschlag.

(4. A.) Auch derjenige, welcher die versprochene Lieferung von Zeitungsexemplaren ausführt, ist als Verkäufer derselben im Sinne des §. 1 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 anzusehen; es bedarf daher auch der Verleger einer Zeitung zum Absatze der Zeitungsexemplare an seine Abonnenten der nach §. 1 a. a. O. zum Betriebe des Gewerbes eines Zeitungsverkäufers erforderlichen Genehmigung

6) Prämien *).

§. 988. Auf nützliche Geistesarbeiten, oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten [45]) oder Unternehmungen, öffentliche [46]) Belohnungen auszusetzen [47]) ist einem Jeden erlaubt [47a]).

§. 989. Wer dergleichen Prämien aussetzt, kann sein Versprechen vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen [48]).

§. 990. Doch steht ihm frei, die Preisfrage innerhalb der ersten Hälfte der zu ihrer Beantwortung ausgesetzten Zeit näher zu bestimmen.

§. 991. Er kann sich selbst in den Wettstreit nicht mit einlassen, wenn er sich dieses bei der Bekanntmachung nicht ausdrücklich vorbehalten hat.

§. 992. Wer sich nicht zu rechter Zeit, oder nicht mit den vorgeschriebenen Maßregeln als Mitwerber gemeldet hat, kann auf den Preis keinen Anspruch machen.

§. 993. Selbst der, welcher den Preis ausgesetzt hat, kann einen solchen Mitwerber zum Nachtheile der übrigen nicht zulassen.

§. 994. Dem Urtheile des Aussetzers, oder dem von diesem gleich bei Bekanntmachung der Aufgabe ernannten Richter, müssen sämmtliche Mitwerber sich ohne Widerrede und weitere Berufung unterwerfen.

§. 995. Das Eigenthum der von einem jeden Mitwerber gelieferten Arbeit bleibt ihrem Urheber; und der Aussetzer des Preises kann sich darüber keine andere Verfügung anmaßen, als die er sich bei der Bekanntmachung ausdrücklich vorbehalten hat, oder die aus dem erklärten Zwecke der Aufgabe von selbst folgt.

7) Verlagsverträge *).

§. 996. Das Verlagsrecht besteht in der Befugniß, eine Schrift durch den Druck

---

der Bezirksregierung. Pr. des S. f. Straff. des Obertr., Nr. 309, vom 17. Dezbr. 1866 (Entsch. Bd. LVII, S. 44 *).

*) (5. A.) Gemeinrechtlich ist man darüber nicht einverstanden, ob auf diesem Wege eine Obligation mit einem unbekannten Gläubiger kontrahirt werden könne. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I, Nr. 26, I, nimmt es an, v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 90 erklärt sich dagegen. Das Allg. Landrecht hat hierin keinen Vorgänger. Die L. 5 C. quae res pignori (VIII. 17), welche die Prämie, die den Athleten in Aussicht steht, voraus zu verpfänden verbietet, berührt die Frage gar nicht. Aus der Preußischen Literatur sind anzumerken: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 238. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, §. 362.

45) Soll heißen „Fertigkeiten". Denn „Fähigkeiten" nennt man die Naturgaben, vermöge welcher man eine gewisse Thätigkeit zu erlernen vermag.

46) Nicht öffentliche Belohnungen sind gemeint, sondern das öffentliche Aussetzen der Belohnungen. Die Fassung dieser Stelle ist unlogisch und ungrammatisch.

47) Das öffentliche Ausbieten einer Belohnung zu dem genannten Zwecke (Auslobung einer Prämie) ist ein Versuch zur Eingehung eines Vertrages über gewisse Handlungen, z. B. über Dienstmiethe, oder Darstellung eines Werks, oder Entdeckung eines Geheimnisses. Die Aufforderung ist an Jeden gerichtet und es ist nicht erforderlich, daß der Besteller ein eigenes und ausschließliches Vermögensinteresse dabei habe; er wird verbindlich, wenn auch lediglich nur die Allgemeinheit dabei gewinnt. Wer auf die Aufforderung eingeht, wird dadurch nicht zur Ausführung verbunden; er kann abstehen, aber für seine Mühwaltung und Aufwendung nichts fordern.

47a) (5. A.) Das soll heißen: wer das thut, soll gehalten sein, das Versprochene zu bezahlen, er soll darauf verklagt werden können; denn „auch ohne dieses Gesetz würde es sich wohl von selbst verstehen, daß eine solche Handlung eine erlaubte, d. h. nicht verbotene sein würde." v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 91, Note f.

48) Wer dies dennoch thut, muß Alle, welche sich lediglich aus Anlaß der Aufforderung auf das Unternehmen eingelassen haben, für ihre Verwendungen entschädigen. Ist keine Zeitbestimmung in der öffentlichen Bekanntmachung enthalten, so kann er die Aufforderung zu jeder Zeit zurücknehmen, nur muß er für die bereits getroffenen Veranstaltungen den Unternehmern aufkommen.

*) Gegenstand der unter diesem Rubrum getroffenen Bestimmungen ist nicht das sog. geistige Eigenthum, d. h. das Recht des Schriftstellers auf sein Werk, sondern das Verhältniß des Schriftstellers zum Verleger. Die Literatur s. m. in m. Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III. S. 371. Dazu tritt: O. Wächter, das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck nach den deutschen und internationalen Rechten systematisch dargestellt. Stuttgart, I. Hälfte 1857, II. Hälfte 1858. Aus Klostermann (das geistige Eigenthum, Berlin 1867) der VII. Ab-

zu vervielfältigen, und sie auf den Messen[49]), unter die Buchhändler und sonst, ausschließend abzusetzen[50]).

§. 997. Nicht bloß Bücher, sondern auch Landcharten, Kupferstiche, topographische Zeichnungen, und musikalische Compositionen, sind ein Gegenstand des Verlagsrechtes.

§. 998. In der Regel erlangt der Buchhändler das Verlagsrecht nur durch einen mit dem Verfasser darüber geschlossenen schriftlichen[51]) Vertrag[52]).

---

schnitt, der Verlagsvertrag, S. 293 folg. — Ueber Preußisches Recht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §§. 239, 340. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. Bd. III, §§. 341, 342. H. Kaiser, die Preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht, Buchhandel und Presse. Zusammenstellung aller auf diesen Gebieten zur Zeit gültigen Gesetze und Verordnungen, nebst gerichtlichen Entscheidungen, Anmerkungen und Erläuterungen. Berlin 1852. Ergänzungsheft 1865.

49) Nicht bloß auf den Messen, sondern auch im Einzelnen. Das A. L.R. setzt noch die ehemalige Zunftverfassung voraus. Man vergl. den §. 1297 c des abgeschafften Tit. 20, Th. II.

50) Das Verlagsrecht ist die ausschließliche und selbstständige Berechtigung, ein Erzeugniß der Wissenschaft oder Kunst zum Absatze an Andere zu vervielfältigen und die Exemplare in den Handelsverkehr zu bringen. Es ist ein Ausfluß des anerkannten Eigenthums an dem Geistesprodukte und kann ursprünglich nur dem Urheber des Werkes zukommen; es ist der materielle Bestandtheil jenes Eigenthums. Der Gegenstand dieses Eigenthums ist keine Sache und auch kein Recht; es ist eine durch Zeichen oder Schrift verkörperte Idee, und das Verlagsrecht ist das Mittel, dieselbe für den Urheber nutzbar zu machen. Dies geschieht entweder durch unmittelbare Ausübung des Verlagsrechts (Selbstverlag), oder durch gänzliche oder theilweise Abtretung desselben an Andere (Verlagskontrakt). §. 998 d. T. und §. 9 des Ges. vom 11. Juni 1837. — (4. A.) Das A. L.R. geht bei Bestimmung der Rechte des Verfassers nicht von den allgemeinen Grundsätzen des Eigenthums aus und weist daher den Erben des Verfassers nur die in den §§. 1014, 1020, 1030 d. T. bestimmten Rechte zu. Denselben ist darnach namentlich weder ein unbedingtes Widerspruchsrecht gegen neue Ausgaben gegeben, noch auch in Bezug auf den Abdruck posthumer Werke eine ausschließliche Befugniß eingeräumt. Erk. des Obertr. vom 22. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 338).

(5. A.) Die vor Einführung des A. L.R. in den damaligen preußischen Staaten vorhandenen, seinen Voraussetzungen entsprechenden, obwohl durch Privilegien nicht geschützten Verlagsrechte sind unter der Herrschaft des gedachten Gesetzbuches des Schutzes desselben gegen Dritte in Ansehung des Nachdrucks theilhaftig geworden. Pl.-Beschl. (Pr. 310) des Strafsenats des Obertr. vom 28. Januar 1867 (Entsch. Bd. LVI, S. 482 u. Bd. LVII, S. 27 *).

51) Die schriftliche Form ist in allen Fällen nothwendig. Auf das Honorar und ob dieses unter oder über 50 Thlr. betrage, kann darum nicht gesehen werden, weil ein Honorar überhaupt nicht zu den Essentialien des Verlagskontrakts gehört, ja es kann vorkommen, daß der Autor seinerseits dem Verleger noch etwas dazu zahlt. S. die folg. Anm. Die Worte „in der Regel" beziehen sich nicht auf die Form des Uebertragungsgeschäfts, sondern auf die Erwerbungsart. Ausnahmen enthalten die §§. 1022, 1029.

52) Der Verlagskontrakt ist bald ein kaufsähnliches, bald ein miethsähnliches, bald ein aus Kauf oder Miethe und Sozietät gemischtes Geschäft, je nachdem der Verfasser ein bereits fertiges Werk gegen eine in sich oder beziehungsweise bestimmte Summe in Verlag giebt, oder auf Bestellung ein Werk gegen Lohn zu verschaffen verspricht, oder statt des Honorars eine Quote am Gewinne ausbedingt. Auch auf Zeit kann das Verlagsrecht abgetreten werden; dieses Geschäft ist dem Pachtkontrakte ähnlich. Daß in allen Fällen die Bestimmung einer Gegenleistung zu den wesentlichen Erfordernissen eines Verlagskontrakts gehöre, läßt sich nicht behaupten, vielmehr kann die Gegenleistung des Verlegers eben in der Uebernahme der Gefahr, die Kosten der Vervielfältigung und Veröffentlichung des Werkes zu verlieren, wenn die Unternehmung fehlschlägt, bestehen, und der Vortheil des Verfassers kann in der Veröffentlichung allein liegen. Deshalb aber ist der Verleger verpflichtet, das Werk durch den Druck zu veröffentlichen. Ist es jedoch ausgemacht, daß der Verfasser auch einen Preis in Gelde erhalten soll, so wird der Kontrakt erst durch die Bestimmung desselben perfekt. Ist kein Geldpreis zugesichert, so ist der Verlagskontrakt durch die Abtretung und durch die Uebernehmung des Verlags vollgültig abgeschlossen; der Verfasser muß die Handschrift überliefern und der Verleger muß das Werk auf seine Kosten drucken lassen und veröffentlichen.

Ob der Verleger befugt sei, das erworbene Verlagsrecht wie ein anderes Vermögensrecht, ohne Einwilligung des Autors weiter abzutreten, ist zweifelhaft. Zwar wird durch die weitere Abtretung das kontraktliche Verhältniß zwischen ihm und seinem Autor nicht verändert; allein in den meisten Fällen hat der Autor noch ein anderes, gerade auf das Vertrauen zu der Person seines Kontrahenten gegründetes Interesse. Es kommt ihm gar viel darauf an, daß sein Werk weit verbreitet werde und

§. 999. Ist dergleichen schriftlicher Vertrag nicht errichtet, die Handschrift jedoch von dem Schriftsteller abgeliefert worden: so gilt die mündliche Abrede zwar in Ansehung des dem Verfasser versprochenen Honorarii[53]), in allen übrigen Stücken aber sind die Verhältnisse beider Theile lediglich nach den gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen.

§. 1000. Der Verfasser ist schuldig, den schriftlichen Vertrag durch Lieferung der Handschrift zur gehörigen Zeit zu erfüllen.

§. 1001. Thut er dieses nicht, so kann der Verleger von dem Vertrage wieder abgehen[54]).

§. 1002. Ist die Zeit, wenn die Handschrift geliefert werden soll, im Vertrage nicht bestimmt, so wird angenommen, daß dieselbe dergestalt geliefert werden solle, daß der Verleger die Schrift noch auf die nächste Leipziger Messe bringen könne.

§. 1003. Erhellet aus der Größe und dem Umfange des Werks, oder aus der kurzen Zwischenzeit bis zur Messe, oder aus andern Umständen, daß dem Schriftsteller eine längere Zeit gestattet sein solle, so hängt die nähere, im Kontrakte nicht enthaltene Bestimmung von dem Schriftsteller ab.

§. 1004. Doch kann derselbe von dem Verleger angehalten[55]) werden, eine gewisse Zeit zu bestimmen, oder sich den Rücktritt von dem Kontrakte gefallen zu lassen.

§. 1005. Ereignen sich Umstände oder Hindernisse, welche den Verfasser veranlassen[56]), das versprochene Werk gar nicht herauszugeben, so kann er von dem Vertrage zurücktreten.

§. 1006. Er muß aber dem Verleger den Schaden ersetzen, welcher demselben aus den zum Abdrucke etwa schon getroffenen, und durch den Rücktritt unnütz werdenden Anstalten, wirklich entsteht.

§. 1007. Giebt aber der Schriftsteller das einem Verleger versprochene Werk

---

mehrere Auflagen erlebe, nicht bloß des Geldinteresses wegen, sondern auch um Gelegenheit zu haben, das Werk zu verbessern. Deshalb hat er gerade seinem umsichtigen und thätigen Kontrahenten, und keinem Anderen, das Verlagsrecht abgetreten. Durch das Gesagte ist aber auch die Grenze der Beschränkung des Verlegers in der freien Verfügung über sein Recht angedeutet. Wo das höchste persönliche, das geistige Interesse des Autors wegfällt, z. B. durch den Tod, oder vielleicht auch durch Ablauf des ganzen Verlagsrechts für jetzt und alle Zukunft, da steht der weiteren Veräußerung desselben nichts im Wege.

53) Es gilt mithin auch Alles, was zur Bestimmung des Honorars verabredet worden ist, namentlich Format, Schriftgattung, Zeilenzahl u. dergl. Der §. 999 handelt von dem Falle eines Realkontrakts; die §§. 998, 1000 ff. von dem eines Konsensualkontrakts.

54) Die Frage ist: ob der Verleger zurücktreten darf, wenn der Verfasser die Handschrift ohne Titel, Vorrede und Register abgeliefert und der Verleger sie ohne diese Stücke angenommen hat. In einem, in der Jur. Wochenschr. von 1835, S. 336 mitgetheilten Rechtsfalle ist die Entscheidung verneinend ausgefallen. Dies hat auch Grund, zwar nicht den angegebenen, daß anzunehmen, der Verleger, der ohne diese Stücke den Druck beginnen könne, habe in die gewöhnliche Nachlieferung gewilligt, sondern weil Vorrede und Register nicht nothwendige Stücke des Werkes sind — es giebt unzählige Druckwerke ohne Vorrede und ohne Register — und der Titel schon in dem Verlagskontrakte angegeben ist, folglich keiner Nachlieferung mehr bedarf. Wäre aber eine Vorrede und ein Register im Kontrakte ausdrücklich versprochen worden, so würde der Verleger nicht verbunden sein, die Handschrift ohne diese Stücke anzunehmen, oder vor der Nachlieferung den Druck zu beginnen; vielmehr könnte er, wenn er nicht Frist gegeben hat, die Folgen der Nichtablieferung der Handschrift eintreten lassen.

In dem Falle, wo der Verleger von dem Vertrage zurücktritt, wird dadurch der Vertrag aufgehoben, d. h. der Verleger hat keine Klage aus demselben auf das Interesse; es bleibt ihm nur die Kondiktion auf das Geleistete. Das Gleiche gilt im Falle des §. 1008.

55) Unter dem „Anhalten" ist eine außergerichtliche Aufforderung zu verstehen; denn für ein gerichtliches Verfahren fehlen die Formen und der Grundsatz zur Entscheidung über den Kostenpunkt; es ist auch kein Bedürfniß zur Einmischung des Richters. Bestimmt der Verfasser eine Zeit, so hat es dabei sein Bewenden, sie mag so lang sie will gesetzt werden.

56) Eine richterliche Prüfung der Veranlassung findet nicht statt, vielmehr steht das Unternehmen im Belieben des Verf., weil eine schriftstellerische Thätigkeit nicht erzwingbar ist.

innerhalb Jahresfrist nach dem Rücktritte, ohne Vorwissen und Einwilligung desselben, in einem andern Verlage, oder auf eigene Rechnung heraus, so muß er dem ersten Verleger auch für den entgangenen Gewinn[57]) gerecht werden.

§. 1008. Findet der Schriftsteller nöthig, in Ansehung des Umfangs, oder der Einrichtung des Werks, Veränderungen noch vor dem Drucke zu machen, so hat der Verleger die Wahl, sich dieselben gefallen zu lassen, oder von dem Vertrage wieder abzugehen[58]).

§. 1009. Macht aber der Schriftsteller dergleichen Veränderungen nach bereits angefangenem Drucke, ohne die Einwilligung des Verlegers, so haftet er dem Verleger für allen daraus entstehenden Schaden.

§. 1010. Wegen der Fälle, wo die Erfüllung des Verlagsvertrages einem oder dem andern Theile unmöglich wird, hat es bei den Vorschriften des §. 879 sqq. sein Bewenden.

§. 1011. Wenn ein neuer unveränderter Abdruck einer Schrift in eben demselben Formate veranlaßt wird, so heißt solches eine neue Auflage.

§. 1012. Wenn aber eine Schrift in verändertem Formate oder mit Veränderungen im Inhalte, von neuem gedruckt wird, so wird solches eine neue Ausgabe genannt[58a]).

§. 1013. Ist im Verlagsvertrage die Zahl der Exemplare der ersten Auflage nicht bestimmt, so steht es dem Verleger frei, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Verfassers, neue Auflagen zu veranstalten.

§. 1014. Ist aber die Zahl bestimmt*), so muß der Verleger, wenn er eine neue Auflage machen will, sich darüber mit dem Schriftsteller oder dessen Erben anderweit abfinden[58b]).

§. 1015. Können die Parteien sich darüber nicht vereinigen, so dient die Hälfte des für die erste Auflage gezahlten Honorarii zum Maßstabe[59]).

§. 1016. Hingegen erstreckt sich das Verlagsrecht in der Regel, und wenn nicht in dem geschlossenen schriftlichen Vertrage ein Anderes verabredet ist, nur auf die erste Ausgabe des Werks mit Inbegriff aller ferneren Theile und Fortsetzungen desselben.

§. 1017. Der erste Verleger kann also niemals eine neue Ausgabe machen, ohne mit dem Schriftsteller einen neuen Vertrag darüber geschlossen zu haben.

§. 1018. Dagegen kann auch der Schriftsteller keine neue Ausgabe veranstalten, so lange der erste Verleger die von ihm nach §§. 1013, 1014 rechtmäßig veranstalteten Auflagen noch nicht abgesetzt hat.

---

57) Dessen Feststellung hat Schwierigkeiten, so lange die Auflage nicht abgesetzt ist, und wenn sie durch den neuen Verleger abgesetzt worden ist, so hat vielleicht dessen Klugheit und Thätigkeit das Ergebniß erzielt, während in dem Verlage des ersten Kontrahenten aus dem Werke ein Ladenhüter geworden wäre.

58) Vergl. o. die Anm. 54, Alinea, zu §. 1001.

58a) (4. A.) Nämlich in Beziehung auf das neue Format oder auf die Veränderungen; im Uebrigen ist die Schrift Gemeingut geblieben und kann in anderen Formaten oder mit anderen Veränderungen von jedem Anderen verlegt werden. Vergl. das Pr. des Obertr., S. f. Straff. Nr. 256, vom 1. Juni 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 481 und Bd. XLII, S. 83*).

*) (5. A.) A. W. Vollmann, Ist der unbefugte Nachdruck des rechtmäßigen Verlegers, welcher in der Ueberschreitung der vertragsmäßigen Anzahl der Exemplare liegt, ein Betrug? In den neuen Jahrbüchern des Sächsischen Strafrechts (Dresden u. Leipzig 1846) S. 117 flg.

58b) (4. A.) Oben, Anm. 50 zu §. 996 d. T.

59) Diese Bestimmung ist auf den Fall zu beziehen, wenn dem Verleger das Recht auf neue Auflagen vom Verfasser schon zugesagt und nur das Honorar dafür nicht bestimmt worden ist. Außerdem kann dem Verfasser sein Eigenthumsrecht wider seinen Willen nicht abgezwungen werden. Auch würde davon der Verleger schwerlich Gewinn haben, da der Verfasser nur ankündigen dürfte, daß, weil er seine Meinungen und Ansichten in Folge neuer Erfahrungen geändert habe, er im Begriffe stehe, eine neue Ausgabe zur Verbesserung der in der ersten enthaltenen Irrthümer zu veranstalten, was ihm nach §. 1016 freisteht.

§. 1019. Können Verfasser und Buchhändler sich wegen der neuen Ausgabe nicht vereinigen, so muß Ersterer, wenn er dieselbe in einem andern Verlage herausgeben will, zuvörderst dem vorigen Verleger alle noch vorräthigen Exemplare der ersten Ausgabe, gegen baare Bezahlung des Buchhändler-Preises, abnehmen.

§. 1020. Aufgehoben [60]).

§. 1021. Vorstehende Einschränkungen des Verlagsrechts zum Besten des Schriftstellers fallen weg, wenn der Buchhändler die Ausarbeitung eines Werks nach einer von ihm gefaßten Idee dem Schriftsteller zuerst übertragen, und dieser die Ausführung ohne besondern schriftlichen Vorbehalt übernommen; und wenn der Buchhändler mehrere Verfasser, zur Ausführung einer solchen Idee als Mitarbeiter angestellt hat [61]).

§. 1022. In diesen Fällen gebührt das volle Verlagsrecht vom Anfange an dem Buchhändler [62]) und der oder die Verfasser können sich auf fernere Auflagen und Ausgaben weiter kein Recht anmaßen, als was ihnen in dem schriftlichen Vertrage ausdrücklich vorbehalten ist.

§. 1023. Anmerkungen zu Büchern, worauf ein Anderer das Verlagsrecht hat, besonders abzudrucken, ist erlaubt. Mit dem Werke selbst aber können dergleichen Anmerkungen, ohne Einwilligung des Verfassers und Verlegers, nicht gedruckt, noch in den königlichen Landen verkauft werden.

Vom Nachdruck *).

§. 1024—1028. Fallen weg [62a]).

---

60) In Folge der anderweiten Bestimmung des §. 6 des Ges. vom 11. Juni 1837 (Zus. 33). (3. A.) Der §. 1020 lautet: Das Recht des Verfassers, daß ohne seine Zuziehung keine neue Ausgabe veranstaltet werden darf, geht, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich und schriftlich verabredet worden, auf seine Erben nicht über. — M. s. hierzu oben die Anm. 50 zu §. 996 d. T.

61) Hier ist das Rechtsverhältniß locatio conductio operarum.

62) Weil der Buchhändler der Autor ist. Vergl. o. die Anm. 50 zu §. 996.

*) (5. A.) Literatur s. in m. Recht der Forderungen, 2. Ausg., Bd. III zu §. 341. Nachzutragen ist: Unpartheiisches Bedenken, worinnen aus allen natürlichen, göttlich und menschlichen, Civil- und Kriminalrechten und Gesetzen klar und deutlich ausgeführt und bewiesen wird, daß der unbefugte Nachdruck privilegirter und unprivilegirter Bücher ein grob und schändliches, allen göttlichen und menschlichen Rechten und Gesetzen zuwider laufendes Verbrechen und infamer Diebstahl sei. Cöln 1742. Ehlers, Ueber die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem natürlichen Zwangsrecht. Dessau und Leipzig 1784. Reimarus, Erwägung der Verlagsrechte in Ansehung des Nachdrucks. Hamburg 1792. Feder, Abh. vom Büchernachdruck, im Gottinger Magazin Jahrg. I. Göttingen 1780. Kant, von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, in der Berliner Monatsschrift, Mai 1785, S. 403 ff. A. C. Kayser, die Abstellung des Büchernachdrucks als ein in der neuesten kaiserlichen Wahlkapitulation der reichsoberhauptlichen Abhülfe eben so nöthig als unbedenklich zu übertragender Gegenstand betrachtet. Regensburg 1790. Joh. Fr. Ferd. Ganz, Uebersicht der Gründe wegen des Strafbaren des Büchernachdrucks und Vorschläge, wie diesem Uebel durch ein allgemein verbindliches Reichsgesetz vorgebeugt werden könne. Regensburg 1790. Für und Wider den Büchernachdruck aus den Papieren des blauen Mannes. Bei Gelegenheit der zukünftigen Wahlkapitulation gedruckt im Reich und für das Reich 1790. (Ist für den Nachdruck. Dagegen:) Vertheidigung des Eigenthums gegen den Raub, oder Prüfung der Schrift: Wider und für ꝛc. Gedruckt in Schwabeu 1790. Jac. Fanth, Progr. de eo quod justum est circa librorum editiones inscüis ac invitis primis editoribus repetitas. Heidelberg 1791. Knigge, über den Büchernachdruck. Hamburg 1792. L. Grolmann, der Büchernachdruck in seiner neuesten Gestalt, in der Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft, Th. I, S. 269 ff. Herborn 1798. Ch. S. Krause, über Büchernachdruck, Stuttgart 1817. Reflexionen über den Büchernachdruck, besonders zur Gewinnung eines neuen Gesichtspunktes in Betreff seiner Widerrechtlichkeit. Heidelberg 1823. Ausführlich: J. Jolly, die Lehre vom Nachdruck. Nach den Beschlüssen des deutschen Bundes dargestellt. Heidelberg 1852. M. Friedländer, der einheimische und ausländische Rechtsschutz gegen Nachdruck und Nachbildung. Rechtswissenschaftliche und für den praktischen Gebrauch bestimmte Darstellung der heutigen Gesetzgebung und des internationalen Rechts zum Schutz schriftstellerischer und künstlerischer Erzeugnisse. Leipzig 1857. In Schutz genommen ist der unbefugte Nachdruck namentlich von Hofbauer, Weisser, Glaser, Radowsky, Höpfner.

Preußisches Recht besonders:

Fr. Behmer, de eo quod justum est circa librorum privilegio carentium reimpressionem: vom Nachdruck unprivilegirter Bücher; in dessen Novum jus controversum Lemgo 1771, obs. LXXV,

§. 1029. Wenn keine Buchhandlung, welche auf die neue Ausgabe eines Buchs ein Verlagsrecht hat, mehr vorhanden, und auch das Recht des Schriftstellers und dessen Erben nach §. 6 der Verordnung von 11. Juni 1837[62aa]) erloschen ist, so steht Jedem frei, eine neue Ausgabe des Werks zu veranstalten.

§. 1030. Fällt weg[62aaa]).

§. 1031. Uebrigens gilt zwischen diesem neuen Verleger und dem Schriftsteller, welcher die neue Ausgabe besorgt, alles das, was bei neuen Werken verordnet ist.

§. 1032. Auch der Nachdruck solcher Ausgaben ist unter eben den Umständen unerlaubt, unter welchen der Nachdruck eines neuen Werks nach obigen Vorschriften nicht stattfindet.

§. 1033—1036. Fallen weg[62b]).

---

p. 483. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §. 241. Müller, die Preußischen Preß- und Nachdrucksgesetze. Berlin 1851. M. Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum. Auf Grundlage der Einleitung zum Gesetze vom 11. Juni 1837 und mit besonderer Rücksicht auf die Preußische Gesetzgebung überhaupt. Schönebeck 1858. Mein Recht der Forderungen, 2. Ausg. 1859, Bd. III. §. 400. L. E. Heidemann u. O. Dambach, die Preußische Nachdrucksgesetzgebung, erläutert durch die Praxis des Königl. literarischen Sachverständigen-Vereins, Berlin 1863. O. Dambach, die Strafbarkeit des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit beim Vergehen des Nachdrucks im Preußischen Rechte. Berlin 1864. R. Klostermann, das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen. I. Bd. Berlin 1867. Besonders das Kapitel VIII, Nachdruck, S. 373 flg.

62a) S. u. §. 37 des Ges. v. 11. Juni 1837 (Zus. 33).

Der Wortlaut der außer Kraft gesetzten Bestimmungen ist:

§. 1024. Niemand darf, ohne Einwilligung des Verfassers und seines Verlegers, einzelne gedruckte Schriften in ganze Sammlungen aufnehmen, oder Auszüge daraus besonders drucken lassen.

§. 1025. Wohl aber können Auszüge aus Schriften in andere Werke oder Sammlungen aufgenommen werden.

§. 1026. Neue Ausgaben ausländischer Schriftsteller, welche außerhalb des deutschen Reichs, oder der Königlichen Staaten, in einer fremden Sprache schreiben, und deren Verleger weder die Frankfurter noch die Leipziger Messe besuchen, können nachgedruckt werden, in sofern der Verleger darüber kein hiesiges Privilegium erhalten hat.

§. 1027. Uebersetzungen sind in Beziehung auf das Verlagsrecht für neue Schriften zu achten.

§. 1028. Das Veranstalten einer neuen Uebersetzung durch einen anderen Uebersetzer ist kein Nachdruck der vorigen.

62aa) An Stelle der gesperrt gesetzten Worte heißt es im Texte: „nach §. 1020".

62aaa) Dieser lautet:

§. 1030. Sind jedoch in diesem Falle noch Kinder des ersten Grades von dem Verfasser vorhanden, so muß der neue Verleger, wegen der zu veranstaltenden Ausgabe, mit diesen sich abfinden. S. hierzu die Anm. 50 zu §. 996.

62b) Gemäß §. 37 des Ges. vom 11. Juni 1837 (Zus. 33). Die Worte dieser §§. lauteten:

§. 1033. In sofern auswärtige Staaten den Nachdruck zum Schaden hiesiger Verleger gestatten, soll Letzteren gegen die Verleger in jenen Staaten ein Gleiches erlaubt werden.

§. 1034. Wer Bücher und Werke, deren Nachdruck nach vorstehenden Grundsätzen unerlaubt ist, dennoch nachdruckt, muß den rechtmäßigen Verleger entschädigen.

§. 1035. Diese Entschädigung besteht in dem Ersatze des Honorarii, welches der rechtmäßige Verleger dem Verfasser gezahlt hat, und der mehreren Kosten, welche derselbe wegen besseren Drucks und Papiers, gegen den Nachdruck gerechnet, auf die rechtmäßige Auflage verwendet hat.

§. 1036. Uebrigens sollen unerlaubte Nachdrücke in hiesige Lande, bei Vermeidung der Konfiskation, nicht eingeführt, und unbefugte Nachdrucker nach näherer Bestimmung des Kriminalrechts ernstlich bestraft werden. (Th. II. Tit. 20, Abschn. 15.)

Die in Bezug genommenen, gleichfalls außer Kraft gesetzten, Bestimmungen des Kriminalrechts sind in den §§. 1294 bis 1297d, Tit. 20, Th. II enthalten und lauten:

§. 1294. Bücher, auf welche ein Königlicher Unterthan das Verlagsrecht hat, soll Niemand nachdrucken.

§. 1295. Hat der rechtmäßige Verleger ein ausdrückliches Privilegium erhalten: so hat der Nachdrucker eines Buchs, welchem ein solches Privilegium vorgedruckt, oder dessen Inhalt auf oder hinter dem Titelblatte bemerkt ist, die in dem Privilegio angedrohete Strafe verwirkt.

§. 1296. a) Findet die Strafe aus einem besonderen Privilegio nicht statt; so soll dennoch der

30. Publ.-Pat. vom 12. Februar 1833, für die zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen der Monarchie, über den von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschluß, wegen Sicherstellung der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck. (G.S. S. 25.)

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: Nachdem in Folge Unserer Allerhöchsten Kabinetsordre vom 16. August 1827 (G.S. 1827, S. 123) von Unserem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten mit dem allergrößten Theile der Deutschen Bundesstaaten über die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Büchernachdruck bereits in den Jahren 1827, 1828 und 1829 besondere, seiner Zeit durch die Gesetzsammlung bekannt gemachte Vereinbarungen über den Grundsatz:

daß in Anwendung der deshalb vorhandenen Gesetze, der Unterschied zwischen Inländern und Ausländern in Beziehung auf die gegenseitigen Unterthanen aufgehoben und denselben ein gleicher Schutz wie den Inländern zu Theil werde,

getroffen worden, hiernächst aber, auf den Antrag Unsers Bundestags-Gesandten, die Deutsche Bundesversammlung über die Annahme dieses Grundsatzes zwischen sämmtlichen Bundesstaaten in Berathung getreten ist, und auf den Grund der letzteren in ihrer 33sten Sitzung am 6. September v. J. sich zu dem Beschlusse vereinigt hat, welcher wörtlich also lautet:

Um nach Art. 18 der Deutschen Bundesakte: die Rechte der Schriftsteller, Herausgeber und Verleger gegen den Nachdruck von Gegenständen des Buch- und Kunsthandels sicher zu stellen, vereinigen sich die souveränen Fürsten und freien Städte Deutschlands vorerst über den Grundsatz, daß bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck in Zukunft der Unterschied zwischen eigenen Unterthanen eines Bundesstaates und jenen der übrigen im Deutschen Bunde vereinten Staaten gegenseitig und im ganzen Umfange des Bundes in der Art aufgehoben werden soll, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich in jedem andern Bundesstaate des dort gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben werden.

Die höchsten und hohen Regierungen werden die zur Vollziehung dieses Beschlusses nöthigen Verfügungen erlassen, wie dieses geschehen, sowie überhaupt von den gegen den Nachdruck bestehenden Gesetzen und Anordnungen binnen zwei Monaten der Bundesversammlung Mittheilung machen;

so verordnen Wir hierdurch, daß dieser Beschluß, nachdem Wir demselben Allerhöchst Unsere Zustimmung ertheilt, in den zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen Unserer Monarchie Kraft und Gültigkeit haben, und demgemäß in Anwendung gebracht werden soll.

31. V. vom 12. Februar 1833, über die Anwendung des von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschlusses, wegen Sicherstellung der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck, auf die zum Deutschen Bunde nicht gehörigen Provinzen. (G.S. S. 26.)

Wir ꝛc. thun kund und fügen zu wissen: Sowie Wir in Unserem, heute vollzogenen Allerhöch-

---

Nachdruck auf den Antrag des rechtmäßigen Verlegers konfiszirt, und zum Verkaufe unbrauchbar gemacht, oder dem Verleger, wenn er es verlangt, überlassen werden.

§. 1296. b) Es muß aber, in diesem letzteren Falle, der rechtmäßige Verleger, wenn er den Nachdruck übernehmen will, die von dem Nachdrucker darauf verwendeten Auslagen demselben auf die zu leistende Entschädigung anrechnen, oder soweit sie dazu nicht erforderlich sind, an die Strafkasse herausgeben.

§. 1297. a) So weit der Nachdruck selbst verboten ist, darf auch Niemand, bei gleicher Strafe, mit auswärts nachgedruckten Büchern Handel treiben.

§. 1297. b) Buchbinder dürfen des Handels mit ungebundenen Büchern, und bloß geheften Schriften, bei Strafe der Konfiskation des Werks, und des für schon verkaufte Exemplare gelösten Werths, sich nicht anmaßen.

§. 1297. c) Ein Verfasser kann seine für eigene Rechnung gedruckten Schriften zwar durch sich selbst, oder auch durch Andere verkaufen; es darf aber dergleichen Verkauf nicht in einem öffentlichen Laden, und an Orten, wo Buchhändler sind, nicht durch Buchbinder geschehen.

§. 1297. d) Uebertretungen dieser Vorschrift werden ebenfalls mit der Strafe der Konfiskation nach §. 1297 b geahndet.

sten Patente, wegen Publikation des von der Deutschen Bundesversammlung unterm 6. September 1832 gefaßten Beschlusses, die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck betreffend, verordnet haben, daß dieser Beschluß, welcher wörtlich also lautet:

(der hier erwähnte Beschluß ist wörtlich derselbe, wie der in dem vorstehenden Publikat.-Pat. vom 12. Februar 1833 mitgetheilte)

in den zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen Unserer Monarchie Kraft und Giltigkeit haben und demgemäß in Anwendung gebracht werden soll, so ist es zugleich Unser Allerhöchster Wille, auch in den zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen der Monarchie den Schutz gegen den Nachdruck in dem ganzen Umfange zu gewähren, wie der gedachte Beschluß der Bundesversammlung für die Bundesstaaten ihn zugesichert hat.

Wir verordnen demnach, daß bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck von Gegenständen des Buch- und Kunsthandels in Zukunft der Unterschied zwischen Unseren Unterthanen in den zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen der Monarchie und den Unterthanen der im Deutschen Bunde vereinten Staaten, bei vorausgesetzter Beobachtung der Reciprocität, in der Art aufgehoben sein soll, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich auch in Unseren zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen des daselbst gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben werden.

32. Publ.-Pat. vom 29. November 1837, über den von der Deutschen Bundesversammlung unter dem 9. Novbr. d. J. gefaßten Beschluß, wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung. (G.S. S. 161.)

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Nachdem die Deutsche Bundesversammlung darüber in Berathung getreten ist, in Ausführung der betreffenden Bestimmung des Art. 18 der Deutschen Bundesakte, ingleichen des Bundesbeschlusses v. 2. April 1835, wodurch der Nachdruck im Umfange des ganzen Bundesgebietes verboten worden ist, gleichförmige Grundsätze zum Schutze der Schriftsteller und auch der Künstler gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung ihrer Werke für den ganzen Umfang des Bundesgebietes festzustellen, und nachdem in Folge dessen die Deutschen Bundesregierungen in der 31. Sitzung der Bundesversammlung vom 9. Nov. d. J. sich dahin vereinigt haben:

„Die im Deutschen Bunde vereinigten Regierungen kommen überein, zu Gunsten der im Umfange des Bundesgebietes erscheinenden literarischen und artistischen Erzeugnisse folgende Grundsätze in Anwendung zu bringen:

Art. 1. Literarische Erzeugnisse aller Art, sowie Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein, oder nicht[62 bb]), dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder Desjenigen, welchem derselbe seine Rechte an dem Original übertragen hat, auf mechanischem Wege nicht vervielfältigt werden.

Art. 2. Das im Art. 1 bezeichnete Recht des Urhebers oder dessen, der das Eigenthum des literarischen oder artistischen Werkes erworben hat, geht auf dessen Erben und Rechtsnachfolger über, und soll, in sofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt ist, in sämmtlichen Bundesstaaten mindestens während eines Zeitraums von zehn Jahren anerkannt und geschützt werden.

Diese Frist von zehn Jahren ist für die in den letztverflossenen zwanzig Jahren im Umfange des Deutschen Bundesgebietes erschienenen Druckschriften oder artistischen Erzeugnisse vom Tage des gegenwärtigen Bundesbeschlusses, bei den künftig erscheinenden Werken vom Jahre ihres Erscheinens an, zu rechnen.

Bei den in mehreren Abtheilungen herauskommenden Werken ist diese Frist für das ganze Werk erst von Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes zu zählen, vorausgesetzt, daß zwischen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefte kein längerer, als ein dreijähriger Zeitraum verflossen ist.

Publikat.-Patent über den Beschluß der Deutschen Bundesversammlung v. 19. Juni 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur

62 bb) (5. A.) An einer musikalischen Komposition kann schon vor ihrer Herausgabe ein strafbarer Nachdruck begangen werden. Erk. des Obertr. vom 18. Dezember 1863 (J.M.Bl. 1864, S. 55).

und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung. Vom 16. Januar 1846. (G.S. S. 149.)

Wir ꝛc. ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:.

Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschlusses vom 9. Novbr. 1837, wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung in der 21. Sitzung der Bundesversammlung vom 19. Juni v. J. über folgenden Beschluß übereingekommen sind:

Nachdem der Bundesbeschluß v. 9. Novbr. 1837 nur das geringste Maß des Schutzes festgestellt hat, welcher innerhalb des Deutschen Bundesgebietes den dort erscheinenden literarischen und artistischen Erzeugnissen gegen den Nachdruck und jede andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege zu gewähren war, eine weitere Vereinbarung über gemeinsame Gewährung eines völlig ausreichenden Schutzes aber gleichzeitig vorbehalten worden ist, so sind sämmtliche Deutsche Regierungen über folgende Bestimmungen zur Ergänzung des Beschlusses v. 9. Novbr. 1837 übereingekommen:

1) Der durch den Art. 2 des Beschlusses v. 9. Novbr. 1837 für mindestens zehn Jahre von dem Erscheinen eines literarischen Erzeugnisses oder Werkes der Kunst an zugesicherte Schutz gegen den Nachdruck und jede andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege wird fortan innerhalb des ganzen deutschen Bundesgebiets für die Lebensdauer der Urheber solcher literarischen Erzeugnisse und Werke der Kunst, und auf dreißig Jahre nach dem Tode derselben gewährt.
2) Werke anonymer oder pseudonymer Autoren, sowie posthume und solche Werke, welche von moralischen Personen (Akademien, Universitäten u. s. w.) herrühren, genießen solchen Schutzes während dreißig Jahren, von dem Jahre ihres Erscheinens an[62c]).
3) Um diesen Schutz in allen Deutschen Bundesstaaten in Anspruch nehmen zu können, genügt es, die Bedingungen und Förmlichkeiten erfüllt zu haben, welche dieserhalb in dem Deutschen Staate, in welchem das Originalwerk erscheint, gesetzlich vorgeschrieben sind.
4) Die Verbindlichkeit zu voller Schadloshaltung der durch Nachdruck u. s. w. Verletzten liegt dem Nachdrucker und demjenigen, welcher mit Nachdruck wissentlich Handel treibt, ob, und zwar solidarisch, in soweit nicht allgemeine Rechtsgrundsätze dem entgegen stehen.
5) Die Entschädigung soll in dem Verkaufspreise einer richterlich festzusetzenden Anzahl von Exemplaren des Originalwerkes bestehen, welche bis auf 1000 Exemplare ansteigen kann, und eine noch höhere sein soll, wenn von dem Verletzten ein noch größerer Schaden nachgewiesen worden ist.
6) Außerdem sind gegen den Nachdruck und andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege, auf den Antrag des Verletzten, in allen Bundesstaaten, wo die Landesgesetzgebung nicht noch höhere Strafen vorschreibt, Geldbußen bis zu 1000 Gulden zu verhängen.
7) Die über dergleichen Vergehen erkennenden Richter haben, nach näherer Bestimmung der Landesgesetze, in denjenigen Fällen, wo ihrem Ermessen zufolge der Befund von Sachverständigen einzuholen ist, bei literarischen Werken das Gutachten von Schriftstellern, Gelehrten und Buchhändlern, bei musikalischen und Kunstwerken das von Künstlern, Kunstverständigen und Musik- oder Kunsthändlern einzuholen,

so bringen wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung hierdurch zur öffentlichen Kenntniß und verordnen zugleich unter Abänderung der §§. 6, 7, 27, 28 u. 29. des G. v. 11. Juni 1837, sowie der §§. 1 u. 2 der V. v. 5. Juli 1844, in soweit sie kürzere Schutzfristen, als die unter Nr. 1 und 2 der vorstehenden Vereinbarung bestimmten, vor-

---

62c) (4. A.) Die §§. 1 und 2 haben nur die in dem Bundesbeschluß vom 9. Nov. 1837 zum Schutze gegen Nachdruck festgesetzte Frist erweitert, nicht aber die Bestimmung des §. 1 der Verordnung vom 5. Juli 1844 (Zus. zu §. 35 zum Zus. 33 d. T.) darüber: welche der vor Publikation des Ges. vom 11. Juli 1837 (Zus. 33) erschienenen Schriften zu schützen, abgeändert. Erk. des Obertr. vom 22. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 339).

schreiben, daß unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern, in Voraussetzung der Beobachtung einer diesfälligen Reciprocität von Seiten der andern Deutschen Staaten, auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie sich darnach zu achten haben.

Publikationspatent über den Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 6. November 1856 zur Erweiterung der Bestimmungen der Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845 wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung, vom 26. Januar 1857 (G.S. S. 93).

Wir ꝛc. ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen zur Erweiterung der Bestimmungen der Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845 wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung in der 28. Sitzung der Bundesversammlung vom 6. November 1856 über folgenden Beschluß übereingekommen sind: „Der durch den Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 9. November 1837 und den Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845 für Werke der Literatur und der Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung gewährte Schutz, so wie derjenige Schutz, welcher durch besondere Bundesbeschlüsse im Wege des Privilegiums für die Werke einzelner bestimmter Autoren gewährt worden ist, wird dahin erweitert, daß dieser Schutz zu Gunsten der Werke derjenigen Autoren, welche vor dem Bundesbeschlusse vom 9. November 1837 verstorben sind, noch bis zum 9. November 1867 in Kraft bleibt." „Jedoch findet der gegenwärtige Bundesbeschluß nur auf solche Werke Anwendung, welche zur Zeit noch im Umfange des ganzen Bundesgebietes durch Gesetze oder Privilegien gegen Nachdruck oder Nachbildung geschützt sind"; so bringen Wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung hiermit zur allgemeinen Kenntniß, und verordnen zugleich, daß Unsere Behörden und Unterthanen nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörigen Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie, sich danach zu achten haben.

Art. 3. Zu Gunsten von Urhebern, Herausgebern oder Verlegern von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wissenschaft und Kunst (Art. 1) wird das ausgesprochene Minimum des Schutzes der Gesammtheit gegen den Nachdruck (Art. 2) auch bis zu einem längern, höchstens zwanzigjährigen, Zeitraum ausgedehnt, und hinsichtlich derjenigen Regierungen, deren Landesgesetzgebung diese verlängerte Schutzfrist nicht ohnehin erreicht, diesfalls eine Vereinbarung am Bundestage getroffen werden, wenn die betreffende Regierung drei Jahre nach dem öffentlichen Erscheinen des Werkes hierzu den Antrag stellt.

Art. 4. Dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke steht der Anspruch auf volle Entschädigung zu.

Außer den, in Gemäßheit der Landesgesetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen, soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, also der Formen, Platten, Steine ꝛc. stattfinden.

Art. 5. Der Debit aller Nachdrücke und Nachbildungen der unter 1 bezeichneten Gegenstände, sie mögen im Deutschen Bundesgebiete oder außerhalb desselben veranstaltet sein, soll in allen Bundesstaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgesetze angedrohten Strafen, untersagt sein. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Bundesregierungen, in deren Staaten bis jetzt der Nachdruck gesetzlich nicht verboten war, selbst zu bestimmen haben, ob und auf wie lange sie im Bereiche ihrer Staaten den Vertrieb der vorräthigen, bisher erschienenen Nachdrücke gestatten wollen.

Art. 6. Es wird der Bundesversammlung davon, wie die vorstehenden allgemeinen Grundsätze von den Bundesregierungen durch specielle Gesetze oder Verordnungen in Ausführung gebracht werden sollen, Nachricht gegeben, und dabei zugleich angezeigt werden, welche Förmlichkeit in den

einzelnen Staaten erforderlich sei, um den Charakter einer Originalausgabe und den Zeitpunkt des Erscheinens nachzuweisen.

Da übrigens eine große Mehrheit der Bundesregierungen sich dafür erklärt hat, daß den Schriftstellern und Verlegern eine noch ausgedehntere Schutzfrist im gesammten Umfange des Bundesgebietes gesichert werden möge, als diejenige ist, welche in dem Artikel 2 des gegenwärtigen Bundesbeschlusses als Minimum ausgesprochen wird, so soll mit Eintritt des Jahres 1842, wenn sich das Bedürfniß hierzu nicht früher zeigen sollte, am Bundestage sowohl die Frage wegen einer verlängerten Dauer des den Rechten der Schriftsteller und Verleger von der Gesammtheit der Bundesglieder zu bewilligenden Schutzes neuerdings gemeinsam berathen, als auch überhaupt der Einfluß in Erwägung gezogen werden, welchen, nach den inmittelst gesammelten Erfahrungen, die gegenwärtigen Bestimmungen auf Kunst und Literatur, auf die Interessen des Publikums und auf den Flor des Kunst- und Buchhandels bewährt haben."

Wir auch zu dieser Vereinbarung durch Unsern Bundestagsgesandten Unsere Zustimmung unter der gleichzeitigen Erklärung ertheilt haben:

es verstehe sich von selbst, daß

a. auch nach Ausführung des gegenwärtigen Beschlusses ein über dessen Inhalt hinausgehender Schutz gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung, wo derselbe durch die Landesgesetzgebung schon früher gewährt worden ist, und in Folge des Bundesbeschlusses vom 6. September 1832, allen Unterthanen Deutscher Bundesstaaten zu Gute kommt, nicht beschränkt werden soll, und daß

b. denjenigen Deutschen Staaten, welche künftig noch günstigere Bestimmungen zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums, als ihre bisherige Gesetzgebung und der gegenwärtige Bundesbeschluß dieselben aufstellen, für ihre Unterthanen und die Unterthanen der sich mit ihnen über gleiche Grundsätze vereinigenden Regierungen treffen wollen, hierin durchaus freie Hand bleibt;

so wollen Wir hierdurch diese, unter sämmtlichen Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung dergestalt zur allgemeinen Kenntniß bringen, daß Unsere Behörden und Unterthanen, und zwar nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörigen Landen, sondern, in Voraussetzung der Beobachtung einer diesfälligen Reciprocität von Seiten der andern Deutschen Staaten, auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie sich danach zu achten haben.

32a. Patent über die Publikation des Bundestagsbeschlusses vom 22. April 1841, wegen des den Verfassern musikalischer Kompositionen und dramatischer Werke zu gewährenden Schutzes, vom 6. November 1841 (G.S. S. 385).

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Nachdem die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen in der 10. diesjährigen Sitzung der Bundesversammlung vom 22. April c. sich dahin vereinigt haben:

„Die im Deutschen Bunde vereinigten Regierungen werden zum Schutze inländischer Verfasser musikalischer Kompositionen und dramatischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des Bundesgebietes folgende Bestimmungen in Anwendung bringen:

1, 2 u. 3 (aufgehoben);

4) Die Bestimmung dieser letzteren (der Entschädigung) und der Art, wie dieselbe gesichert und verwirklicht werden soll, so wie die Festsetzung der etwa noch neben dem Schadensersatze zu leistenden Geldbußen, bleibt den Landesgesetzen vorbehalten; stets ist jedoch der ganze Betrag der Einnahme von jeder unbefugten Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten, und ohne Unterschied, ob das Stück allein oder in Verbindung mit einem andern den Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, in Beschlag zu nehmen;"

so bringen wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Regierungen getroffene Vereinbarung hierdurch, mit Hinweisung auf die §§. 32, 33, 34 des G. v. 11. Juni 1837, durch welche die nähere Ausführung der in dem vorgedachten Bundesbeschlusse aufgestellten allgemeinen Grundsätze für unsere Staaten bereits im Voraus erfolgt ist, zur allgemeinen Kenntniß und verordnen zugleich, daß unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in unsern zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen unserer Monarchie, sich, nach Maßgabe der §. 38 des G. v. 11. Juni 1837, danach zu achten haben.

32b. Publikationspatent über den Beschluß der Deutschen Bundesversammlung vom 12. März 1857 zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschl. v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben, vom 4. Mai 1857 (G.S. S. 426)[62d]).

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschl. v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben in der 10. Sitzung der Bundesversammlung vom 12. März d. J. über folgenden Beschluß übereingekommen sind:

Die durch den Bundesbeschluß v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des Bundesgebietes vereinbarten Bestimmungen werden wie folgt erweitert:

1) Die öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen darf nur mit Erlaubniß des Autors, seiner Erben oder sonstiger Rechtsnachfolger stattfinden, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist. Das ausschließende Recht, diese Erlaubniß zu ertheilen, steht dem Autor lebenslänglich und seinen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern noch zehn Jahre nach seinem Tode zu.
2) Auch in dem Falle, daß der Autor eines dramatischen oder musikalischen Werkes sein Werk durch den Druck veröffentlicht, kann er sich und seinen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern das ausschließende Recht, die Erlaubniß zur öffentlichen Aufführung zu ertheilen, durch eine mit seinem darunter gedruckten Namen versehene Erklärung vorbehalten, die jedem einzelnen Exemplare seines Werkes auf dem Titelblatte vorgedruckt sein muß. Ein solcher Vorbehalt bleibt wirksam auf Lebenszeit des Autors selbst und zu Gunsten seiner Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger noch zehn Jahre nach seinem Tode.
3) Dem Autor oder dessen Rechtsnachfolgern steht gegen Jeden, welcher dessen ausschließendes Recht durch öffentliche Aufführung eines noch nicht durch den Druck veröffentlichten, oder mit der unter Ziffer 2 erwähnten Erklärung durch den Druck veröffentlichten dramatischen oder musikalischen Werkes beeinträchtigt, Anspruch auf Entschädigung zu.
4) Diese weiteren Bestimmungen werden vom 1. Juli 1857 an in Wirksamkeit gesetzt werden.
5) Ziff. 1, 2 und 3 des Bundesbeschl. v. 22. April 1841 sind hiernach aufgehoben, wogegen es bei Ziff. 4 hinsichtlich der Entschädigungen ꝛc. sein Bewenden behält.

so bringen Wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Regierungen getroffene Vereinbarung hierdurch zur öffentlichen Kenntniß, und verordnen zugleich, daß Unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie, sich darnach zu achten haben.

33. G. v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst[62e]) gegen Nachdruck und Nachbildung*). (G.S. S. 165.)

Wir ꝛc. ꝛc. Damit dem Eigenthum an den Werken der Wissenschaft und Kunst[62f]) der erfor-

---

62d) (4. A.) S. unten, Anm. 71c zur Verordnung v. 5. Juli 1844 (Zus. zu §. 35 des Zus. 33 d. T.).

62e) (4. A.) Unter den Werken der Wissenschaft und Kunst sind allerdings Geistesprodukte verstanden, aber dieses Gesetz schützt gegen den Nachdruck literarischer Erzeugnisse jeder Art; auf die Gattung, den Umfang, die Darstellungsweise kommt es nicht an, noch weniger auf den inneren Gehalt der Schrift. Erk. des Obertr. v. 7. Nov. 1861 (J.M.Bl. S. 288).

*) (5. A.) J. E. Hitzig, das Königl. Preuß. Gesetz vom 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen den Nachdruck und Nachbildung. Dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen. Berlin 1838. Homeyer, das Gesetz v. 11. Juni 1837 und das geistige Eigenthum. Berlin 1838.

62f) (4. A.) Gesetze, allgemeine Verordnungen und Instruktionen der Behörden sind keine Erzeugnisse auf dem Boden der Wissenschaft, vielmehr Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt und der Regierungsgewalt des Staats, somit ein Gemeingut; es sind daher die Strafbestimmungen gegen den Nachdruck derselben nicht anwendbar. Pr. des Obertr. vom 29. Oktbr. 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 48*).

derliche Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung gesichert werde, haben Wir Uns bewogen gefunden, die darüber bestehenden Gesetze einer Abänderung und Ergänzung zu unterwerfen, und verordnen demnach auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, was folgt:

1. Schriften. a) Ausschließendes Recht der Schriftsteller.

§. 1. Das Recht, eine bereits herausgegebene[63]) Schrift ganz oder theilweise von neuem abdrucken oder auf irgend einem mechanischen Wege vervielfältigen zu lassen, steht nur dem Autor derselben oder denjenigen zu, welche ihre Befugniß dazu von ihm herleiten.

b) Verbot des Nachdrucks.

§. 2. Jede[63a]) solche neue Vervielfältigung, wenn sie ohne Genehmigung des dazu ausschließlich Berechtigten (§. 1) geschieht, heißt Nachdruck[64]), und ist verboten[64*]).

---

63) Im Gegensatze von Manuskripten und nachgeschriebenen Heften (§. 3).

63a) (4. A.) Auch eine kulpose. Unten, Anm. 66a zu §. 10.

64) Von dem Begriffe des Nachdrucks sind aus der Praxis folgende Anwendungen bekannt worden:

a) Wenn ein Aufsatz, welcher von dem Verfasser für eine Zeitschrift geliefert und in dieser abgedruckt ist, von demjenigen, der das Verlagsrecht der Zeitschrift erworben hat, in einer Sammlung von Aufsätzen, ohne Zustimmung des Verfassers, wieder abgedruckt wird, so enthält dies einen verbotenen Nachdruck. In diesem Falle ist die Entschädigung des Beeinträchtigten, wenn der rechtmäßige Abdruck als Theil einer Zeitschrift keinen besonderen Verkaufswerth hat, durch Arbitrium zu bestimmen. Gutachten des literarischen Sachverständigenvereins vom 31. Oktbr. 1838. (Jur. Wochenschr. 1840, S. 161.)

b) I. Auch der Verfasser kann sich gegen den Verleger eines verbotenen Nachdrucks schuldig machen. (4. A. Der Autor eines Werks, welcher dem Verleger das ausschließliche Verlagsrecht eingeräumt hat, macht sich durch Veranlassung einer anderweitigen Vervielfältigung dieses Werkes des Nachdrucks schuldig. — Dies gilt in jenem Falle auch von dem zweiten Verleger, welcher sein Verlagsrecht lediglich von dem Autor herleitet. Erk. des Obertrib. vom 26. September 1851 [Archiv für Rechtsfälle Bd. II, S. 372].) II. Die Zusammenstellung eines Werks aus einzelnen Stellen eines anderen, wenngleich mit Auslassungen, einzelnen Aenderungen und Zusätzen, sowie mit Abweichungen in der Ordnung und Verbindung, ist als ein verbotener Nachdruck anzusehen. Gutachten des literarischen Sachverständigenvereins v. 9. Oktbr. 1839. (Jur. Wochenschr. 1840, S. 369.) Vergl. das Gutachten lit. e.

c) An Kirchenliedern, welche von einer bestimmten Religionspartei bei der öffentlichen oder häuslichen Andacht allgemein gebraucht werden, hat Niemand ein Verlagsrecht; es wäre denn an einer Sammlung solcher Lieder mit eigenthümlicher Anordnung und bestimmter Textrecension. Gutachten dess. Vereins, v. 15. Januar 1840. (Jur. Wochenschr. 1840, S. 609.)

d) Auch Wohnungsanzeiger und ähnliche statistische Nachweisungen, deren Bearbeitung wissenschaftliche oder Kunstkenntnisse nicht erfordert, sind als schriftstellerische Arbeiten anzusehen, bei denen ein Nachdruck möglich ist. Gutachten dess. Vereins, vom 28. Februar 1840. (Jur. Wochenschr. 1840 S. 661.)

e) Die Zusammenstellung eines Werkes aus einzelnen Stellen eines anderen, wenngleich mit Auslassungen, einzelnen Aenderungen und Zusätzen, sowie mit Abweichungen in der Ordnung und Verbindung, ist als ein verbotener Nachdruck anzusehen. Auch ein Nachdruck von Werken ist möglich, welche, wie beispielsweise Kochbücher, bekannte, auf allgemeiner Erfahrung beruhende Regeln und Vorschriften enthalten. Gutachten dess. Vereins, vom 16. September 1840. (Jur. Wochenschr. 1840, S. 861.)

f) Wer eine, mit Hebräischen Lettern gedruckte Deutsche Uebersetzung eines Jüdischen Gebetbuches ohne Genehmigung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger mit Deutschen Lettern abdrucken läßt, begeht einen Nachdruck. Gutachten dess. Vereins, v. 29. Dezember 1840. (Jur. Wochenschr. 1841, S. 501.)

g) Die Herstellung eines gleichförmigen Textes von klassischen Werken durch kritische Thätigkeit ist nicht dergestalt als ein freies schriftstellerisches Produkt zu betrachten, daß dem Verfasser für diese Bearbeitung eines fremden Textes dieselben Rechte zustehen, wie einem Autor für ein von ihm verfaßtes Originalwerk. Er hat deshalb kein Widerspruchsrecht gegen die Vervielfältigung in seiner Textherstellung. Gutachten dess. Vereins, vom 27. Januar 1841 und Entsch. des Stadtgerichts zu Berlin, v. 20. Juli d. J. (Jur. Wochenschr. 1842, S. 149.)

h) (4. A.) Das Vergehen des Nachdrucks ist durch den bloßen Druck vollendet; daß die Verbreitung hinzugetreten sei, ist nicht erforderlich. Erk. des Obertr. vom 7. Nov. 1861 (J.M.Bl. S. 288). Vergl. unten §. 14.

64*) (5. A.) Derjenige, welcher einen Nachdruck im Auftrage eines Anderen und ohne die Absicht der eigenen Vertreibung bewirkt, macht sich nur dann strafbar, wenn bei ihm die Voraussetzungen der strafbaren Theilnahme zutreffen, insbesondere also, wenn er wußte, daß der Abdruck ein unbefugter sei. Erk. des Obertr. v. 18. Dez. 1863 (J.M.Bl. 1864, S. 55).

§. 3. Dem Nachdruck wird gleich geachtet, und ist daher ebenfalls verboten, der ohne Genehmigung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger bewirkte Abdruck c) Was dem Nachdruck gleich zu achten.

a) von Manuskripten aller Art,

b) von nachgeschriebenen Predigten und mündlichen Lehrvorträgen, gleichviel, ob dieselben unter dem wahren Namen des Autors herausgegeben werden, oder nicht.

Dieser Genehmigung bedarf auch der rechtmäßige Besitzer eines Manuskripts oder einer Abschrift desselben (Lit. a), ingleichen nachgeschriebener Predigten oder Lehrvorträge. (Lit. b.) †).

§. 4. Als Nachdruck ist nicht anzusehen: d) Was nicht als Nachdruck anzusehen.

1) das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines bereits gedruckten Werkes;

2) die Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte u. s. w. in kritische und literar-historische Werke, und in Sammlungen zum Schulgebrauche;

3) die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke.

Ausnahmsweise sind jedoch Uebersetzungen in folgenden Fällen dem Nachdrucke gleich zu achten: Ausnahmen.

a) wenn von einem Werke, welches der Verfasser in einer todten Sprache bekannt gemacht hat, ohne seine Genehmigung eine deutsche Uebersetzung herausgegeben wird;

b) wenn der Verfasser eines Buches solches gleichzeitig in verschiedenen lebenden Sprachen hat erscheinen lassen, und ohne seine Genehmigung eine neue Uebersetzung des Werkes in einer der Sprachen veranstaltet wird, in welchen es ursprünglich erschienen ist. Hat der Verfasser auf dem Titelblatte der ersten Ausgabe bekannt gemacht, daß er eine Uebersetzung, und in welcher Sprache, herausgeben wolle, so soll diese Uebersetzung, wenn sie innerhalb zweier Jahre nach dem Erscheinen des Originals erfolgt, als mit dem Original gleichzeitig erschienen, behandelt werden.

§. 5. Der Schutz des gegenwärtigen Gesetzes gegen Nachdruck und diesem gleichgestellte Handlungen (§§. 2 u. 3) soll dem Autor einer Schrift, Predigt oder Vorlesung während seines Lebens zukommen. e) Dauer des ausschließlichen Rechts.

§. 6. Auch die Erben des Autors sollen denselben Schutz noch dreißig Jahre lang nach dem Tode ihres Erblassers genießen, ohne Unterschied, ob während seines Lebens ein Abdruck bereits erschienen ist, oder nicht [64a]). Nach Ablauf dieser dreißig Jahre hört der Schutz dieses Gesetzes auf.

§. 7. In sofern von dem eigentlichen Nachdrucke die Rede ist (§§. 1 und 2), setzt die in den §§. 5 und 6 vorgeschriebene Dauer des Schutzes voraus, daß der wahre Name des Verfassers auf dem Titelblatte oder unter der Zueignung oder Vorrede angegeben ist. Eine Schrift, die entweder unter einem andern, als dem wahren Namen des Verfassers erschienen, oder bei welcher gar kein Verfasser genannt ist, soll funfzehn [64b]) Jahre lang, von der ersten Herausgabe derselben an gerechnet, gegen den Nachdruck geschützt sein und zur Wahrnehmung des Rechts auf diesen Schutz der Verleger an die Stelle des unbekannten Verfassers treten. Wird innerhalb dieser funfzehn [64c]) Jahre der wahre Name des Verfassers von ihm selbst, oder von seinen Erben mittelst eines neuen Abdrucks, oder eines neuen Titelblattes für die vorräthigen Exemplare, bekannt gemacht, so wird dadurch dem Werke der Anspruch auf die in den §§. 5 und 6 bestimmte Dauer des Schutzes erworben.

§. 8. Akademien, Universitäten, öffentliche Unterrichtsanstalten, gelehrte und andere erlaubte Gesellschaften genießen das ausschließende Recht zur neuen Herausgabe ihrer Werke dreißig Jahre lang. Diese Frist ist:

a) bei Werken, die in einem oder mehreren Bänden eine einzige Aufgabe behandeln, und mithin als

---

†) (5. A.) Gutachten des Königl. Preußischen Geheimen Obertribunals über den Begriff des strafbaren Nachdrucks und der demselben nach §. 3 des Gesetzes v. 11. Juni 1837 gleich zu achtenden Vergehungen auf Veranlassung des Justiz-Ministers Mühler abgegeben am 13. Februar 1844. Berlin 1844.

64a) (3. A.) Bei posthumen Werken u. s. w. fängt der dreißigjährige Schutz erst von dem Jahre ihres Erscheinens an. Beschl. der Bundesversamml. v. 19. Juni 1845, Nr. 2 und Publ.-Pat. v. 16. Jan. 1846 (oben Zus. zu Art. 2 des Beschl. der Bundesvers. v. 9. Nov. 1837).

M. Veit, die Erweiterung des Schutzes gegen Nachdruck zu Gunsten der Erben verdienter Autoren. Berlin 1855.

64b) Dreißig Jahre, nach dem Beschl. der Bundesvers. v. 19. Juni 1845, Nr. 2 (vor. Anm. 64a).

64c) S. die vor. Anm. 64b.

in sich zusammenhängend betrachtet werden können, zu denen namentlich auch die lexikalischen zu zählen sind, von dem Zeitpunkte ihrer Vollendung an;

b) bei Werken aber, die nur als fortlaufende Sammlungen von Aufsätzen und Abhandlungen über verschiedene Gegenstände der gelehrten Forschung anzusehen sind, von dem Erscheinen eines jeden Bandes an zu rechnen.

Veranstalten jedoch die Verfasser besondere Ausgaben solcher Aufsätze und Abhandlungen, so kommen ihnen die Bestimmungen der §§. 5 und 6 zu Statten.

f) Abtretung desselben.

§. 9. Das ausschließende Recht zur Veröffentlichung und Verbreitung von Schriften, welches dem Autor und dessen Erben zusteht, kann von diesen ganz oder theilweise durch eine hierauf gerichtete Vereinbarung auf andere übertragen werden[65].

g) Strafen des Nachdrucks.

§. 10. Wer[65a] das, den Autoren, ihren Erben oder Rechtsnachfolgern zustehende ausschließende Recht dadurch beeinträchtigt, daß er ohne deren Genehmigung von demselben Gebrauch macht, ist den Beeinträchtigten vollständig zu entschädigen[66] verpflichtet und hat, außer der Konfiskation der noch vorräthigen Exemplare, eine Geldbuße von fünfzig bis tausend Thalern verwirkt[66a].

§. 11. War das Werk von dem Berechtigten bereits herausgegeben, so ist der Betrag der Entschädigung nach Beschaffenheit der Umstände auf eine dem Verkaufswerthe von fünfzig bis tausend Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe gleichkommende Summe richterlich zu bestimmen, in sofern der Berechtigte nicht einen höheren Schaden nachzuweisen vermag[67].

---

65) Dies geschieht durch den Verlagskontrakt. S. o. die Anm. 51 u. 52 zu §. 998 d. T. — (5. A.) Inwiefern die Possessorienklage bezüglich eines Verlagsrechts anwendbar sei, ist in Frage gekommen. Der possessorische Schutz findet allerdings statt, aber dazu ist erforderlich, daß der Kläger den Besitz dieses Rechts nachweise. Dieses ist durch den Nachweis des Rechts nicht zu bewirken, weil darauf im Possessorium nicht einzugehen ist, daher kann in Ermangelung eines aus dem Verlagsrechte sich ergebenden ausschließlichen Besitzes ein solcher nur in Folge eines gegen den Beklagten erlangten Untersagungsrechtes dargethan werden. Erk. des Obertrib. vom 11. Januar 1864 (Archiv für Rechtsf. Bd. LVII, S. 4). Vergl. Erk. dess. vom 30. November 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 57).

65a) (4. A.) Wer den Druck hat bewirken lassen, wird von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit dadurch nicht befreit, daß er der betreffenden Druckerei nur als Geschäftsführer vorgestanden. Erk. des Obertr. v. 7. Nov. 1861 (J.M.Bl. S. 288).

66) Ob die Civilklage auf Entschädigung in dem Strafverfahren vor dem Strafgerichte mit zu erledigen sei, ist zweifelhaft gefunden worden. (Krim. Zeit. v. 1841, S. 37 u. 45.) Der §. 16 dieses Gesetzes scheint dafür zu sprechen; jedenfalls ist der Ausspruch des Strafrichters in gewisser Hinsicht präjudizirlich für den Civilpunkt. Das Obertr. hat den Rechtssatz angenommen: „Die von Seiten des Strafrichters erfolgte Freisprechung von der Anschuldigung unerlaubten Nachdrucks, oder unerlaubter Vervielfältigung, wenn sie deshalb erfolgt ist, weil der objektive Thatbestand des Vergehens nicht feststeht, befreit den Angeschuldigten auch von dem Entschädigungsanspruche, und der Civilrichter ist nicht befugt, die vorgedachte, als rechtskräftig entschieden zu betrachtende Frage zur Beurtheilung vor sein Forum zu ziehen." Pr. 1784, vom 11. September 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 134) und Erk. desselben vom 11. November 1853 (Archiv für Rechtsfälle Bd. X, S. 290). Der Satz hat nach den Gründen, S. 139, allgemeine Geltung; nur in sofern es auf Ermittelung der Thäterschaft ankommt, wird dem Ausfalle des Strafverfahrens kein Einfluß auf den Civilanspruch eingeräumt, weil das Civilverfahren Beweismittel, namentlich Eidesdelation, gestattet, die im Strafprozesse unzulässig sind. Mit der Ermittelung des objektiven Thatbestandes sei es anders. Der Meinungsstreit über den hier zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsatz ist durch den Pl.-Beschl. des Obertr. vom 15. Dezember 1856 geschlichtet. S. unten, Anmerkung 7 zu §. 6 des Str.G.B. (Th. II, Tit. 20). S. auch die folg. Anm. 68a a. E. — (4. A.) Was die Kompetenzfrage betrifft, so hat das Obertribunal sich in mehrfachen Entscheidungen dahin ausgesprochen, daß der in der Untersuchung über das Vergehen des Nachdrucks entscheidende Kriminalrichter alsdann, wenn der Verletzte in derselben zugleich die Festsetzung der Entschädigung fordert, zu einer solchen Festsetzung in seinem Strafurtheile allerdings kompetent. S. unten die Anm. 68a, Abs. 3 a. E. und Erk. vom 8. Mai 1863 (J.M.Bl. S. 186).

„Der Einwand des Druckers und Verlegers eines nachgedruckten Werkes: „„wie er nicht gewußt, daß das ihm von dem angeblichen Autor zum Verlage überlassene Werk einen Nachdruck enthalte,"" kann denselben von der Entschädigung des durch den Nachdruck Beeinträchtigten nicht befreien." Pr. des Obertrib. 2453, v. 29. Juni 1853.

66a) (4. A.) Auch ein kulpoier Nachdruck oder eine kulpose Nachbildung ist strafbar. Erk. des Obertr. v. 8. Mai 1863 (J.M.Bl. S. 186).

67) Ist nur ein Theil nachgedruckt worden und hat dieser keinen besonderen Kaufswerth, so ist

§. 12. Die konfiscirten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe sollen vernichtet oder dem Beschädigten auf sein Verlangen überlassen werden. Im letzten Falle muß sich jedoch der Beschädigte die von dem Verurtheilten auf diese Exemplare verwendeten Auslagen auf die Entschädigung anrechnen lassen[68a]).

§. 13. Wer widerrechtlich vervielfältigte Werke wissentlich zum Verkauf hält, ist dem Beeinträchtigten, mit dem unbefugten Vervielfältiger solidarisch, zur Entschädigung verpflichtet und hat, außer der Konfiskation, eine nach Vorschrift des §. 10 zu bestimmende Geldbuße verwirkt[68a a]).

§. 14. Das Vergehen des Nachdrucks ist vollendet, wenn Exemplare eines Buches vorgefunden werden, welche den gegenwärtigen Vorschriften zuwider angefertigt worden sind[68b]).

§. 15. Die gerichtliche Untersuchung der in den §§. 2, 3, 4 bezeichneten Vergehen ist nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag der Verletzten einzuleiten. h) Untersuchungsverfahren.

Will der Verleger der Schrift den Antrag nicht machen, so kann dieses von dem Autor oder dessen Erben geschehen, in sofern dieselben noch ein von dem Verleger unabhängiges Interesse haben[68c]).

§. 16. Nach einmal erfolgter Einleitung der Untersuchung kann die Zurücknahme des Antrages zwar in Beziehung auf die Entschädigung stattfinden, nicht aber in Beziehung auf die Konfiskation und Geldbuße[68cc]).

---

die Entschädigung zu arbitriren. Gutachten des lit. Sachverständigen-Vereins vom 31. Oktbr. 1838 (Jur. Wochenschr. 1840, S. 167).

(4. A.) Bei Feststellung der Entschädigung des rechtmäßigen Verlegers ist die Berücksichtigung der abgesetzten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe nicht ausgeschlossen. Erk. des Obertr. v. 26. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. II, S. 273.)

68) Ebenso wie es schon die §§. 1296a und 1296b des A. L.R. II, 20 verordneten.

68a) M. s. das Pr. des Obertr. 2453, oben in der Anm. 66, Abs. 2, und vergl. dazu die Fassung des jüngeren Bundesbeschlusses, v. 19. Juni 1845, Nr. 4.

(4. A.) Im Falle des §. 13 ist die Frage: ob ein Werk „widerrechtlich vervielfältigt" sei, nur nach preußischen Regeln zu beantworten; das Verbot des Verkaufs solcher Werke bezieht sich daher auch auf die im Auslande gedruckten Werke, sobald sie nur nach preußischen Gesetzen für Nachdruck zu erachten sind, sollte dieses auch am Orte ihres Erscheinens nicht der Fall sein. Pr. des Obertrib. v. 13. Okt. 1859, Nr. 2 (J.M.Bl. S. 430).

Die in Preußen stattgefundene Verbreitung eines außerhalb Preußens gedruckten und herausgegebenen Verlagsartikels, welcher zwar nicht nach den an dem Orte seines Erscheinens geltenden Gesetzen, wohl aber nach preußischen Gesetzen ein Nachdruck eines in Preußen erschienenen Werkes ist, fällt unter die Strafbestimmungen dieses Gesetzes. Die Verbreitung von Exemplaren nachgedruckter Werke kann nicht als Theilnahme an dem Vergehen des Nachdrucks aufgefaßt werden, sondern ist ein selbstständiges Vergehen, welches nach den Gesetzen des Ortes, wo es begangen wird, zu beurtheilen ist. — Daher liegt ein zum Verkaufhalten im Sinne des §. 13 auch da vor, wo eine spezielle Bestellung eines Nachdrucksexemplars vorausgegangen ist. — In den Untersuchungen wegen Nachdrucks ist zugleich über die Entschädigung des Verletzten, welche dieser ausdrücklich fordert, zu erkennen. Erk. des Obertr. v. 18. Januar 1861 (J.M.Bl. S. 61). M. s. auch die Anm. 68cc.

68b) (4. A.) Oben, Anm. 64, lit. h.

68c) (4. A.) Als Verletzter im Sinne des §. 15 des G. v. 11. Juni 1837 und deshalb zur Beantragung eines Strafverfahrens wegen Nachdrucks für befugt ist derjenige zu betrachten, welchem in Wahrheit das Vervielfältigungsrecht zusteht, also der Herausgeber selbst dann, wenn er sein Recht nach einem Vermerke auf dem Werke auf einen Verleger übertragen haben sollte, sobald nur feststeht, daß dieser letztere doch nur Kommissionär ist. Pr. des Obertrib. vom 13. Mai 1837 (J.M.Bl. S. 294).

68cc) (5. A.) In Nachdrucksachen hat auch außerhalb des Bezirks des Appellations-Gerichtshofes zu Cöln der Strafrichter nicht allein über die Geldbuße und die Konfiskation, sondern auch über die dem Verletzten gebührende Entschädigung zu erkennen. Ist er daher einmal in gesetzlicher Weise mit einer solchen Sache durch Eröffnung der Untersuchung befaßt worden, so kann er sich der Entscheidung über Konfiskation und Entschädigung nicht mehr entziehen, und dieselbe einem Civilprozesse vor dem Civilrichter vorbehalten oder überlassen, sollte auch der Angeklagte im Laufe des Verfahrens gestorben sein. Dies gilt namentlich vom Richter zweiter Instanz, wenn der Tod des Angeklagten erst nach dem Erkenntniß erster Instanz eingetreten ist. Erk. des Obertr. vom 24. Oktr. 1864 (J.M.Bl. 1865 S. 2. Vergl. die Fassung des Pl.-Beschl. des Sen. für Str.-Sachen Nr. 288, in den Entscheidungen Bd. LII, S. 479 und Bd. LIII, S. 28*). Durch diesen Pl.-Beschluß ist nicht zugleich mit entschieden, daß der wegen Nachdruckes Beeinträchtigte in dem Falle, wenn in dem auf seinen Antrag eingeleiteten Untersuchungsverfahren der dafür kompetente Strafrichter die Entscheidung über die von dem Nachdrucker zu leistende Entschädigung abgelehnt, und dem Civilrichter überlassen, resp. dem Beeinträchtigten

§. 17. Scheint es dem Richter zweifelhaft, ob eine Druckschrift als Nachdruck oder unerlaubter Abdruck zu betrachten, oder wird der Betrag der Entschädigung bestritten, so hat der Richter das Gutachten eines aus Sachverständigen gebildeten Vereins einzuholen [68d].

Die Bildung eines oder mehrerer solcher Vereine, die vorzüglich aus geachteten Schriftstellern und Buchhändlern bestehen sollen [69], bleibt einer besondern, von Unserm Staatsministerium zu erlassenden Instruktion vorbehalten.

2) (Geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnungen.)

§. 18. Was vorstehend in den §§. 1, 2, 5 bis 17 über das ausschließende Recht zur Vervielfältigung von Schriften verordnet ist, findet auch Anwendung auf geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzwecke nicht als Kunstwerke (§. 21) zu betrachten sind [69a].

3) Musikalische Kompositionen.

§. 19. Dieselben Vorschriften gelten hinsichtlich der ausschließenden Befugniß zur Vervielfältigung musikalischer Kompositionen [69aa].

§. 20. Einem verbotenen Nachdruck ist gleich zu achten, wenn Jemand von musikalischen Kompositionen Auszüge, Arrangements für einzelne Instrumente, oder sonstige Bearbeitungen, die nicht als eigenthümliche Kompositionen betrachtet werden können, ohne Genehmigung des Verfassers herausgiebt.

4) Kunstwerke und bildliche Darstellungen **).

§. 21. Die Vervielfältigung von Zeichnungen oder Gemälden durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, Lithographie, Farbendruck, Uebertragung u. s. w. ist verboten, wenn sie ohne Genehmigung des Urhebers des Original-Kunstwerks *) oder seiner Rechtsnachfolger bewirkt wird.

---

die Geltendmachung seines Schadens-Anspruches ausdrücklich vor dem Civilrichter vorbehalten hat, diesen Anspruch nicht nachträglich noch im gewöhnlichen Prozeßwege vor dem ordentlichen Civilrichter geltend machen dürfe. In solchem Falle erscheint die nachträglich — d. h. nach der vom kompetenten Strafrichter gefällten Entscheidung, daß der Angeklagte des unerlaubten Nachdruckes schuldig und deshalb mit Strafe zu belegen sei, — von dem durch den Nachdruck Beeinträchtigten angebrachte Civilklage, auf Entschädigung ebenso noch statthaft, wie vor den zur Entscheidung über die vermögensrechtlichen Ansprüche überhaupt kompetenten Civilrichter gehörig. Das Gesetz v. 11. Juni 1837 steht dem nicht entgegen, da dasselbe die Kompetenz des Civilrichters nicht unbedingt und für alle Fälle ausgeschlossen hat. Erk. dess. vom 24. Juni 1867 (Entsch. Bd. LVIII, S. 120).

68d) (4. A.) Der Richter ist in seiner Entscheidung an das Gutachten des Sachverständigenvereins nicht gebunden. Pr. des Obertr. v. 13. Mai 1857, Nr. 5 (J.M.Bl. S. 294).

(4. A.) Die Einholung eines Gutachtens ist nicht wesentlich; wenn in dieser Beziehung von keiner Seite ein Antrag gestellt ist, kann der Instanzrichter davon abstehen und die Schätzung selbst vornehmen. Pr. des Obertr. v. 13. Oktbr. 1859, Nr. 3 (J.M.Bl. S. 431).

69) Der Mangel der Kenntniß derjenigen Sprache, worin das als Nachdruck bezichtigte oder das angeblich nachgedruckte Werk geschrieben ist, bei einem oder allen Mitgliedern des Vereins, schließt die Kompetenz desselben nicht aus; vielmehr müssen bei Fragen, deren Beantwortung Kenntnisse in besonderen Disziplinen voraussetzt, ihnen die Momente dazu durch Abhörung Sachverständiger in der einschlagenden Wissenschaft gewährt werden. Gutachten des Sachverständigenvereins v. 29. Dez. 1840. (Jur. Wochenschr. 1841, S. 501.)

69a) (4. A.) Der Herausgeber eines Werkes der Kunst, welcher in einem Bundesstaate den Schutz gegen Nachdruck dadurch erlangt hat, daß er die dort vorgeschriebenen Bedingungen erfüllte, hat sich alsdann in allen deutschen Bundesländern eines gleichen Schutzes zu erfreuen, wie ihn die Bundesbeschlüsse allgemein anordnen, oder wie die einzelnen Bundesländer ihn besonders gewähren. Dieses so für ganz Deutschland erworbene Recht kann derselbe alsdann durch einen Verlagsvertrag auf einen in einem anderen Bundesstaate wohnenden Verleger übertragen, so daß dieser nicht mehr nöthig hat, in seinem Staate jenes Recht durch Erfüllung der hier vorgeschriebenen Bedingungen zu erwerben. Pr. des Obertr. v. 13. Mai 1857, Nr. 1 (J.M.Bl. S. 294).

69aa) (5. A.) Auch schon vor ihrer Herausgabe. Erk. des Obertr. v. 18. Dezbr. 1863 (J.M.-Bl. 1864, S. 55).

*) (5. A.) Ein Original-Kunstwerk im Sinne dieses Gesetzes ist dasjenige, in welchem die individuelle künstlerische Idee zuerst zur Erscheinung gelangt. Die Nachbildung eines Kunstwerks in anderem Maßstabe ist daher kein Original. Erk. des Obertr. v. 24. Februar 1864 (J.M.Bl. S. 78).

**) (5. A.) Froriep, Schutz vor Nachbildung der Kunstwerke. Nach dem königl. preußischen Gesetz v. 11. Juni 1837 für Künstler und Kunstfreunde erläutert. Berlin 1839. Schnaase, über das künstlerische Eigenthum. Aus den Annalen für die Rechtspflege und Verwaltung. Trier 1843. A. W. Volkmann, die Werke der Kunst in den deutschen Gesetzgebungen zum Schutze des Urheberrechts. München 1855. O. Wächter, das Recht des Künstlers gegen Nachbildung und Nachdruck

§. 22. Unter gleicher Bedingung ist die Vervielfältigung von Skulpturen aller Art durch Abgüsse, Abformungen u. s. w. verboten.

§. 23. Hinsichtlich dieser Verbote, §§. 21 und 22, macht es keinen Unterschied, ob die Nachbildung in einer andern Größe, als das nachgebildete Werk, oder auch mit andern Abweichungen von demselben vorgenommen worden ist; es seien denn die Veränderungen so überwiegend, daß die Arbeit nicht als eine bloße Nachbildung, sondern als ein eigenthümliches Kunstwerk betrachtet werden könnte.

§. 24. Aufgehoben[69aaa]).

§. 25. Die Benutzung von Kunstwerken als Muster zu den Erzeugnissen der Manufakturen, Fabriken und Handwerke ist erlaubt.

Dauer des ausschließenden Rechts der Künstler, a) bei veräußertem Originale;

§. 26. Der Urheber eines Kunstwerks und seine Erben genießen die ihnen in den §§. 21 ff. zugesicherten, ausschließenden Rechte, so lange das Original in ihrem Eigenthume bleibt.

§. 27. Wollen sie in dieser Lage von dem ihnen ausschließend zustehenden Rechte der Vervielfältigung Gebrauch machen, und sich gegen die Eingriffe Anderer sichern, so haben sie von ihrem Unternehmen, ehe noch die erste Kopie an einen Andern abgelassen wird, zugleich mit der Erklärung, daß sie eine Vervielfältigung durch Andere, welche nicht die besondere Erlaubniß von ihnen erhalten haben, nicht zulassen wollen, dem obersten Kuratorium der Künste (Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten) Anzeige zu machen. Ist diese Anzeige und Erklärung erfolgt, so soll dem Künstler und seinen Erben das ausschließende Recht zur Vervielfältigung des Kunstwerks für die Dauer von zehn[69b]) Jahren zustehen[69bb]). Wenn daher ein Anderer das von dem Urheber oder dessen Erben bereits vervielfältigte Kunstwerk mittelst irgend eines Kunstverfahrens nachbilden und das Nachbild verbreiten will, so hat er zuvor eine amtliche Aeußerung des obersten Kuratoriums der Künste darüber einzuholen, ob eine Anzeige und Erklärung der obgedachten Art bei demselben abgegeben worden sei. Ist eine solche Anzeige und Erklärung unterblieben oder seit ihrer Abgebung ein Zeitraum von zehn[69c]) Jahren abgelaufen, so ist die Nachbildung erlaubt.

b) nach Veräußerung des Originals.

§. 28. Begeben sich der Urheber oder seine Erben des Eigenthums des Kunstwerks, ehe mit dessen Vervielfältigung ein Anfang gemacht worden ist, so geht, falls eine ausdrückliche Verabredung darüber nicht stattgefunden hat, das ausschließende Recht dazu gänzlich verloren. Es kann aber auf die Dauer von zehn[69d]) Jahren fortbestehen, entweder zu Gunsten des Urhebers oder seiner Erben, indem sie sich solches vorbehalten oder zu Gunsten des Erwerbers, indem sie ihm solches übertragen, in sofern nur in beiden Fällen gleichzeitig mit der Veräußerung eine Verabredung in glaubhafter Form darüber getroffen und davon dem obersten Kuratorium der Künste die obgedachte Anzeige gemacht wird.

Abbildungen von Original-Kunstwerken.

§. 29. Die Abbildung eines Kunstwerks[69dd]), welche durch ein anderes, als bei dem Original

---

seiner Werke. Nach den in Deutschland geltenden Rechten und den neuesten legislativen Anträgen dargestellt. Stuttgart und Tübingen 1859. F. J. Kühns, der Rechtsschutz an Werken der bildenden Künste. Eine Denkschrift im Namen der deutschen Kunstgenossenschaft. Berlin 1861. Goltdammer, die strafbare Nachbildung von Kunstwerken. Berlin 1864. Max Neumann, Beiträge zum deutschen Verlags- und Nachdrucksrechte bei Werken der bildenden Künste im Anschluß an die Frage vom Rechtsschutze der Photographie gegen Nachdruck. Berlin 1866.

69aaa) Ges. v. 20. Februar 1854, §. 4. (Zus. 34a.)

69b) (3. A.) Für die Lebensdauer des Urhebers und dreißig Jahre nach dem Tode desselben. Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845, Nr. 1 (oben Zus. zu Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 9. November 1837).

69bb) (4. A.) Der Urheber eines Kunstwerkes, welcher sich das ausschließliche Vervielfältigungsrecht nach Anleitung dieser Vorschrift gesichert hat, kann dasselbe in gültiger Weise auf einen Anderen übertragen, ohne daß es einer Anzeige dieses Uebertrages bei dem Kuratorium der Künste bedarf. Erk. des Obertr. v. 16. Mai 1863 (J.M.Bl. S. 158).

69c) (3. A.) S. die Anm. 69b.

69d) (3. A.) Diese Fristbestimmung ist in Gemäßheit des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1845, Nr. 1 (Anm. 69b) durch das Publ.Pat. vom 16. Jan. 1846 abgeändert.

69dd) (5. A.) Abbildungen eines Original-Kunstwerks sind auch dann geschützt, wenn sie nicht unmittelbar nach dem Original, sondern nach einer anderen Abbildung gefertigt sind. Erk. des Obertrib. v. 24. Febr. 1864 (J.M.Bl. S. 78).

angewendetes Kunstverfahren, z. B. durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt u. s. w. (§. 21), oder durch Abgüsse, Abformungen[69 ddd]) u. s. w. (§. 22), rechtmäßig[69 dddd]) angefertigt worden, darf nicht ohne Genehmigung des Abbildners oder seiner Rechtsnachfolger durch ein rein mechanisches Verfahren vervielfältigt werden[69 †]), so lange[69 e]) die Platten, Formen und Modelle, mittelst welcher die Abbildung dargestellt wird, noch nutzbar sind[69 ee]). Auch hierbei kommt die Bestimmung des §. 23 zur Anwendung.

Strafen und Untersuchungsverfahren.

§. 30. Die Vorschriften der §§. 10—16 sollen auch in Beziehung auf Kunstwerke und bildliche Darstellungen aller Art in Anwendung kommen.

Die im §. 10 vorgeschriebene Konfiskation ist auch auf die zur Nachbildung der Kunstwerke gemachten Vorrichtungen, als der Platten, Formen, Steine u. s. w. auszudehnen.

§. 31. Der Richter hat, wenn Zweifel entsteht, ob eine Abbildung unter die Fälle des §. 18 oder unter die des §. 21 gehöre, ob im Falle des §. 20 ein Musikstück als eigenthümliche Komposition oder als Nachdruck, in den Fällen der §§. 21—29 eine Nachbildung als unerlaubt zu betrachten, oder wie hoch der Betrag der dem Verletzten zustehenden Entschädigung zu bestimmen sei, und ob die im §. 29 als Bedingung gestellte Nutzbarkeit der Platten, Formen und Modelle noch stattfinde, in gleicher Weise, wie §. 7 verordnet ist, das Gutachten eines aus Sachverständigen gebildeten Vereins zu erfordern[69 f]).

Die Bildung solcher Vereine, welche vorzugsweise aus Kunstverständigen und geachteten Künstlern bestehen sollen, bleibt ebenfalls der im §. 17 erwähnten Instruktion vorbehalten.

5) Oeffentliche Aufführung dramatischer und musikalischer Werke.

§. 32. Die öffentliche[70]) Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen, oder mit unwesentlichen Abkürzungen, darf nur mit Erlaubniß des Autors, seiner Erben oder Rechtsnachfolger stattfinden, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist. Das ausschließende Recht, diese Erlaubniß zu ertheilen, steht dem Autor lebenslänglich und seinen Erben oder Rechtsnachfolgern noch zehn Jahre nach seinem Tode zu[71]).

§. 33. Aufgehoben[71 a]).

§. 34. Wer dem ausschließenden Rechte des Autors oder seiner Rechtsnachfolger zuwider ein

---

69 ddd) (5. A.) Die Anfertigung eines Gypsabgusses nach einer Marmorskulptur erfolgt in einem anderen Kunstverfahren als die Herstellung der letzteren. Ebd.

69 dddd) (5. A.) Das sind nur solche Abbildungen, welche von Originalwerken genommen sind, die selbst keines Schutzes genießen, sondern Gemeingut sind. — Damit eine solche Abbildung eines Original-Kunstwerks des Schutzes des §. 29 theilhaftig werde, bedarf es nicht einer Anmeldung desselben in Gemäßheit des §. 27. Ebd.

69 †) (5. A.) Der §. 29 gestattet in dem vorgesehenen Falle eine weitere Abbildung, verbietet aber jede mechanische Vervielfältigung, ohne dabei zu unterscheiden, ob diese in demselben oder in einem anderen Kunstverfahren erfolgt. Erk. des Obertr. v. 24. Febr. 1864 (J.M.Bl. S. 78).

69 e) (3. A.) Die Schutzfristen, welche der Beschl. der Bundesversammlung vom 19. Juni 1845, Nr. 1 gewährt, gelten auch hier, nach dem Publ.-Pat. vom 16. Januar 1846.

(4. A.) Die Bestimmung des §. 29 des Gesetzes v. 11. Juni 1837 ist als eine unbestimmte Frist d. h. als Gestattung eines Rechts bis zum Eintritte eines unbestimmten Ereignisses zu betrachten. Ihre fortdauernde Wirksamkeit kann erst dann in Frage kommen, wenn die bestimmte Schutzfrist der Bundesgesetze (30 Jahre, vergl. Bundesbeschluß X. v. 19. Juni 1845) abgelaufen ist, und es sich davon handelt, ob über sie hinaus die unbestimmte Frist des §. 29 noch laufe. Pr. des Obertr. v. 13. Mai 1857, Nr. 3 (J.M.Bl. S. 294).

69 ee) (4. A.) Die Platte eines Kupferstichs behält ihre Nutzbarkeit im Sinne des §. 29 auch dann, wenn einzelne von ihr auf galvanoplastischem Wege entnommene Tochterplatten auch diese Nutzbarkeit bereits eingebüßt haben sollten. Pr. des Obertr. v. 13. Mai 1857, Nr. 4 (J.M.Bl. S. 294).

69 f) (4. A.) M. s. oben die Anm. 68 b zu §. 17.

70) Nur die öffentliche, nicht die Aufführung in Privattheatern ist verboten, auch nicht die bloße Vorlesung.

71) Der Schriftsteller, welcher sein dramatisches Werk nicht durch den Druck öffentlich bekannt gemacht hat, ist berechtigt, jede ohne seine Genehmigung zu veranstaltende theatralische Aufführung seines Werkes zu verhindern, und, falls solche geschehen, Entschädigung zu fordern. Pr. des Obertr. v. 6. April 1835. (Simon, Rechtsspr. Bd. IV, S. 223.) Der Satz ist nun aber auf die öffentliche Aufführung zu beschränken. S. die vor. Anm.

71 a) Ges. v. 20. Februar 1854, §. 4 (Zus. 34 a).

noch nicht durch den Druck veröffentlichtes dramatisches oder musikalisches Werk öffentlich aufführt, hat eine Geldbuße von zehn bis hundert Thalern verwirkt.

Findet die unbefugte Aufführung eines dramatischen Werkes auf einer stehenden Bühne statt, so ist der ganze Betrag der Einnahme von jeder Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten, und ohne Unterschied, ob das Stück allein, oder verbunden mit einem andern, den Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, zur Strafe zu entrichten.

Von den vorstehenden Geldbußen fallen zwei Drittheile dem Autor oder seinen Erben, und ein Drittheil der Armenkasse des Orts zu.

§. 35. Das gegenwärtige Gesetz soll auch zu Gunsten aller bereits gedruckten Schriften, geographischen, topographischen und ähnlichen Zeichnungen, musikalischen Kompositionen und vorhandenen Kunstwerke in Anwendung kommen. 6) Allgemeine Bestimmungen.

Verordnung, betr. den Schutz gegen den Nachdruck für die vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837, erschienenen Werke[71b]). Vom 5. Juli 1844 (G.S. S. 261).

Wir ꝛc. verordnen zur Beseitigung entstandener Zweifel über den Schutz gegen Nachdruck für die vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Werke auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, was folgt:

§. 1. Der Schutz des G. v. 11. Juni 1837 soll auch für diejenigen vor Publikation desselben im Inlande erschienenen Schriften, Landcharten, Kupferstiche, topographischen Zeichnungen und musikalischen Kompositionen stattfinden, welche durch die damals[71c]) gültigen Gesetze gegen Nachdruck noch geschützt waren.

§. 2. Dieser Schutz dauert, wenn der Autor auf einer solchen Schrift u. s. w. (§. 1) genannt und bei Publikation des G. v. 11. Juni 1837 noch am Leben war, während seiner Lebenszeit und noch dreißig Jahre nach seinem Tode, in allen andern Fällen dreißig Jahre von Publikation jenes Gesetzes[71d]).

Dem Verfasser einer Schrift u. s. w., die entweder unter einem andern, als dessen wahrem Namen erschienen oder bei welcher gar kein Verfasser genannt ist, bleiben jedoch, wenn der wahre Name des Verfassers innerhalb funfzehn Jahren nach Publikation des angeführten Gesetzes auf die im §. 7 desselben bezeichnete Weise bekannt gemacht wird, die in diesem §. 7 bestimmten Rechte vorbehalten.

§. 3. Mit dem Ablaufe der im §. 2 bestimmten Frist hört in Ansehung aller vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Schriften u. s. w. jedes ausschließliche Recht zur Vervielfältigung derselben auf.

§. 4. Auf die im Auslande erschienenen Schriften u. s. w. finden die Bestimmungen §§. 1 u. 2 der gegenwärtigen Verordnung nur in eben dem Maße Anwendung, als die Gesetze des fremden Staats den in unsern Staaten erschienenen Werken gleiche Rechte gewähren.

§. 36. Dem Inhaber eines vor Publikation des gegenwärtigen Gesetzes ertheilten Privilegiums steht es frei, ob er von diesem Gebrauch machen, oder den Schutz des Gesetzes anrufen will.

---

71b) (3. A.) Diese V. soll eine Lücke des G. vom 11. Juni 1837 ausfüllen. Der §. 35 traf nach seinem Wortlaute auch solche Schriften, welche, da deren Verfasser schon längst gestorben, bereits ein Gemeingut geworden waren. Dadurch würden viele wohlerworbene Verlagsrechte, welche darauf beruhten, daß das ausschließliche Recht der Verfasser zur ausschließlichen Vervielfältigung erloschen war, unterdrückt worden sein. Diesen Zweifel beseitigt die gegenwärtige Verordnung.

71c) (4. A.) Unter den „damals gültigen Gesetzen" sind nicht die Bestimmungen des Bundesbeschl. v. 9. November 1837, sondern die Vorschriften des älteren Rechts zu verstehen. Erk. des Obertr. v. 22. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XX, S. 339).

71d) (4. A.) Der Zweck der Bundesbeschlüsse vom 9. Novbr. 1837, 19. Juni 1845 und vom 6. November 1856 ging nur dahin, ein Minimum des Schutzes des Autorenrechts gegen den Nachdruck zu gewähren. Dies gilt namentlich auch von dem Beschlusse vom 6. November 1856. Daher sind durch denselben weiter gehende Vergünstigungen der älteren preußischen Gesetze nicht beseitigt. Erk. des Obertr. v. 13. Oktbr. 1859 (J.M.Bl. S. 430).

§. 37. Alle diesem Gesetze entgegenstehende oder von ihm abweichende, frühere Vorschriften treten außer Kraft[72]).

§. 38. Auf die in einem fremden Staate erschienenen Werke soll dieses Gesetz in dem Maße Anwendung finden, als die in demselben festgestellten Rechte den in Unseren Landen erschienenen Werken durch die Gesetze dieses Staates ebenfalls gewährt werden[72a]).

34. Instruktion des königl. Staatsministeriums vom 15. Mai 1838 zur Bildung der, in den §§. 17 u. 31 des Gesetzes zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung v. 11. Juni 1837 erwähnten Vereine von Sachverständigen. (G.S. S. 277.)

In Gemäßheit der Bestimmungen des Gesetzes v. 11. Juni v. J. ertheilt das Staatsministerium zur Bildung der in §§. 17 u. 31 a. a. O. erwähnten Vereine von Sachverständigen folgende Instruktion:

1) Bis auf Weiteres werden Vereine von Sachverständigen, welche, auf etwaniges Erfordern der Gerichte, die in dem Gesetze v. 11. Juni v. J. beregten Gutachten über die Existenz eines Nachdrucks, eines unerlaubten Abdrucks und einer unbefugten Nachbildung, sowie über den eventuellen Betrag der zu leistenden Entschädigung in vorkommenden Fällen zu erstatten haben, für die ganze Monarchie nur in hiesiger Residenz errichtet.

2) Es werden drei solcher Vereine errichtet, von denen jeder aus sieben Mitgliedern, den Vorsitzenden mit eingerechnet, bestehen wird.

3) Der eine dieser Vereine hat die Bestimmung, in vorkommenden Fällen die Frage zu begutachten: ob eine Druckschrift (§§. 1, 2, 5—17 des alleg. Ges.) oder eine solche geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnung (§. 18), welche nach ihrem Hauptzwecke nicht für ein Kunstwerk zu erachten ist, als Nachdruck oder unerlaubter Abdruck zu betrachten, sowie welch ein Entschädigungsbetrag dem Verletzten eventuell zu gewähren sei? — Bei der Ernennung der Mitglieder dieses Vereins ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß sich darunter wenigstens zwei Buchhändler und zwar solche, die sich nicht ausschließend mit dem Sortimentshandel beschäftigen, und wenigstens zwei Schriftsteller befinden.

Für den im §. 18 des Ges. v. 11. Juni v. J. bezeichneten Fall ist zu den übrigen Mitgliedern noch ein im Voraus ein für allemal bestimmter Sachverständiger, welcher als Zeichner, Kupferstecher oder sonst mit der Anfertigung der im §. 28 a. a. O. erwähnten Abbildungen vertraut ist, als Mitglied hinzuzuziehen.

4) Der zweite Verein hat ausschließlich die Fragen zu begutachten: ob eine unerlaubte Vervielfältigung musikalischer Kompositionen vorhanden, ob ein Musikstück als eigenthümliche Komposition oder nach §. 20 a. a. O. als eine dem Nachdruck gleich zu achtende Bearbeitung zu betrachten, und in welchem Betrage eventuell die diesfällige Entschädigung zu leisten sei.

Dieser Verein wird aus Musikverständigen gebildet, unter denen sich wenigstens zwei Musikhändler befinden müssen.

5) Zur Beurtheilung des dritten Vereins, der aus Kunstverständigen, Künstlern, und wo mög-

---

72) Dies sind die §§. 1020, 1024—1028, 1030, 1033—1036 d. T. und die §§. 1294—1297 des nun ganz aufgehobenen Tit. 20, Th. II.

72a) (4. A.) Hierdurch entbehrt der deutsche Verleger, wenn er das Verlagsrecht eines z. B. früher in Frankreich erschienenen Werkes für Deutschland, sei es auch durch einen lästigen Vertrag, von dem Autor erworben, dennoch des Schutzes der hiesigen Gerichte. Der Autor, der in Frankreich ein Werk erscheinen läßt, kann, da er für seine Produktion in Preußen keinen Schutz findet, nach §. 101 der Einl. nicht mehr Rechte übertragen, als er selbst besitzt. Vergl. Erk. d. Obertr. v. 4. Juni 1856 (Goltdammer, Archiv, Bd. IV, S. 683).

Nach der Uebereinkunft zwischen Preußen und Belgien vom 28. März 1863, Art. 1, haben die Urheber von literarischen Werken, musikalischen Kompositionen, von Werken der Kunst ꝛc. „denselben Schutz und dieselbe Rechtshülfe gegen jede Beeinträchtigung ihrer Rechte zu genießen, als wenn diese Beeinträchtigung gegen die Urheber solcher Werke begangen wäre, welche zum ersten Male in dem Lande selbst veröffentlicht worden sind, vorausgesetzt, daß in dem Ursprungslande die zum Schutze des Eigenthums an Werken der Literatur oder Kunst gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllt sind (Art. 3)." (G.S. S. 428.) — Ebenso nach dem Vertrage mit England, vom 13. Mai 1846 (G.S. S. 343).

lich auch aus Kunsthändlern, welche zugleich Kunstverständige sind, gebildet werden soll, gehören die Fragen: ob eine Abbildung unter die Fälle des §. 18 oder die des §. 21 des Ges. v. 11. Juni v. J. zu rechnen, ob in den Fällen der §§. 21—29 a. a. O. eine Nachbildung als unerlaubt zu betrachten und wie hoch der Betrag der dem Verletzten zustehenden Entschädigung zu bestimmen sei, endlich ob die im §. 29 a. a. O. als Bedingung gestellte Nutzbarkeit der Platten, Formen und Modelle noch stattfinde.

6) Jedem dieser drei Vereine wird eine Anzahl von wenigstens vier Stellvertretern für etwa abwesende oder sonst verhinderte Mitglieder beigegeben.

7) Die Ernennung sowohl der Vorsitzenden, als auch der Mitglieder, sowie der Stellvertreter erfolgt, nach vorgängiger Kommunikation mit dem Königl. Justizministerium, durch das königl. Min. der G., U. und Med. Ang. Letzteres hat auch zu bestimmen, welches der betr. Mitglieder in jedem Vereine den Vorsitzenden in Behinderungsfällen zu vertreten habe.

8) Nach erfolgter Ernennung werden die Vorsitzenden, Mitglieder und Stellvertreter durch das k. Stadtgericht auf diesfälligen Antrag des königl. Ministerii der G., U. und Med. Angel. als Sachverständige ein für allemal vereidigt.

9) Das Gericht, welches die Erstattung eines Gutachtens durch einen der drei Vereine für erforderlich hält, übersendet einen Status causae et controversiae nebst dem Corpus delicti und dem Gegenstande, mit welchem Letzteres verglichen werden soll, an das königl. Minist. für U. und Med. Angel. behufs der Vorlegung an den betr. Verein. Die zu vergleichenden beiden Gegenstände müssen jedoch vorher durch Anhängung des Gerichtssiegels oder auf andere Art so bezeichnet werden, daß die Identität nicht zweifelhaft werden kann, und jeder Verwechselung vorgebeugt ist[73]).

---

73) Das C. R. v. 25. Februar 1849 verordnet folgendes Verfahren bei Einholung der Gutachten der Sachverständigenvereine, unter Bezugnahme auf die Vorschriften des Ges. v. 11. Juni 1837, §§. 15—19, 30 und 81 und der Instrukt. v. 15. Mai 1838, N. 9:

„a) Die Vorschrift Nr. 9 der Instrukt. vom 15. Mai 1838 gilt für alle Fälle, in welchen die Einholung eines Gutachtens stattfindet:

α) vor der Einleitung der förmlichen Untersuchung, wenn es dem Richter bei der Prüfung der Denunziation und bei der vorläufigen Erörterung der Sache auf die Feststellung des objektiven Thatbestandes ankömmt; und

β) im Laufe der Untersuchung, wenn von einem der Betheiligten, oder vom Richter darauf angetragen wird.

b) Die Erfordernisse des mitzutheilenden status causae et controversiae ergeben sich aus der Natur und dem Zwecke desselben. Es muß daraus hervorgehen, über welche der Anklage zum Grunde liegende Thatsachen der Verletzte und der Denunziat einig sind, und über welche dieser Umstände sie streiten. Jene auf beiderseitigem Einverständnisse beruhenden Thatsachen sind daher in dem stat. caus. et controv. in einer zusammenhängenden Darstellung (species facti) vorauszuschicken, und demnächst in einzelnen Streitfragen diejenigen thatsächlichen Punkte, über welche eine Einigung nicht stattgefunden hat, anzugeben.

c) Die Entwerfung des stat. caus. et controv. kann daher nicht eher erfolgen, als bis beide Theile, der Verletzte und der Angeschuldigte, vollständig gehört worden sind.

d) Hiernach haben die Gerichte:

α) bevor sie zur Feststellung des objektiven Thatbestandes ein Gutachten des Sachverständigenvereins einfordern, allemal den Angeschuldigten über den Inhalt der Denunziation zu hören, und mit Zuziehung des Verletzten, es sei der Verleger oder der Autor oder dessen Erben, auf deren Antrag nach §. 15 des Gesetzes vom 11. Juni 1837 die Untersuchung nur eingeleitet werden soll, den stat. caus. et controv. in der vorstehend angegebenen Art zu reguliren; demnächst aber

β) bei Einholung des Gutachtens (nach Nr. 9. der Instrukt. vom 15. Mai 1838) dem Ministerium der G. x. Ang. den stat. caus. et controv. mit einzusenden.

e) Zur Ausführung dieser Bestimmungen ist zu bemerken:

α) Für die Gerichte der Landestheile, wo die A. G.O. gilt (einschließlich des Ostrheinischen Theils des Reg.-Bez. Koblenz). (Diese auf Tit. 35, Abschn. 2 der Pr.-O. verweisende Vorschrift fällt weg. Es wird analogisch nach lit. γ zu verfahren sein.)

β) Für die Gerichte in Neuvorpommern und Rügen wird durch die V. vom 18. Mai 1839 (G.S. S. 207) keine Abweichung von den oben angestellten allgemeinen Bestimmungen erforderlich.

γ) Für die Gerichte im Bezirke des Appellat. Hofes zu Köln.

αα) Vor Einleitung der förmlichen Untersuchung besorgt der Untersuchungsrichter die Regulirung des stat. caus. et controv. und berichtet an das Minist. d. G. x. Angelegenheiten.

10) Sobald der Antrag auf Erstattung eines sachverständigen Gutachtens durch Vermittelung des königl. Minist. der G., U. und Med. Angel. an den Vorsitzenden des betreffenden Vereins gelangt ist, ernennet derselbe zwei Mitglieder, welche unabhängig von einander ihre Meinung schriftlich abzugeben und solche demnächst dem Vereine mündlich vorzutragen haben. Nach stattgehabter Berathung erfolgt durch Stimmenmehrheit der Beschluß. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

11) Zur Fassung eines gültigen Beschlusses ist die Anwesenheit von wenigstens fünf Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden und der etwa zugezogenen Stellvertreter, erforderlich.

12) Nach Maßgabe des gefaßten Beschlusses wird das Gutachten ausgefertigt und von den bei der Beschlußfassung anwesend gewesenen Mitgliedern des Vereins unterschrieben. Einer Unterssiegelung bedarf es nicht.

13) Das Gutachten wird dem königl. Minist. der G., U. und Med. Angel. durch den Vorsitzenden eingereicht, von dem Minist. die Unterschrift der Mitglieder legalisirt und demnächst das Gutachten an das betr. Gericht gesendet.

14) Der Verein ist befugt, an Gebühren für das Gutachten 5 bis 50 Rthlr. zu liquidiren, welche von dem Gerichte wie andere baare Auslagen zu berichtigen sind. Dem Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten bleibt die Anordnung wegen Vertheilung der Gebühren überlassen[74]). Stempel werden zum Gutachten nicht verwandt.

15) Die nähere Ausführung vorstehender Instruktion bleibt dem königl. Minist. der G., U. und Med. Angel. überlassen.

34ª. Gesetz, betr. die Abänderung einiger Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1837, über den Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung. Vom 20. Febr. 1854. (G.S. S. 93.)

Wir ꝛc. verordnen zur Abänderung des Gesetzes zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837 unter Zustimmung der Kammern, für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

---

ββ) Entsteht die Nothwendigkeit der Einholung des Gutachtens erst bei Verhandlung der Sache vor Gericht, so ist in dem dessen Einholung anordnenden Urtheile zugleich ein Kommissar zu ernennen, der den stat. caus. et controv. mit Zuziehung beider Theile zu entwerfen hat, worauf der stat. caus. an den Oberprokurator abzugeben, welcher denselben mit dem von ihm zu erstattenden Berichte an das Minist. der G. ꝛc. Ang. einreicht. (J.M.Bl. 1842, S. 106.)"

(4. A.) Die allg. V. des J.M. vom 11. September 1858 erinnert an diese Bestimmungen und weiset darauf hin, daß, bevor zur Regul. des stat. caus. et controv. geschritten werden kann, sämmtliche Parteien über die Sache selbst vernommen sein müssen; daß ferner die Regul. des stat. caus. et controv. nicht von den Beamten der Staatsanwaltschaft vorgenommen werden kann, vielmehr gerichtlich, und zwar unter Zuziehung der Parteien erfolgen muß; und daß endlich die Unterzeichnung des regulirten stat. caus. et controv. als eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens anzusehen ist. (J.M.Bl. S. 298.)

74) Beschluß des Staatsministeriums v. 15. Oktober 1856 (G.S. S. 873). (4. A.) Diese Gebühren sind nach erfolgter Festsetzung sofort durch die Salarienkasse zu berichtigen und bei dem dazu bestimmten Fonds definitiv zu verausgaben, ohne die Einziehung derselben von der zahlungspflichtigen Partei abzuwarten. Die Zahlung ist durch direkte Uebersendung des Gebührenbetrages an den in der Mittheilung des Gutachtens namhaft gemachten Vorsitzenden des Vereins zu bewirken, und bei der Absendung die Rubrik „portofreie gerichtliche Geldsendung" anzuwenden, weil die gedachten Vereine zur Erhebung der Gebühren am Orte der Kasse, nach §. 2, Nr. 3 des Regul. vom 3. Januar 1858 (J.M.Bl. S. 51) nicht verpflichtet sind. Allg. V. des J.M. v. 17. Juli 1858 (J.M.Bl. S. 234). (5. A.) Diese Anordnung ist durch die Allg. V. vom 28. November 1862 in Erinnerung gebracht. (J.M.Bl. S. 318.) — Zur Vereinfachung des Geschäftsganges bei Berichtigung dieser Gebühren ist die Einrichtung getroffen, daß derartige Gebühren aus der Generalkasse des Min. der geistlichen ꝛc. Angelegenheiten an die Empfangsberechtigten vorschußweise gezahlt werden. Die Gerichte sind in Folge dessen angewiesen, unmittelbar nach Eingang der den Gutachten beigefügten Liquidationen die in Rede stehenden Gebühren in allen Fällen an jene Generalkasse einzusenden. Die Ausgabepost ist durch die Quittung dieser Kasse zu belegen. Allg. Verf. vom 11. März 1864 (J.M.Bl. S. 74).

§. 1. Wird ein Kunstwerk, das durch die Malerei oder eine der zeichnenden Künste hervorgebracht ist, mittelst der plastischen Kunst, oder umgekehrt, dargestellt, so ist eine solche Darstellung nur dann als eine verbotene Nachbildung zu betrachten, wenn sie auf rein mechanischem Wege erfolgt[75]).

§. 2. Veröffentlicht der Autor eines dramatischen oder dramatisch-musikalischen Werkes sein Werk durch den Druck, so kann er sich und seinen Erben das ausschließende Recht, die Erlaubniß zur öffentlichen Aufführung zu ertheilen, durch eine mit seinem darunter gedruckten Namen versehene Erklärung vorbehalten, die jedem einzelnen Exemplare seines Werkes auf dem Titelblatte vorgedruckt sein muß. Ein solcher Vorbehalt bleibt wirksam auf Lebenszeit des Autors selbst und zu Gunsten seiner Erben oder Rechtsnachfolger noch zehn Jahre nach seinem Tode.

§. 3. Wer ohne die nach §. 2 erforderliche Erlaubniß gedruckte dramatische oder dramatisch-musikalische Werke öffentlich aufführt, hat eine Geldbuße von fünf bis funfzig Thalern verwirkt. Findet die unbefugte Aufführung auf einer stehenden Bühne statt, so ist die Hälfte der Einnahme von jeder Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten und ohne Unterschied, ob das Stück allein, oder verbunden mit einem andern, den Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, zur Strafe zu entrichten. Von diesen Geldbußen fallen zwei Drittheile dem Autor oder seinen Erben, und ein Drittheil der Armenkasse des Orts, an welchem die Aufführung stattgefunden hat, zu.

§. 4. Die §§. 24 und 33 des Gesetzes vom 11. Juni 1837 treten außer Kraft.

## Neunter Abschnitt.

### Von Schenkungen.

Ueber Gemeines Recht:

Hellfeld, Jurisprudentia forensis etc. §§. 1694 sqq. Von älteren Schriften besonders: Donellus, Commentarii juris civilis, Lib. V, cap. 2, §. 10; Lib. XIII, cap. 22, §§. 7, 8; Lib. XIV, Cap. 26—32. Von Neueren: Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum (1823, 1824) IV. ed., III Vol. Halae 1838, §§. 440—445. F. W. L. v. Mayerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach Römischem Recht. 1r Bd. 1835; 2r Bd. 1ste Abtheilung, Marburg 1837. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, Bd. I, §. 23, S. 203 flg. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. IV, Berlin 1841, S. 1 bis 297. Heimbach sen., Schenkung (donatio), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 641 flg.

Ueber Preußisches Recht:

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. III, §§. 242 flg. Mein Recht der Forderungen, 2te Ausg. Bd. III, Berlin 1859, §§. 251 flg.

§. 1037. Schenkungen sind Verträge[1]), wodurch Einer dem Andern das Eigen- Begriffe und Grundsätze.

75) (4. A.) Darstellungen plastischer Kunstwerke durch eine zeichnende Kunst sind gegen Nachbildungen dritter Personen geschützt, wenn sie nicht auf rein mechanischem Wege erfolgt sind. Erk. des Obertr. vom 16. Mai 1863 (J.M.Bl. S. 156).

1) Dieser §. definirt nur ein einzelnes Mittel, wodurch die Schenkung verwirklicht wird (donatio perficitur), aber nicht die Schenkung selbst. Schenkung aber ist die beabsichtigte Bereicherung des Einen durch Verlust des Anderen, mittelst eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Zu jeder Schenkung gehören mithin zwei Personen: der Schenker, welcher einen Gegenstand seines Vermögens unentgeltlich veräußert und dadurch verliert; und der Beschenkte, welcher diesen Gegenstand unentgeltlich erwirbt und dadurch sein Vermögen vermehrt. Als Mittel zum Zwecke einer Schenkung können die verschiedenartigsten Vermögensverhältnisse dienen. Alle Schenkungen lassen sich bewirken durch Verschaffung eines dinglichen Rechts (dando), durch Verschaffung eines Forderungsrechts (obligando), und durch Befreiung von einer Schuld oder Last (liberando). M. s. die den Gegenstand nach allen Seiten erschöpfende Abh. von v. Savigny, im System, Bd. IV, S. 1 ff. Der §. 1037 spricht nur von der einen Gestalt, in welcher eine Schenkung zur Erscheinung kommen kann, nämlich von der Verbindlichmachung des Schenkers gegen den Beschenkten, oder dem Verschaffen eines Forderungsrechts des Letzteren an den Schenker (Schenkungsversprechen). Der Inhalt der Forderung ist für das Wesen der Schenkung unerheblich; die Forderung kann auf alle mögliche Gegenstände des Vermögensrechts gehen: auf Verschaffung von Eigenthum, oder eines anderen dinglichen Rechts, oder eines Forderungsrechts an einen Dritten. Unerwähnt bleiben hier, im §. 1037, die beiden Formen der Tradition und der Liberation. Daß aber auch dando geschenkt werden könne, setzen die §§. 1040, 1052, 1053 und §§. 1065, 1149 d. T. u. a. voraus, und die Form der Liberation ist in einer anderen Stelle, nämlich im §. 393, Tit. 16 unter der Entsagung eines bereits erworbenen Rechts in soweit mitbegriffen, als es sich um die Liberation des Beschenkten von einer Schuld an den Schenker

thum einer Sache oder eines Rechts[2]) unentgeltlich zu überlassen[3]) sich verpflichtet.

§. 1038. Auch bei Schenkungen erlangt der Geschenknehmer das Eigenthum des Geschenks erst durch die Uebergabe[4]). (Tit. 10, §§. 1, 18—25.)

---

handelt. Dagegen wird der Schenkung in der Gestalt der Liberation des Beschenkten von der Schuld an einen Dritten, durch baare Zahlung oder durch Expromission nirgend gedacht. Dies ist konsequent. Denn durch diese einseitigen Rechtshandlungen kann eine Schenkung deshalb nicht vollzogen werden, weil das A. L.R. bei allen Schenkungen die Acceptation für nothwendig erklärt (§. 1058), mithin eine einseitige Schenkung nicht kennt. Vielmehr haben die erwähnten Handlungen stets eine Regreßklage (aus Mandat oder negotiorum gestio) zur Folge. Tit. 14, §§. 341, 406 und Tit 16, §. 45. Das hat den Sinn, daß, wenn der Zahler oder Expromittent in der Absicht, den Schuldner liberando zu beschenken, handelte, diese Absicht so lange keine rechtliche Folge hat, bis sie gegen den Schuldner ausgesprochen und von diesem acceptirt worden, also in einen Vertrag zwischen dem Schenker und dem Beschenkten übergegangen ist. v. Savigny a. a. O. S. 294. Denn bis dahin, wo die Acceptation des Bedachten hinzutritt, ist nichts geschehen, was zur Vollziehung (Perfektion) einer Schenkung gehört. Nach juristischer Konsequenz würde aber dennoch dem Zahler oder Expromittenten keine Regreßklage zustehen, denn es ist auch nichts geschehen, was die Perfektion eines anderen Rechtsverhältnisses zur Folge haben könnte: eine Schenkung ist nicht geworden, da die Acceptation fehlt, ein Forderungsrecht für den Handelnden ist aber auch nicht begründet, weil darauf die Absicht nicht gerichtet war. Das praktische Resultat würde mithin, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dem einer gültigen Schenkung doch ganz gleich sein, ohne die Bestimmungen des §. 406, Tit. 14 und §. 45, Tit. 16. Nur vermöge derselben kann der Handelnde seine ursprüngliche Gesinnung hinterdrein ändern und die actio negotiorum gestorum gebrauchen. Die Gesetzgebung hätte zu diesem Resultate auch bei Anerkennung einer einseitigen Schenkung gelangen können, wenn sie den Widerruf derselben unbedingt freigestellt hätte.

2) Nicht bloß eine einzelne Sache oder Recht, sondern auch das ganze Vermögen kann verschenkt werden. Vergl. §. 1087 d. T.

3) Zu übertragen, wird gemeint, durch Tradition (§. 1038) und beziehungsweise durch Abtretung (Cession). Auch das beschränkte Eigenthum einer Sache kann zum Zwecke einer Schenkung übertragen werden, namentlich auch der ideale Theil einer pro indiviso besessenen Sache. v. Savigny IV, S. 109. Kein landrechtlicher Grundsatz steht entgegen. Das Obertr. sagt in einem Erk. v. 22. August 1840 (Ulrich, Arch. Bd. VIII, S. 173), daß Gegenstände einer fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft nicht Gegenstände einer Schenkung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern sein könnten, weil der überlebende Ehegatte und die Kinder Eine Person repräsentirten, eine Schenkung unter ihnen mithin als eine solche anzusehen sei, welche Jemand an sich selbst verrichte; zu einer Schenkung aber zwei Personen gehörten. Der Vordersatz ist unrichtig; unter sich repräsentiren die Gemeinschafter so viel Personen (Parteien), als an der Gemeinschaft Theil nehmen; sie können also unter sich jedes Rechtsgeschäft über die gemeinschaftlichen Sachen, z. B. die Auseinandersetzung, sehr wohl abschließen. Warum also nicht auch z. B. die Ueberlassung einer Sache an den Einen oder den Anderen zum Zwecke der Schenkung? Wäre der Grund, welcher der Schenkung entgegenstehen soll, eine Wahrheit, so könnten die Gemeinschafter nimmermehr auseinander kommen; denn eine Person kann mit sich selbst auch keinen Theilungsrezeß schließen. Die allgemeine Gütergemeinschaft wirkt aber unter den Theilnehmern andere Modifikationen der Rechte und Uebereignungsarten, ohne die Möglichkrit einer Beschenkung des Einen auszuschließen. — Nicht weniger können fremde Sachen als Mittel zur Schenkung dienen; der Beschenkte erwirbt dadurch als selbstständiges Geschenk das Besitzrecht und kann überdies das Eigenthum pro donato ersitzen, die sonstigen Bedingungen der Verjährung durch Besitz vorausgesetzt.

Die Tradition einer Sache und die Ueberweisung eines Rechts ist in allen ihren verschiedenen Gestalten anwendbar. Die Tradition kann mithin zum Zwecke der Schenkung auch brevi manu, oder durch constitutum possessorium, oder durch Anweisung und durch Auftrag mit Erfolg vollzogen werden. Ebenso die Uebertragung eines noch nicht vorhandenenen Rechts an einen Dritten dadurch, daß dasselbe unmittelbar auf den Namen des Beschenkten begründet wird, indem dieser an dem Vertrage Theil nimmt (vergl. o. §§. 671, 672); und eines schon vorhandenen Rechts, außer der Cession, auch durch Expromission und Delegation. Auf einen Fall der Anwendung der Delegation zum Zwecke der Schenkung bezieht sich das Pr. des Obertr. 1709, v. 21. Februar 1846: „Bei verbrieften Forderungen ist es eine gültige Uebergabe, wenn der Gläubiger die Urkunde dem Schuldner zurückgiebt, diesen eine neue Obligation auf den Namen des — Beschenkten ausstellen läßt, und Letzterer solche annimmt." (Entsch. Bd. XIII, S. 190.) Vergl. L. 2, §. 1 D. de don. (XXXIX, 5); L. 11 C. eod. (VIII, 54.) Der Mangel der schriftlichen Form auf der Seite des Schenkers (Deleganten) wird hier ersetzt, in seinem Verhältnisse zu dem Schuldner, durch Vollziehung des dem Schuldner gegebenen mündlichen Auftrags zur Expromission, und in seinem Verhältnisse zu dem Beschenkten durch die Quasitradition der Forderung. §. 1090 d. T.

4) Denn die Schenkung ist kein Erwerbungsmittel, sondern ein Resultat, zu dessen Erzielung

§. 1039. Bloße Verzichtleistungen auf ein zwar angefallenes, aber noch nicht wirklich übernommenes [5]), ingleichen auf ein zweifelhaftes Recht, sind nach den Regeln von Schenkungen nicht zu beurtheilen.

§. 1040. Daß eine Sache als ein Geschenk gegeben worden, wird nicht vermuthet [6]).

Wann die Absicht von Schenkungen vermuthet werde.

---

man sich der Uebergabe und anderer Rechtsgeschäfte als Mittel bedienen kann, wobei die Schenkung als justa causa wirkt. S. die Anm. 1. Der Ausspruch unseres §. 1038 hat aber noch einen anderen Sinn; er steht in Verbindung mit dem vorhergehenden §. 1037 und sagt, daß, wenn nicht durch die Uebergabe, sondern durch die Begründung eines Forderungsrechts auf Uebergabe einer Sache (Schenkungsversprechen) geschenkt wird, das Eigenthum der versprochenen Sache nicht schon durch das Schenkungsversprechen übertragen werde, sondern von der Uebergabe abhängig sei, wie bei jedem anderen Titel, welcher ein Recht zur Sache giebt.

(4. A.) Nachdem der Schenker das geschenkte Geld dem Vormunde des Beschenkten zur Aufbewahrung übergeben hat, ist er nicht mehr berechtigt, über die, wenngleich verzinsliche und hypothekarische Ausleihung des Geldes zu verfügen. Erk. des Obertr. v. 28. Novbr. 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XI, S. 71).

5) Nach dem Begriffe der Schenkung muß der Schenker aus seinem bereits erworbenen Vermögen etwas veräußern, er muß Verlust haben. Anm. 1. Unterlassene Erwerbungen, wenngleich sie aus Wohlwollen gegen einen Anderen, um diesem den Gegenstand zukommen zu lassen, unterblieben, sind keine Veräußerungen, mithin enthalten sie keine Schenkung. Damit steht der Satz dieses §. in Einklang. Der §. 393, Tit 16 äußert sich scheinbar widersprechend: „Eine — Entsagung eines bereits erworbenen, ingleichen eines zwar künftigen, aber doch so beschaffenen Rechts, daß der Anfall desselben dem Entsagenden gewiß war, ist einer Schenkung gleich zu achten." Der scheinbare Widerspruch verschwindet bei der richtigen Beziehung der beiden Stellen. Unser §. 1039 ist namentlich von angefallenen, aber noch nicht angetretenen Erbschaften zu verstehen, obgleich in der Bestimmung keine konsequente Anwendung des Grundsatzes von der Erwerbung einer Erbschaft auf den Begriff der Schenkung zu finden ist, da nach pr. R. zur Loswerdung einer Erbschaft eine positive Handlung, die Entsagung, erforderlich ist (§. 368, Tit. 9), folglich die Entsagung eine wahre Veräußerung eines schon wirklich erworbenen Gegenstandes, gleich einer Dereliktion, enthält, während es nach R. R. sich gerade umgekehrt verhält. Die zweite Stelle dagegen, der §. 393, Tit. 16, handelt von der Tilgung und Aufhebung obligatorischer Rechte, insbesondere von dem pactum remissorium und erkennt, wie schon gesagt (Anm. 1), die Schenkung auch in der Form der Liberation an. (Vergl. das Obertr. in den Entsch. Bd. VIII, S. 250 ff.) Der §. 393 spricht von zweierlei Rechten, die er als Gegenstand einer Schenkung gleich stellt: von „bereits erworbenen", und von „zwar künftigen, aber doch so beschaffenen, daß der Anfall — gewiß war". Nur hinsichtlich der zweiten Klasse kann Zweifel über die Beziehung sein, namentlich darüber: ob darunter nicht eben dieselben Rechte gemeint sein möchten, welche in unserem §. 1039 als „zwar angefallene, aber doch nicht wirklich übernommene" bezeichnet werden. Der Zweifel verliert sich bei der Betrachtung, daß der §. 393 lediglich einen Satz aus der Lehre von den Arten der Tilgung obligatorischer Verbindlichkeiten enthält. An welche Rechte man bei den „zwar künftigen aber ꝛc." gerade gedacht habe, ist freilich nicht zu wissen; denn der Ausdruck paßt weder auf bedingte, noch auf betagte (ex die). Vielleicht ist die Restitution eines Fideikommisses (ich meine nicht ein Familienfideikommiß) im Sinne gewesen. Jedenfalls ist hier von obligatorischen Rechten und deren vertragsmäßiger Entsagung Rede, so daß die Entsagung als Mittel zur Vollziehung einer Schenkung dient. Vergl. über die Form das Pr. 801 (Pl.-Beschl.) in der Anm. zu §. 393, Tit. 16.

6) Die in den §§. 1040—1045 gegebenen Bestimmungen behufs Feststellung des animus donandi beziehen sich alle nur auf die eine von den verschiedenen Gestalten, in welchen die Schenkung in die Erscheinung treten kann, nämlich auf die Uebergabe (Anm. 1). Mittels dieses Rechtsgeschäfts kann eine Schenkung stillschweigend vollzogen werden; andere Rechtsgeschäfte, welche man als Mittel zum Zwecke einer Schenkung anwenden kann (Vertrag oder Schenkungsversprechen, Uebereignung eines schon bestehenden Rechts, Liberation), vermögen schwerlich ohne in die Sinne fallende Aeußerung des Willens vollzogen zu werden. Deshalb bedarf es bei der Schenkung in der Form des Gebens (dare, Tradition), und nur bei dieser, gesetzlicher Bestimmungen, wodurch dem Richter ein die Thatsache betreffender Anhalt gegeben wird, wenn über die bei einem stumm vollzogenen Geben gehegte Absicht hinterdrein Parteistreit entsteht. Für andere Rechtsgeschäfte sind die hier gegründeten Vermuthungen nicht vorgeschrieben, weil sie dabei völlig entbehrlich. Wenn z. B. Jemand für den Anderen eine Schuld bezahlt, so können diese Vorschriften schon deswegen, weil das A. L.R. in dieser Form die Schenkung nicht anerkennt (Anm. 1), keine Anwendung finden — die Unanwendbarkeit auf diesen Fall spricht auch das Obertr. in dem Pr. 1004, vom 17. April 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 88, Nr. 1) aus. — Denn wollte man auch die Absicht der Schenkung, aus den Umständen oder aus den persönlichen Verhältnissen, vermuthen, so würde das ganz fruchtlos sein, weil jene Absicht

§. 1041. Wo eine besondere persönliche[7]), obschon nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit vorhanden ist, da wird vermuthet, daß das ohne Vorbehalt[8]) Gegebene[9]) in der Absicht, solches zu schenken, gegeben worden.

§. 1042. Was also[10]) Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister und Eheleute, einander ohne Vorbehalt geben, wird für geschenkt angesehen, so lange nicht ein Anderes aus den Umständen[11]) erhellet, oder durch besondere Gesetze bestimmt ist (Th. II, Tit. 1, Abschn. 5)[12]).

---

allein keine rechtliche Folge haben soll, und daher bei dem Mangel der Acceptation eine Schenkung nicht zu Stande gekommen wäre. Es bleibt mithin lediglich bei dem wirklich vollzogenen Rechtsgeschäfte, der negotiorum gestio. §. 406, Tit. 14 und Anm. 1 zu §. 1037 d. T. Nach R. R. ist es anders: darnach kann in dieser Form Jemand wider sein Wissen und Willen beschenkt werden. L. 14 D. de don. (XXXIX, 5); L. 2 i. f. C. de rei vind. (III, 32); L. 23 D. de solut. (XLVI, 3). Welche andere justa causa einem stumm, oder unter einer zweifelhaften Willenserklärung, vollzogenen Geben unterliegt, muß, wenn keine Vermuthung für eine Schenkung zutrifft, aus den Umständen gefunden werden.

7) Eine besondere persönliche Pflicht zur Wohlthätigkeit, d. i. eine durch Familienverhältnisse gegründete, im Gegensatze zur allgemeinen christlichen und menschlichen Pflicht, auf welche im §. 1043 und 1044 gleichfalls eine Vermuthung gegründet wird. Vergl. unten, Anm. zu §. 234, Tit. 2, Th. II.

8) Ohne Vorbehalt, d. h. eben ohne alle Erklärung oder unter zweifelhafter Erklärung, so daß die eigentliche Absicht, in welcher gegeben und angenommen worden (die causa), ungewiß ist. Vergl. auch die Entsch. des Obertr. vom 27. Septbr. 1839, im Schl. Arch. Bd. IV, S. 368. Wäre die Absicht beim Geben ausgesprochen worden, so könnte das dadurch vollzogene Rechtsgeschäft hinterdrein einseitig nicht verändert werden. Hätte z. B. Jemand dem Anderen in der gewissen Absicht, schenken zu wollen, eine Sache gegeben, so würde es ganz vergeblich sein, wenn er nach der Annahme noch einen Vorbehalt nachholen wollte.

9) S. o. die Anm. 6. Dem „Gegebenen" ist auch das Geleistete (Anm. 11) und ausdrücklich Gestattete in dieser Beziehung gleichzustellen. (5. A. Angenommen von dem Obertr. in dem Erk. vom 2. November 1865, Archiv f. Rechtsf. Bd. LX, S. 253.) Nicht aber kann von Schenkung auch unter den also verbundenen Personen Rede sein, wo die Person, aus deren Vermögen das Geschenk kommen soll, dasjenige, was sie an den Anderen kontraktlich zu fordern hatte, zu fordern eine Zeit lang unterlassen hat, wie seltsamerweise ein Appell.-Gericht erkannt hat (Erk. des Obertr. vom 9. Februar 1865, Arch. für Rechtsf. Bd. LVII, S. 222), oder wo diese Person sich passiv bei der Entziehung des Gegenstandes verhält, z. B. wenn der Andere durch Geschäftsbesorgung etwas an sich genommen hat. Ueber einen solchen Fall entscheidet das Erk. des Obertr. v. 13. März 1846 (Ulrich, Arch. Bd. XII, S. 265) sachgemäß. Die Frage ist nicht zweifelhaft.

10) Also enthält dieser §. eine bloße Anwendung des im vorhergehenden §. 1041 ausgesprochenen Prinzips: daß unter den Personen, welche durch Familienverhältnisse mit einander in Verbindung stehen, Schenkung zu vermuthen sei, wenn die bezeichnete Voraussetzung zutrifft. Treffend sagt daher das Pr. des Obertr. 260, v. 27. Mai 1837: „Die Vermuthung der Schenkung beschränkt sich nicht bloß auf die im §. 1042 bezeichneten Verwandten; er bezeichnet nur einzelne Fälle, in denen diese Vermuthung eintritt." Dies ist z. B. auch bei Verschwägerten, namentlich in dem Verhältnisse zwischen Schwiegersohn und Schwiegereltern der Fall, wie gleichfalls das Obertr. in dem Erk. v. 26. Novbr. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 164) folgerichtig ausgesprochen hat. Vergl. den in gleichem Sinn entschiedenen Rechtsfall zwischen Verschwägerten in Ulrich, Arch. Bd. IV, S. 61. Historisch zu erwähnen ist, daß ein Erlaß des J.M. vom 18. Januar 1841 (J.M.Bl. S. 56) das Gegentheil behauptet.

11) Z. B. wenn ein Sohn seinem Vater häusliche Dienste, jedoch nur gegen die mündliche Zusicherung der künftigen Hofesfolge geleistet hat, der Hof aber später einem anderen Sohne übergeben wird (Pr. des Obertr. v. 13. Okt. 1838 in Ulrich, Arch. Bd. V, S. 605); oder wenn der Geber Schuldner des Empfängers ist. Pr. d. Obertr. v. 27. Sept. 1839 (Schl. Arch. Bd. IV, S. 368) und Pr. 2217, v. 7. Juni 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 284 und 288). Vergl. auch Erk. v. 24. September 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 332).

(4 A.) Diesen Vorschriften (§§. 1041 — 1045) läßt sich der Fall nicht unterordnen, in welchem Jemand die Schuld eines Anderen einseitig aus eigenen Mitteln ohne Vorbehalt bezahlt. Ein Geschenk des Zahlers an den Schuldner wird, auch bei einer zwischen Beiden bestehenden, im §. 1042 bezeichneten, Verwandtschaft resp. Verbindung, durch eine solche Handlung noch nicht existent, vielmehr ist nach §. 45, Tit. 16 das dadurch zwischen diesen Personen entstandene Rechtsverhältniß, wenn nicht ein der Absicht der Freigebigkeit an sich entgegenstehendes Mandat zur Bezahlung vorliegt, nach den Regeln von der negotiorum gestio zu beurtheilen; der Zahler hat unmittelbar ex lege (§. 46,

§. 1043. Ebenso[13]) wird bei dem, was einem Armen zu seinem Unterhalte gegeben worden, die Absicht solches zu schenken vermuthet.

§. 1044. Ein Gleiches findet statt, wegen solcher Gelder und Sachen, die an Armenanstalten und milde Stiftungen ohne weiteren Vorbehalt abgeliefert worden.

§. 1045. Was unter Umständen gegeben worden, wo sich gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt[14]), ist gleichfalls für geschenkt anzusehen.

Schenkungsverträge, welche den lästigen gleich zu achten.

§. 1046. Wenn die Gesetze Jemanden zu Handlungen, die an sich eine bloße Freigebigkeit enthalten würden, in Beziehung auf gewisse Personen oder Verhältnisse ausdrücklich verpflichten: so werden die zur nähern Bestimmung dieser Pflicht geschlossenen Verträge den lästigen gleich geachtet[15]).

§. 1047. Wenn also Personen, welche eine andere auszustatten nach den Gesetzen schuldig sind, derselben eine gewisse Summe oder Sache zur Ausstattung, oder auch zum Brautschatze ausdrücklich versprochen haben, so ist ein darüber in rechtsgültiger Form[16]) abgefaßter Vertrag für einen lästigen anzusehen.

---

Tit. 16) von dem Schuldner Ersatz des statt seiner gezahlten Betrages zu fordern. Erk. des Obertr. v. 15. November 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 87). — Diese Verbindung des Nachsatzes mit dem Vordersatze als einer Folge von Diesem ist unjuristisch. Das Rechtsprinzip der negotiorum gestorum actio und das der actio „ex lege (§. 46 Tit. 16)" stehen von einander ganz unabhängig neben einander, ohne alle innere Verwandtschaft oder Zusammengehörigkeit. Die actio n. g. ist eine ursprüngliche Klage, gleich der actio mandati; die aus §. 46 a. a. O. zustehende Klage dagegen ist eine cedirte Klage, nämlich ebendieselbe, welche dem bezahlten Gläubiger zustand. Vergl. die Anm. zu §. 46, Tit. 16.

12) Die hier bezeichneten besonderen Gesetze sind die §§. 314 ff. a. a. O.

13) Ebenso, d. h. unter denselben Voraussetzungen. Keineswegs wird durch das „ebenso" eine Herleitung dieser hier gegründeten Vermuthung aus dem Prinzipe des §. 1041 angedeutet, wie das Obertr. in seiner Entsch. Bd. XI, S. 414 meint; vielmehr hat diese Vermuthung einen anderen allgemeineren Grund als „eine besondere persönliche Pflicht". S. o. die Anm. 7. Zwischen einem Armen als solchem und Anderen besteht keine besondere persönliche Pflicht zur Wohlthätigkeit, wohl aber die sehr allgemeine religiöse gegen alle Menschen. Auf diese gründet der §. 1043 eine besondere Vermuthung. Aber die Vermuthung wird ebenso ausgeschlossen wie jene nach §. 1042, also z. B. auch durch den Umstand, wenn der Geber der Schuldner des Empfängers ist, daher bei dem Verpfleger die Vermuthung nicht eintritt, wenn der Verpflegte eine Forderung an ihn hat, zumal der Verpflegte, so lange die Forderung nicht konsumirt ist, sich nicht einmal im Zustande der Armuth befindet. Pr. des Obertr. vom 2. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. IV, S. 121.) — In allen Fällen aber ist jede Vermuthung für eine Schenkung ausgeschlossen, wo der Geber civilrechtlich verbunden ist, das Gegebene zu geben. Was also z. B. öffentliche, zur Unterstützung Hülfsbedürftiger verpflichtete Anstalten denselben gewähren, ist nicht als geschenkt anzusehen. Pr. des Obertr. v. 5. September 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 410).

14) Z. B. wenn unter aufgenöthigten Höflichkeitsbezeugungen, aus Gastfreundschaft und auf Einladung zu Besuchen oder Genüssen, gegeben wird. Ueber einen solchen Fall entscheidet das Erk. des Obertr. vom 13. Januar 1838 (Jur. Wochenschr. 1838, S. 729) in Anwendung dieses §. 1045.

(4. A.) Ueberhaupt alsdann, wenn die Absicht zu schenken zwar nicht erklärt, aber doch erweislich vorhanden gewesen ist. Der Beweis der thatsächlich vorhanden gewesenen, wenngleich nicht erklärten Absicht des Gebers, zu schenken, kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Ueber die Anwendung dieser Sätze s. m. das Erk. des Obertr. vom 2. Oktober 1855 (Arch. für Rechtsf. Bd. XVIII, S. 171).

15) Was Jemand zu geben verpflichtet ist, das schenkt er nicht, wenn er es giebt. S. die Anm. 13 a. E. Die Widerruflichkeit ist folglich ausgeschlossen.

16) Diese ist die allgemeine Vertragsform. Daher kann auch derjenige, der dem anderen Theile eine unbewegliche Sache unter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form nicht mehr anfechten, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat. Pl.-Beschl. (Pr. 1631) des Obertr. v. 7. November 1845. (Entsch. Bd. XII, S. 31.) Vergl. Anm. 18. — (3. A.) Aber ein wesentliches Erforderniß bleibt unter allen Umständen, daß „eine gewisse Summe oder Sache" versprochen worden. Deshalb kann derjenige, der mit einem Anderen die Vereinbarung getroffen, dessen Pflegetochter gegen Zuwendung der Hälfte seines Nachlasses zu heirathen, nachdem er die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat, nicht auf Erfüllung klagen, weil die versprochene Gegenleistung eine unbestimmte, selbst eine ungewisse ist, die sogar der Willkür des Verpflichteten, indem dieser es so einrichten kann,

§. 1048. Auch wenn ein Fremder[17]) unter der Bedingung, oder zum Zwecke einer zu schließenden Ehe[18]), einem oder dem andern der künftigen Eheleute etwas in rechtsgültiger Form[18a]) versprochen hat, ist ein solcher Vertrag einem lästigen gleich zu achten.

§. 1049. Was aber nur bei Gelegenheit einer Eheverbindung versprochen worden[19]), hat, wenn dabei eine bloße Freigebigkeit zum Grunde liegt, die Natur einer Schenkung.

---

daß er gar nichts hinterläßt, abgesehen davon, daß selbst die „Zuwendung" auf den Todesfall ein Akt der freien Willkür, anheim gegeben ist. §. 71, Tit. 5; Erk. des Obertr. v. 5. Oktbr. 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 398). (4. A.) Gleiche Unklagbarkeit ist vorhanden, wenn eine Parzelle von einem Grundstücke als Mitgift formlos versprochen worden: dies ist nichtig, wenn auch darauf die Heirath vollzogen worden ist.

17) S. die vor. Anm. — Die Bestimmung dieses §. ist rein positiv; sie steht nicht im organischen Zusammenhange mit anderen Instituten oder Rechtsgrundsätzen. Etwas Aehnliches kennt das R. R. in der Dos, welche ein Fremder dem Ehemanne giebt oder verspricht. Darin liegt durchaus keine Schenkung des Gebers an den Mann, aber es ist eine Schenkung an die Frau, denn diese erwirbt dadurch die dotis actio gegen den Mann, ohne ihre Theilnahme, selbst ohne ihr Wissen. L. 9, §. 1, L. 33 i. f., L. 43, §. 1 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 5, §. 5 D. de doli exc. (XLIV, 4); L. un. §. 13 C. de rei uxor. act. (V, 13). In dieser Weise kann das Geschäft nach den Grundsätzen des A. L.R. nicht vollzogen werden. Einestheils giebt es keine Dos im Sinne des R. R., welche die Frau dem Manne zu bestellen verpflichtet wäre, so daß der Mann für seinen Theil, von dem Fremden nur das erhielte, was ihm zukäme, während die Freigebigkeit des Fremden lediglich die Frau anginge. Anderentheils kann die Frau nicht ohne Acceptation an dem Gegebenen oder Versprochenen Theil nehmen. Was mithin ein Fremder dem Ehemanne aus bloßer Freigebigkeit giebt oder verspricht, das kommt ihm allein zu gut und ist in Wahrheit ein Geschenk, es soll aber, nach der positiven Bestimmung unseres §. 1048, dafür nicht angesehen werden, d. h. eine solche Freigebigkeit ist der für Schenkungen vorgeschriebenen Form nicht unterworfen und kann auch nicht wie eine Schenkung widerrufen werden. Soll das Gegebene oder Versprochene im Falle der Auflösung der Ehe der Frau zufallen, so muß diese zugezogen werden; die einseitige Bestimmung des Gebers würde der Frau keinen Anspruch gegen den gewesenen Ehemann geben.

18) Diese Vorschrift erfordert nicht, daß der, welchem zum Zwecke oder unter der Bedingung einer zu schließenden Ehe etwas versprochen wird, bereits verlobt sei, oder eine bestimmte Wahl getroffen habe. Pr. des Obertr. 765, vom 29. Nov. 1839. (5. A.) Vergl. Anm. 16. Es liegt im Begriffe des in §. 1048 vorausgesetzten lästigen Vertrages — sagt das Obertr. —, daß das unter der Bedingung oder zum Zwecke einer zu schließenden Ehe Versprochene und die Schließung der Ehe sich als Leistung und Gegenleistung darstellen müssen, sowie im Begriffe des im §. 165, Tit. 5 vorausgesetzten mündlichen Vertrages, daß das Versprechen der Eingehung der Ehe, als Hauptgegenstand des Vertrages, von der einen Seite und das Versprechen von der anderen Seite als die Vergütung für die Erfüllung dieses Versprechens erscheint. Diese Auffassung liegt auch dem Pl.-Beschl. vom 7. November 1845 (Anm. 16) nach seinen Motiven zum Grunde. Nun ist aber allerdings in jedem einzelnen Falle nach den vorwaltenden Umständen zu ermessen, inwiefern das Versprechen zu dem Zwecke der zu schließenden Ehe erfolgt und in dieser Richtung der diesfällige Vertrag geschlossen war. Erk. dess. vom 16. November 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 161). D. h. kurz: es ist eine Frage thatsächlicher Natur: ob das vorliegende Versprechen ein Versprechen der Ehelichung einer bestimmten dritten Person als Leistung von einer Seite und eine promissio dotis als Gegenleistung von der anderen Seite im Sinne des §. 1048 sei. Vergl. die folg. Anm. 18a.

18a) (5. A.) Der §. 1048 hat nur den Zweck, auszudrücken, daß auch aus einem bloß schriftlichen Versprechen die Klage auf Erfüllung wie aus einem lästigen Vertrage stattfinde und nicht der Einwand gemacht werden dürfe, daß das eine bloße Freigebigkeit in sich schließende Versprechen zu seiner Gültigkeit die gerichtliche Abfassung erfordere, wie der §. 1063 bezüglich der reinen Schenkungsverträge vorschreibt. Setzt somit der §. 1048 ein Versprechen in rechtsgültiger Form voraus, so war auch, da es sich um eine Summe von mehr als 50 Thlr. handelt, nach der als Regel geltenden Vorschrift der §§. 133 ff., I, 5 die schriftliche Abfassung nöthig. Die Ausnahme, daß bei Verträgen über Handlungen ein mündlicher genügt, sobald die Handlung geleistet worden (§. 165 a. a. O.), ist nach der Feststellung des Appellationsrichters hier ausgeschlossen, weil in dem vorliegenden Versprechen der 200 Thlr., sofern der Kläger die N. N. heirathe, die zum Wesen jenes Vertrages gehörige Voraussetzung, daß der Kläger die Heirath der N. N. dem Beklagten als Gegenleistung oder Bedingung versprochen, fehle. Erk. dess. vom 28. Januar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 71).

19) Gleichviel, ob von dem anderen Ehegatten, oder von einem Dritten.

§. 1050. Verträge zwischen Eheleuten, wodurch Einer dem Andern gewisse Vortheile auf den Todesfall bestimmt, sind nicht als Schenkungen, sondern als lästige Verträge zu betrachten[20]).

§. 1051. Wenn wechselseitige Schenkungen unter Lebendigen geschehen sind, so muß jede Schenkung für sich, nach den von Schenkungen überhaupt vorgeschriebenen Regeln, beurtheilt werden.

§. 1052. Wenn jedoch ein Theil das dem andern versprochene oder gegebene Geschenk auch aus einem an sich gesetzmäßigen Grunde widerruft; so muß der Andere wegen desjenigen, was er von seiner Seite in Ansehung des von ihm versprochenen Geschenks, wirklich gegeben, oder geleistet hat, vollständig entschädigt werden[21]).

§. 1053. Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenknehmer zu leisten-

---

20) Diese Verträge gehören überhaupt nicht zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Die Bestimmung hat nur die Bedeutung, daß der Widerruf ausgeschlossen sein soll.

21) Was man sich bei dieser Bestimmung, die eigentlich mit dem vorhergehenden §. 1051 nicht harmonirt, juristisch gedacht hat, ist nicht bekannt. Eine wahre wechselseitige Schenkung giebt es nicht. Macht Einer dem Anderen ein Geschenk, so kann er dazu wohl durch die Hoffnung bewogen werden, daß der Andere sich dadurch veranlaßt finden werde, ihm wieder ein Geschenk zu machen, nichts desto weniger aber ist die erste Handlung eine wahre Schenkung. Wird der Andere wirklich dadurch bestimmt, Jenem wieder etwas zu schenken, so ist dies eine remuneratorische Schenkung, die das R. R. gleichwohl als wahre Schenkung behandelt. Die scheinbar widersprechende L. 25, §. 11 D. de hered. pet. bezieht sich nicht darauf, sondern auf den Umfang der Leistungen des Erbschaftsbesitzers. v. Savigny IV, S. 92 ff. und v. Meyerfeld, Lehre von Schenkungen, I, S. 369 ff. Die Neueren haben aber daraus den Begriff einer wechselseitigen Schenkung, welche zu den lästigen Verträgen gehören soll, entnommen. Darauf beziehen sich einige Monita gegen den Entwurf, in welchem die wechselseitige Schenkung ganz übergangen war. Hierüber äußert Suarez in der revis. monit.: „Es wollen einige Monenten, daß alle donationes reciprocae als lästige Verträge betrachtet werden sollen. Dies kann man aber unmöglich annehmen, wenn man nicht zugeben will, daß die ganze Legislation über die Schenkungen vereitelt werde. Ich glaube, daß solche Schenkungen allen anderen gleich behandelt zu achten sind, und das einzige Singuläre dabei stattfindet, daß, wenn der Eine revozirt, der Andere wegen dessen, was er auf seine Schenkung schon gegeben oder geleistet hat, vollständig entschädigt werden müsse." In Folge dessen wurden die beiden §§. 1051, 1052 eingeschaltet. (Ges.-Rev. Pens. XIV, S. 186.) Die erste Stelle entspricht völlig den Grundsätzen des R. R.; die zweite Stelle hingegen bringt die wechselseitigen Schenkungen gewissermaßen auf den Stand, welchen die Monenten wollten, aber es ist unklar, wie das gemeint ist. Man kann es zunächst zweifelhaft finden: ob jedem der beiden Schenker zugestanden sein soll, wegen des Gegebenen oder Geleisteten Entschädigung zu fordern, wenn der Andere mit Erfolg widerruft. Denn auf den Vorschenker paßt der Grund des Gesetzes nicht; es war, als er durch sein Geschenk die Dankbarkeit des Anderen zu gewinnen versuchte, völlig ungewiß, ob der Andere durch ein Gegengeschenk sich dankbar erweisen würde; der Vorschenker konnte nichts fordern und es wird wohl als völlig zweifellos angesehen werden, daß er seine Schenkung aus dem Grunde allein, weil kein Gegengeschenk erfolgte, niemals hätte widerrufen können, wenn es auch ganz gewiß geworden, daß er ein solches nicht zu erwarten habe. Diese in sofern von Anfang unwiderrufliche Schenkung soll hinterdrein den Charakter einer zu vergeltenden Leistung annehmen, wenn zufällig ein Gegengeschenk folgt. Das liegt außer dem Bereiche der Jurisprudenz. Dennoch ist dies, nach dem Wortlaute, der Inhalt des Gesetzes. Hiernächst ist zu fragen: ob, nachdem der Eine seine Schenkung widerrufen, die Schenkung des Anderen, lediglich wegen jenes Widerrufs, auch soll ganz widerrufen (aufgehoben) werden können, oder ob sie fortbestehen soll, nämlich als Innominatkontrakt (ein juristischer Widerspruch), und Entschädigung für das Geleistete soll gefordert werden dürfen. Die zweite Eventualität führt zur offenbaren Rechtsverletzung, indem der Beschenkte gezwungen wird, die geschenkt erhaltene, noch im unveränderten Zustande vorhandene Sache, die ihm vielleicht zu gar nichts nütze ist, zu behalten und mit einer schweren Summe Geldes zu bezahlen, für die er freiwillig niemals nur einen Groschen ausgegeben haben würde. Dieser Grund nöthigt, sich für die erste Eventualität zu entscheiden. Dann aber, fragt sich weiter, warum diesem Gegenschenker nicht ebenso nur obliegen soll, die noch vorhandene Sache in ihrem dermaligen Zustande zurückzugeben, gleichwie er selbst gehalten ist, die von ihm gegebene Sache, so wie sie ist, zurückzunehmen. Nach der Fassung des Gesetzes ist er berechtigt wie verpflichtet, die noch vorhandene Sache zurückzugeben, aber doch verpflichtet, die Verschlechterungen zu vergüten, weil er die Wiederaufhebung der beiderseitigen Schenkungen veranlaßt hat und der Andere darunter nichts verlieren soll. — Man hat sich diese Verhältnisse nicht in ihrem wahren Zusammenhange klar gedacht.

den Bedingung, oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzweck[22]) versprochen, oder gegeben worden, sind, im zweifelhaften Falle, den lästigen Verträgen gleich zu achten.

§. 1054. Wenn jedoch aus den Umständen klar erhellet[23]), daß die Bestimmung oder der Endzweck nur zum Scheine beigefügt worden, so ist dergleichen Schenkung auch in Ansehung der Befugniß zum Widerrufe, nach den allgemeinen Grundsätzen von Schenkungen überhaupt zu beurtheilen.

§. 1055. Doch muß, wenn ein Widerruf aus gesetzlichen Gründen erfolgt, und die Bedingung oder der Zweck nicht zum eigenen Vortheile des Beschenkten beigefügt waren, alles, was Letzterer zu deren Erfüllung gethan, oder geleistet hat, demselben nach dem höchsten Werthe vergütet worden.

§. 1056. Zielt die beigefügte Bedingung, oder der bestimmte Zweck lediglich zum Besten des Beschenkten[24]) ab, so kann eine solche Schenkung gleich jeder andern widerrufen werden.

§. 1057. Liegt jedoch der Grund des Widerrufs nicht in dem eigenen Verschulden des Beschenkten; und hat dieser, in Rücksicht auf die Schenkung, Handlungen vorgenommen, oder Einrichtungen getroffen, die ihm jetzt bei erfolgendem Widerrufe, schädlich werden: so kann er deshalb von dem Geschenkgeber Entschädigung[25]) fordern.

---

22) Donatio sub modo. Dieses Rechtsgeschäft ist aus Schenkung und Verpflichtung vermischt (negotium mixtum); die Bereicherung wird durch die auferlegte Verpflichtung zum Theil wieder aufgehoben. Die Verpflichtung kann bestehen in einer Leistung an den Schenker, oder an einen Dritten, oder in einer Leistung im öffentlichen oder kirchlichen Interesse. Betrifft der Modus nur die Verwendung des Geschenks zum Besten des Beschenkten, so ist das Rechtsgeschäft eine reine und wahre Schenkung. §. 1056. Darauf beruht das folgerechte Pr. 1715 des Obertr. vom 27. Febr. 1846: „Das aus reiner Freigebigkeit ertheilte Versprechen, Jemanden während seines Ausbildungsstadiums bei einer öffentlichen Behörde zu unterhalten oder zu unterstützen, von Seiten solcher Personen, die überhaupt keine gesetzliche Verpflichtung zur Erziehung resp. Alimentation haben, ist nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen, und bedarf daher zur Klagbarkeit der gerichtlichen Form." (Entsch. Bd. XIII, S. 182.)

Das R. R. behandelte die donatio sub modo als Schenkung, d. h. sie war den Formen und den positiven Einschränkungen der Schenkung unterworfen, doch so, daß, wenn deswegen eine Ungültigkeit oder ein Widerruf zur Durchführung kam, das auf die Schenkung Geleistete abgezogen werden durfte. L. 49 D. de don. inter vir. (XXIV; 1); L. 5, §. 9 D. de jure dot. (XXIII, 3). Wegen Erfüllung der Auflage hatte der Schenker, wenn er ein eigenes Vermögensinteresse dabei hatte, — außer dem Falle der Stipulation — stets die actio praescriptis verbis, wie aus einem Innominatkontrakte. Wenn aber eine Leistung an einen Dritten oder eine Handlung, bei der kein Einzelner ein Geldinteresse hat, auferlegt war; so konnte er im Falle der willkürlichen — unverschuldete Unmöglichkeit befreite — Nichtleistung nur das Geschenk, condictione causa data, zurückfordern. L. 3, §. 8 C. de cond. ob causam (IV, 6). Der Dritte hatte, wenn er dem Vertrage nicht beigetreten war, nach älterem Rechte keine Klage, nach neuerem Rechte hatte er eine actio utilis (L. 3 C. de don. quae sub modo, VIII, 55), über deren Vorbild Meinungsverschiedenheit ist. Diese praktische Seite der donatio sub modo behandelt das A. L.R. anders: eine solche Schenkung soll, nach unserem §. 1053, schlechtweg wie ein lästiger Vertrag angesehen werden. Daraus folgt: 1. Sie ist weder der Form, noch dem Widerrufe einer Schenkung unterworfen; 2. der Geber kann schlechthin auf Gegenleistung (Erfüllung des Modus) klagen, im Falle derselbe nicht in einer Leistung an ihn selbst besteht, auch dann, wenn er kein besonderes Geldinteresse dabei hat, ebenso wie nach R. R., auch anerkannt von dem Obertr. durch das Pr. 1571, vom 10. Mai 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 150); 3. der Dritte hat, wenn er bei dem Vertrage nicht zugezogen worden ist, kein Klagerecht. §. 74, Tit. 5 und die Anm. dazu.

23) Es soll also dem Richter aus den Umständen wahrnehmbar sein. Direkter Beweis durch Eidesdelation ist damit ausgeschlossen.

24) S. o. die Anm. 22 zu §. 1053.

25) Die Entschädigung muß so weit reichen, daß der Beschenkte in die Lage kommt, in welcher er sich befunden haben würde, wenn er nicht beschenkt worden wäre. Eine solche Entschädigung wird jedoch in manchen Fällen gar nicht zu ermessen sein. Gesetzt, ein junger Mensch hätte eine donatio alimentorum auf gewisse Jahre erhalten, um zu studiren. Ohne dieselbe wäre er Professionist geworden, als welcher er sich schon im zwanzigsten Jahre hätte ernähren können. Er hat es in diesem

§. 1058. Bei allen [26]) Schenkungen ist, wie bei andern [27]) Verträgen eine ausdrücklich oder durch Handlungen erklärte Annahme nothwendig. (Tit. 5, §. 78 sqq.) Wie Schenkungsverträge geschlossen werden.

§. 1059. Doch sind die Worte [28]) und Handlungen des Andern, im zweifelhaften Falle, so zu deuten, daß er das Geschenk dadurch habe annehmen wollen.

§. 1060. Wenn der Beschenkte wegen Kindheit, Krankheit, oder sonst wegen Mangels am Verstande [29]), die Absicht, das Geschenk anzunehmen, nicht äußern kann, so kann ein jeder Dritter dasselbe zu seinem Besten acceptiren [29a]).

§. 1061. Ein noch nicht angenommenes Geschenk kann von den Erben dessen, für den es bestimmt war, wider den Willen des Schenkenden nicht mehr rechtsgültig acceptirt werden.

§. 1062. Wie weit der Beschenkte nach dem Tode des Schenkenden noch annehmen könne, oder die Erben des Letzteren diesen Antrag anzunehmen [30]) befugt sind, ist nach den allgemeinen Grundsätzen von der Acceptation überhaupt zu beurtheilen. (Tit. 5, §§. 90—108.)

§. 1063. Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen [32]) werden. Form derselben [31]).

---

Alter aber erst bis zum Abgange zur Universität gebracht, nun ihm die Schenkung entzogen wird. Er hat jetzt keine Mittel zum Unterhalte und ist auch nicht im Stande, sich den Unterhalt durch Arbeit zu verdienen; der Verlust der Schulzeit seit dem 14. Jahre wird ihm nun schädlich. Wie soll dieser entschädigt werden? Ich meine: auf diesen Fall findet der, freilich sehr unbestimmte, Satz gar keine Anwendung. Der Beschenkte ist jetzt, hinsichtlich seines Unterhalts, nicht schlimmer gestellt, als er es vor der Schenkung war; und die Schulwissenschaften, welche er in Folge des bisherigen Genusses der Schenkung erlernt hat, werden ihm nicht schädlich, sie können ihm nur Vortheil bringen.

26) Bei allen, ohne Ausnahme. Dadurch entsteht eine erhebliche Abweichung von dem R. R. Nach dessen Grundsätzen ist die Einwilligung des Beschenkten zwar auch in solchen Fällen nothwendig, wo die Schenkung durch ein Rechtsgeschäft vermittelt wird, welches die Natur eines Vertrages mit dem Beschenkten hat, wie namentlich Tradition (L. 55 D. de obl. et act. XLIV, 7), Schenkungsversprechen, Erlaßvertrag, aber nicht, weil die Schenkung als solche zu ihrer Vollendung der Acceptation bedürfte, sondern weil das Rechtsgeschäft, worin die Schenkung beruht, nicht ohne die Einwilligung des dadurch Beschenkten vollzogen werden kann. In Fällen aber, wo eine Rechtshandlung zur Schenkung angewendet wird, zu deren Vollziehung die Mitwirkung des Beschenkten nicht erforderlich ist, wie bei der Bezahlung einer Schuld, bei der Expromission, — da bedarf es zur Perfektion der Schenkung der Annahme des Beschenkten nicht. v. Savigny IV, 146, wo die Beweise gegeben sind. Nach den Grundsätzen des A. L.R. verhält es sich damit anders. S. oben die Anm. 1 zu §. 1037. Die Frage war unter den Neueren streitig.

27) Die Verf. des A. L.R. sind davon ausgegangen, daß die Schenkung ein einzelnes Rechtsgeschäft sei, welches die Natur eines Vertrages zwischen dem Schenker und dem Beschenkten habe. Daher halten sie die Acceptation bei diesem Vertrage, wie bei anderen Verträgen, für nothwendig. Vergl. die vor. Anm. Die Form der Annahme ist die allgemeine. Tit. 4, §. 94 und Tit. 5, §. 81, verb. mit §. 1059 d. T.

28) In der authentischen Ausgabe von 1817 steht hier, aus einem Druckfehler, „Werke" statt Worte.

29) Außer dem Falle eines solchen, in mangelhaften Geisteskräften liegenden, Hindernisses kann kein Dritter den Willen des Beschenkten ersetzen; geschieht es doch, so ist das Geschäft nichtig. Vgl. §. 88, Tit. 5. — — (4. A.) Die vom Vater seinem minderjährigen Kinde zwar nach der Theilung des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau, jedoch mit Rücksicht auf diese Theilung gemachte Schenkung kann auch von dem bestellt gewesenen Theilungskurator angenommen werden, — sagt das Obertr. v. 10. Mai 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 184). — Was dabei bedenkliches oder bedingtes wäre, ist nicht findbar. Mit oder ohne Rücksicht auf die Theilung, Theilungskurator oder nicht, — jeder Dritter hätte mit Erfolg acceptiren können, wenn der Beschenkte ein Kind war, wie der §. 1060 verordnet. War er aber nicht mehr in den Kinderjahren und demnach fähig, sich selbst zu erklären (§. 21, Tit. 4), so war der vormalige Theilungskurator zu dessen Vertretung schwerlich legitimirt.

29a) (4. A.) Aus einem Vertrage, wodurch ein Großvater einem bereits geborenen Enkel und denen, welche etwa noch später geboren würden, ein Grundstück schenkt, können, wenn ihn die Eltern der Beschenkten genehmigt haben, die nachgeborenen Enkel und deren Rechtsnachfolger Rechte gegen den erstgeborenen Enkel unmittelbar geltend machen. Erk. des Obertr. vom 26. Mai 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 114).

30) Muß heißen: „zurückzunehmen". R. vom 29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469).

31) Bei der Schenkung hat man von Alters her und fast bei allen civilisirten Völkern eine be-

§. 1064. Aus einem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage, kann daher in der Regel auf Erfüllung nicht geklagt werden[32a]).

§. 1065. Ist hingegen eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe[33]) dem

sondere Gefahr des Mißbrauchs einer vollkommenen Willensfreiheit gefunden, und daraus Anlaß genommen, die Freiheit des individuellen Willens bei dieser Handlung zu beschränken. Das R. R. hat zu diesem Zwecke drei ganz positive Regeln: Erschwerung der Willenserklärung durch positive Formen; Verbot der Schenkung unter Eheleuten; Gestattung des Widerrufs einer selbst vorschriftsmäßig, also gültig vollzogenen Schenkung in gewissen Fällen aus besonderen Gründen. Auch die Verfasser des A. L.R. haben die vollkommene Willensfreiheit des Individuums bei Schenkungen für gefährlich gehalten und Einschränkungen für zuträglich; von den vorgefundenen Mitteln haben sie aber zwei für ausreichend gehalten: die besondere Form und den Widerruf, wogegen das dritte Mittel, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, ganz aufgegeben worden ist. §. 1072. Von der Form wird hier in den §§. 1063—1069 gehandelt. Dieses Erschwerungsmittel ist bei weitem nicht so durchgreifend angewendet wie im R. R. Dieses fordert die Anwendung der Form, bei Strafe der Nichtigkeit, bei der Schenkung in allen Gestalten, welche sie anzunehmen fähig ist. Nicht so das A. L.R.: nur die Schenkung in der Gestalt des Schenkungsversprechens ist als solche einer positiven Form unterworfen. Bei der Schenkung durch Tradition und Quasitradition (Cession) schien den Verf. die Gefahr des Mißbrauchs der Willensfreiheit nicht so groß, um auch hier die besondere Form vorzuschreiben. Suarez sagt darüber in seinen Vorträgen über die Schlußrevision des Gesetzbuchs: „Da in der ganzen Lehre von Schenkungen hauptsächlich darauf gearbeitet worden, dem Leichtsinne, den Uebereilungen und den Unbesonnenheiten, die bei solchen Geschäften hauptsächlich vorfallen, möglichst vorzubeugen, so ist als ein solches Vorbeugungsmittel angenommen: daß aus pactis de donando, wenn sie außergerichtlich geschlossen werden, auf Erfüllung nicht soll geklagt werden können. Es giebt Leute, die sich sehr bedenken, wenn sie nur etliche Louisd'or baar aus ihrem Beutel weggeben sollen, die es aber gar nichts kostet, ein Versprechen, das erst in der Zukunft erfüllt werden soll, auszustellen und zu unterschreiben. Niemand verliert etwas durch obige Feststellung. Ist das Geschenk nicht übertrieben, sondern den Vermögensumständen des Donantis angemessen, so kann er es ja gleich geben. Kann er aber dies nicht, so ist solches ein Zeichen, daß das Geschenk ihn wirklich inkommodire und seinen Umständen nicht angemessen sei. Auf allen Fall bleibt ja noch der Weg der gerichtlichen Ausstellung übrig, wobei von Uebereilungen und ungestümen Zudringlichkeiten weit weniger zu besorgen ist." (Jahrb. Bd. XLI, S. 23.)

(5. A.) M. s. über die erschwerenden Formen: Donellus l. c. Lib. V, cap. 2, §. 10; v. Savigny a. a. O. S. 194 flg.; Heimbach sen. a. a. O. S. 697, Nr. II; Mein Recht der Forderungen, §. 233.

32) Wegen dieses Ausdrucks ist die gerichtliche Form auch für die Annahme behauptet worden. Die Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die Verbindlichmachung des Schenkers, auf das Schenkungsversprechen, wie aus Suarez' Erklärung (s. die vor. Anm.) erhellet und aus §. 1059 folgt, indem diese Vorschrift von allen Schenkungen gilt (§. 1058), also auch von Schenkungsversprechen, welche darnach durch Handlungen acceptirt werden können. Der Ausdruck „abschließen" hat hier dieselbe Bedeutung wie das „errichten" im §. 172, Tit. 5. Die Beschränkung der Vorschrift auf das Versprechen folgt außerdem aus dem Zwecke der Form, und aus den allgemeinen Grundsätzen über die Anfechtung formwidriger Verträge. Der Zweck ist, Leichtsinn und unbesonnene Uebereilungen zu verhüten, nicht etwa in der Person des Beschenkten bei der Annahme — dieser wird gar nicht verpflichtet, den versprochenen Gegenstand künftig anzunehmen, er kann trotz der Acceptation des Versprechens die Annahme der Erfüllung ablehnen. Und einen Vertrag wegen Mangels der Form kann nur die Partei, hinsichtlich welcher die Form nicht beobachtet worden ist, anfechten, weil nur diese nicht verbindlich gemacht worden ist. Ein vor einem Gerichtsdeputirten ohne Zuziehung eines Protokollführers oder eines Unterschriftszeugen von einem schreibkundigen Schenker und einem schreibunfähigen Beschenkten abgeschlossener Schenkungsvertrag kann darnach von dem Schenker nicht angegriffen werden, weil der acceptirende Beschenkte nur mit Kreuzen unterzeichnet hat, und seine Annahme nur als eine mündlich erklärte gilt. Wer aus diesem Grunde die Unverbindlichkeit des gerichtlichen Versprechens behaupten will, der muß entweder die absolute Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an behaupten, was ganz gewiß grundlos sein würde, da außergerichtliche Schenkungsverträge nur nicht klagbar sind (§. 1064), oder er müßte den Grund der Unverbindlichkeit des Versprechens darin finden, daß der Beschenkte auch seinerseits nicht an die Annahme gebunden wäre. Damit würde aber, konsequent, die Möglichkeit bestritten werden, ein Schenkungsversprechen überhaupt zum rechtsgültigen Dasein zu bringen, denn der Beschenkte kann niemals gezwungen werden, den ihm versprochenen Gegenstand anzunehmen, er ist auch an die in gerichtlicher Form erklärte Annahme nicht gebunden.

32a) (4. A.) Die schriftliche Erklärung des Vaters, Einem seiner Kinder eine bestimmte Summe zahlen zu wollen, welche dasselbe auf seinen väterlichen Antheil anzurechnen verpflichtet sein solle (II. 2, §§. 308, 327), stellt ein reines Schenkungsversprechen dar und ist mithin wegen mangelnder gerichtlicher Form unklagbar. Erk. des Obertr. vom 9. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 246).

33) Diese Vorschrift findet auch bei Rechten, welche nicht zu den unbeweglichen Sachen gehören, statt. Pr. des Obertr. 1710, vom 21. Febr. 1846.

Geschenknehmer bereits übergeben[34]) worden, so findet deren Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages[35]) nicht statt.

---

34) Bei Rechten (s. d. vor. Anm.) kommt es mithin auf die Vollziehung derjenigen Handlung an, auf welcher der Uebergang an den Beschenkten beruht.

a) Bei der Schenkung eines Forderungsrechts ist es die Cession oder Expromission, lediglich in der für sie als solche vorgeschriebenen Form. Eine Cession aus Freigebigkeit ist mithin rechtsgültig, wenn auch die ihr als causa praecedens zum Grunde liegende Schenkung nur mündlich geschlossen worden ist. Pr. des Obertr. v. 9. April 1847 (Schles. Arch. Bd. VI, S. 472) und Pr. v. 29. Okt. 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 56). Wiederholt ausgesprochen in dem Pr. 2230, vom 12. Juli 1850: Die Schenkung einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung wird, auch bei Uebergabe des Dokuments, durch eine bloß mündliche Schenkungserklärung noch nicht perfekt und wirksam; es gehört vielmehr dazu eine schriftliche Erklärung des Geschenkgebers, durch welche der Geschenknehmer in den Stand gesetzt wird, über die Forderung als über die seinige zu verfügen. (Entsch. Bd. XX, S. 128.) Es versteht sich jedoch, daß die Cessionshandlung als solche völlig perfekt und rechtsgültig sein muß; es genügt daher weder die bloße Uebergabe des Dokuments in Fällen, wo zur Cession eine schriftliche Erklärung wesentlich ist (§. 394 d. T. und die Anm. dazu, und das soeben mitgetheilte Pr. 2230, womit die Entsch. des Oberamts-Reg. zu Lübben, vom 21. Juli 1809, in Mathis, Bd. VIII, S. 388 ff. zu vergleichen), noch ist die in gehöriger Form abgefaßte Erklärung wirksam, so lange der Erklärende solche dem Anderen nicht einhändigt. So ist z. B., wenn Jemand eine verbriefte Schuldforderung durch Cession erwirbt, das Cessionsinstrument nicht auf seinen Namen, sondern auf den eines Dritten in der Absicht ausstellen läßt, diesem Dritten die Schuldforderung zu schenken, sodann das Schuld- und Cessionsinstrument in seiner Gewahrsam behält und, wenn auch mündlich, doch nicht schriftlich, erklärt, daß er die Dokumente für den Dritten besitze, — durch diese Handlungen (eine Uebertragung des Forderungsrechts, folglich) eine rechtsgültige Schenkung noch nicht zu Stande gekommen. Pr. des Obertr. v. 9. April 1833 (Entsch. Bd. II, S. 260). S. auch die folg. Anm. 35, Abs. 2. (5. A.) Auch ein Sparkassenbuch kann nicht durch bloße körperliche Uebergabe desselben geschenkt werden, wenn es auf einen Namen lautet. Denn alsdann ist es, obgleich die Rückzahlung der Einlage an den Inhaber geleistet werden kann und muß, doch kein Inhaberpapier, sondern nur eine Beweisurkunde über ein dem benannten Gläubiger zustehendes Forderungsrecht und der Inhaber ist ein bloßer Zahlungsempfänger für diesen Gläubiger. Deshalb ist zur Schenkung eines solchen Buches durch bloße Uebergabe die Cession desselben von Seiten des darin genannten Gläubigers erforderlich. Dies ist die Meinung des Obertribunals, welche jedoch keine allgemeine Anerkennung für sich hat. Unten, Anm. 50 zu §. 47, Tit. 15. — Die Expromission und durch sie die Schenkung wird vollzogen, wenn der Schenker seinem Schuldner, unter Zurückgabe der Schuldverschreibung, auch nur mündlich aufträgt, dieselbe Schuld dem zu Beschenkenden zu expromittiren, und wenn darauf die Expromission zwischen dem Schuldner und dem Beschenkten förmlich vollzogen wird. S. das Pr. des Obertr. 1709 oben in der Anm. 3. Dadurch ist die Forderung auf den Beschenkten übertragen, folglich die beabsichtigte Schenkung des alten Gläubigers an den Beschenkten vollzogen. „Die Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages findet, wie überhaupt bei schenkungsweise übergebenen beweglichen Sachen, auch in jenem Falle nicht mehr statt." Dass. Pr. 1709, Alinea. (Entsch. Bd. XIII, S. 190.)

b) Bei der Schenkung durch Liberation von einer Schuld des Beschenkten an den Schenker besteht die causa efficiens in dem Erlaßvertrage (Entsagung); die Schenkung wird mithin wirksam vollzogen durch rechtsgültigen Abschluß des Erlaßvertrages. Anerkannt durch das Pr. des Obertr. 805 (Pl.-Beschl.) v. 24. Febr. 1840: „Unentgeltliche Entsagung eines bereits erworbenen, ingleichen eines zwar noch künftigen, aber doch so beschaffenen Rechts, daß der Anfall desselben dem Entsagenden gewiß war, sind nur in Rücksicht auf ihre rechtlichen Wirkungen, nicht aber in Rücksicht auf ihre Form den Schenkungen gleich zu achten." (Entsch. Bd. V, S. 261.) Das soll heißen: Dergleichen Entsagungen enthalten zwar eine wirkliche Schenkung im rechtlichen Sinne und es finden darauf die Grundsätze von Schenkungen Anwendung, sie unterliegen mithin auch dem Widerrufe der Schenkungen; aber die für Schenkungsversprechen vorgeschriebene Form wird dazu nicht erfordert. — Die Liberation von der Schuld des zu Beschenkenden an einen Dritten kann nicht Mittel der Schenkung sein, weil Jener nur auf dem Umwege des Erlasses befreit werden kann. Der Schenker muß daher mit dem Geschenknehmer selbst in ein Vertragsverhältniß dadurch treten, daß er ihm den Regreßanspruch, welchen er an denselben durch Bezahlung oder Uebernahme jener Schuld erworben hat, erläßt. Vergl. die Anm. 1 zu §. 1037.

35) Wegen Formmangels kann die Schenkung nicht angefochten werden, weil sie in gültiger Form vollzogen worden ist. Deshalb ist jedoch der Widerruf, welchem jede, auch formgemäß vollzogene Schenkung, aus besonderen Gründen in gewissen Fällen, unterworfen ist (Anm. 31), nicht ausgeschlossen, vielmehr zeigt sich gerade bei einer formell gültigen Schenkung die Gestattung des Widerrufs erst wirksam, da es dieses Mittels bei einer formell ungültigen Schenkung nicht bedarf. Der §. 1065 bezieht sich lediglich auf die Form der Schenkungen, und der scheinbar widersprechende §. 1090

§. 1066. Ist eine unbewegliche Sache auf den Grund eines schriftlichen, wenngleich außergerichtlichen Schenkungsvertrages, dem Beschenkten übergeben worden, so kann der Geschenkgeber dieselbe wegen Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht zurückfordern.

§. 1067. Vielmehr hat in diesem Falle der schriftliche außergerichtliche Vertrag die Kraft einer Punktation [36]).

§. 1068. Doch gelten obige Vorschriften (§§. 1066, 1067) nur alsdann, wenn eine wirkliche Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und die Gewahrsam [37]) des Beschenkten gelangt, erfolgt ist.

§. 1069. Schenkungsverträge, welche bloß von — Notariis geschlossen werden, haben nicht die Kraft gerichtlicher Schenkungen [38]).

Welche Schenkungen, wegen des Zwecks, oder der Person des Geschenknehmers ungültig sind.

§. 1070. Geschenke, welche zur Beförderung unerlaubter Absichten gemacht worden, sind ungültig.

Anh. §. 27. Hat ein Kantonist nach seiner Auswanderung, oder innerhalb des letzten Jahres vor seinem Austritt, durch Schenkungen, Entsagungen, Verzichtleistungen, Anerkenntnisse, Remissionen und andere Verfügungen sein Vermögen, ganz oder zum Theil, mittelbar oder unmittelbar verringert, so ist zu vermuthen, daß er dies in der Absicht gethan habe, um die Rechte des Staats und besonders der Invalidenkasse zu schmälern. Demgemäß soll der Fiskus befugt sein, auch wenn die Disposition außerdem rechtsgültig und in gehöriger Form abgefaßt wäre, auf die Annullirung solcher Schenkungen und anderer Verfügungen anzutragen, und dasjenige, was etwa schon auf dem Grunde derselben an einen Andern gelangt ist, jedoch ohne Zinsen, zurückzufordern, es wäre denn, daß der Beschenkte, oder derjenige, zu dessen Gunsten die Entsagung, der Erlaß, die Verzichtleistung oder das Anerkenntniß erfolgt ist, nachzuweisen vermöchte, oder sonst aus den Umständen klar erhellte, daß zur

---

gehört den Regeln vom Widerrufe einer formgerechten Schenkung an; er gestattet die Reue eine Zeit lang im Falle des §. 1065 ohne einen besonderen Grund. So verschwindet aller Widerspruch zwischen beiden Stellen, der mir früher unauflöslich schien.

(4. A.) Bei der Schenkung einer Forderung ersetzt die schriftliche Cession und die Uebergabe derselben und der Schuldurkunde den Mangel der gerichtlichen Errichtung des Schenkungsvertrages. Erk. des Obertr. v. 26. Mai 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 192). — Vergl. oben, Anm. 34, lit. a.

36) Die §§. 1066 u. 1067 stehen völlig in Einklang mit dem allgemeinen Grundsatze, daß bei unbeweglichen Sachen die justa causa der Uebergabe in schriftlicher Form entstanden sein muß, wenn die Uebergabe rechtsbeständig sein soll. §. 135, Tit. 5 und die Anm. dazu. Unter dieser Voraussetzung kann auch die Uebergabe einer unbeweglichen Sache als Mittel zum Zwecke einer Schenkung angewendet werden.

37) Und die Gewahrsam. Dadurch wird die Uebergabe, als Form der Schenkung, beschränkt auf die Fälle, wo der Uebernehmer den Gegenstand der Uebergabe körperlich empfängt. Nach dem Wortverstande müßte er in eigener Person die Sache empfangen; doch ist dies der Sinn des Gesetzes nicht, vielmehr ist, nach dem Zusammenhange, der Gedanke dieser, daß die Sache aus der physischen Gewalt des Schenkers heraus- und in die des Beschenkten übergegangen sein muß, dergestalt, daß der Beschenkte nicht in der Lage ist, gegen den anderen Sinnes gewordenen Schenker auf Ausbändigung der Sache zu klagen. Die Form des außergerichtlichen constitutum possessorium ist mithin ungeeignet zur Vollziehung einer Schenkung durch Uebergabe. Dagegen kann „etiam per interpositam personam donatio consummari“ (L. 4 D. de don. XXXIX, 5), wenn diese Mittelsperson den Beschenkten repräsentirt, dergestalt, daß, wenn dieser den Gegenstand in seine Hände bringen will, er dieserhalb mit dem Schenker nicht mehr in Berührung tritt, vielmehr es nur mit dem von ihm abhängigen Stellvertreter zu thun hat. Auch die br. m. traditio genügt, wenn die causa, auf welcher die Gewahrsam des Beschenkten beruht, in gehöriger Form aufgehoben wird. Kurz, das Prinzip ist: der Geschenknehmer muß in die Lage versetzt worden sein, daß er wegen der thatsächlichen Verfügung über die geschenkte Sache gar nicht in Konflikt mit dem Schenker kommen, vielmehr über dieselbe in Person oder durch einen von ihm abhängigen Stellvertreter körperlich verfügen kann. Dies gilt mithin auch von beweglichen körperlichen Sachen. Die symbolische Uebergabe ist in allen Fällen ungenügend, wenn dadurch nicht der Schenker aus der körperlichen Herrschaft über die Sache gesetzt wird.

38) Diese Vorschrift ist durch den §. 40 der Notariatsordnung vom 11. Juli 1845, wonach die von den Notaren innerhalb ihrer Kompetenz aufgenommenen Urkunden dieselbe Beweiskraft und Glaubwürdigkeit, wie die gerichtlich aufgenommenen, haben, nicht berührt, weil es sich hier nicht um bloße Beweiskraft und Glaubwürdigkeit, sondern um wesentliche Form handelt.

Zeit des gemachten Geschenks, oder der sonstigen Disposition, der Ausgewanderte die Absicht, sich dem Lande und Kanton zu entziehen, noch nicht gehabt habe[39]).

§. 1071. Das wirklich Gegebene ist der Fiskus von dem Empfänger zurückzufordern berechtigt.

§. 1072. In wiefern Eheleute einander unter Lebendigen gültig beschenken können, ist gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 1, Abschn. 5.)

§. 1073. Auch wegen der Schenkungen an Kirchen und geistliche Gesellschaften hat es bei den Vorschriften des Kirchenrechts sein Bewenden. (Th. II, Tit. 11, Abschn. 4, 12.)

§. 1074. Was von diesen verordnet ist, gilt auch von Schenkungen an auswärtige Schulen, Universitäten, und andere Erziehungsanstalten und milde Stiftungen.

§. 1075. Dagegen sind Schenkungen an inländische Schulen, Universitäten, und an andere dergleichen öffentliche Lehr- und Erziehungsanstalten, sowie an inländische Armen- und Waisenhäuser, an Hospitäler, zu Stipendien und anderen milden Stiftungen an und für sich, ohne Einschränkung auf eine gewisse Summe, zulässig. (Th. II, Tit. 19.)

35. G. v. 13. Mai 1833, betr. die Schenkungen an Kirchen und geistliche Gesellschaften, sowie an andere Anstalten und Korporationen, unten Zus. 3 zu §. 39, Tit. 12.

Wirkungen eines gültigen Schenkungsvertrages.

§. 1076. Aus einem gültigen Schenkungsvertrage entsteht das Recht, auf die Uebergabe der geschenkten[40]) Sache zu klagen.

§. 1077. Sind nutzbare Sachen gültiger Weise zum Geschenk versprochen worden, so muß der Geschenkgeber, wenn er die Uebergabe widerrechtlich verzögert, die seit der Zögerung wirklich erhobenen Nutzungen mit der Sache zugleich abliefern.

§. 1078. Uebrigens aber wird er, auch wegen der Erhaltungskosten, der Verbesserungen und Verschlimmerungen, nur einem redlichen Besitzer gleich geachtet[41]).

§. 1079. Von geschenktem[42]) Gelde können erst nach ergangenem rechtskräftigen Erkenntnisse Zinsen gefordert werden.

§. 1080. Ist aber ein zinsbares Kapital geschenkt worden[43]), so muß der Geschenkgeber alle Zinsen, die nach dem Zeitpunkte des Verzugs fällig waren, und die er gehoben hat, dem Beschenkten herausgeben.

§. 1081. Die Erben des Geschenkgebers sind zu Verzögerungszinsen, gleich andern Schuldnern, verpflichtet[44]).

---

39) Die Bestimmung, welche sich auf die abgeschaffte Kantonverfassung und die aufgehobene Vermögenskonfiskation bezieht, kann nicht mehr zur direkten Anwendung kommen. (S. A.) Ob aber nicht eine analoge Anwendung davon zu machen, um die erkannte Geldstrafe, im Mangel anderer Exekutionsmittel, zur Vollstreckung zu bringen, ist eine Frage, die mit guten Gründen bejaht werden kann.

40) Sollte heißen: „versprochenen" Sache. Denn die Uebergabe der Sache ist hier nicht das Schenkungsmittel, sondern nur die Bezahlung einer civilrechtlich gültigen Schuld; die wahre Schenkung ist das dem Beschenkten durch das Schenkungsversprechen verschaffte Forderungsrecht. M. s. auch v. Savigny, System, Bd. IV, S. 118. — Vgl. auch L. 35, §. 5 C. de donation. (VIII, 54).

41) Er haftet mithin, wenn die Sache untergeht oder verschlechtert wird, nur für Dolus und grobes Versehen, nach dem allgemeinen Prinzipe, Tit. 5, §. 280; L. 18, §. 3, L. 22 D. commod. (XIII, 6); L. 108, §. 12 D. de leg. I (XXX); L. 62 D. de aedil. edicto (XXI, 1); L. 18, §. 3 D. de donationibus (XXXIX, 5).

42) S. die Anm. 40. Man meint hier eine gewöhnliche Geldobligation, welche durch das Schenkungsversprechen gegründet worden ist. Die Eigenthümlichkeit derselben, daß der Schuldner keine Verzugszinsen zahlt, ist aus dem R. R. beibehalten. L. 22 D. de don. (XXXIX, 5). Dieser §. 1079 legt jedoch dem Schenker Judikatzinsen auf. Diese fangen an mit dem Tage nach Eintritt der Rechtskraft oder, wenn ein Zahlungstermin festgesetzt ist, nach Ablauf desselben, weil der Schuldner den letzten ganzen Tag zur Zahlung Zeit hat, der Verzug mithin erst am folgenden Tage anfängt.

43) Dieser Fall steht dem im §. 1077 gesetzten Falle völlig gleich.

44) Der Anfangstermin kann jeden Falls erst in die Zeit nach Ablauf der Ueberlegungsfrist fal-

§. 1082. Der Empfänger des Geſchenks muß die Sache mit den darauf haftenden Laſten übernehmen.

§. 1083. Zur Gewährsleiſtung wird der Schenkende dem Beſchenkten nur durch ein ausdrückliches Verſprechen derſelben verpflichtet.

§. 1084. Wer jedoch wiſſentlich[45]) eine fremde oder ſchädliche Sache geſchenkt, und den Geſchenknehmer darüber nicht gewarnt hat, der haftet für den dieſem Letztern an ſeiner Perſon oder übrigem Vermögen dadurch entſtehenden Schaden[46]).

§. 1085. Wenn eine Sache mehreren Perſonen geſchenkt worden, und eine von ihnen derſelben nicht mit theilhaft werden kann, ſo fällt ihr Antheil in das Vermögen des Schenkenden zurück[47]).

§. 1086. Iſt die geſchenkte Sache untheilbar, ſo entſteht in dieſem Falle zwiſchen dem Schenkenden und den übrigen Beſchenkten ein gemeinſchaftliches Eigenthum.

§. 1087. Hat Jemand eine rechtsgültige[47a]) Schenkung ſeines ganzen Vermögens[48]) errichtet, ſich aber die Verfügung über einen gewiſſen Theil[49]) oder eine ge-

---

len. Denn aus der Mora des Erblaſſers hat der Erbe keine Verbindlichkeit ererbt, weil der Erblaſſer ſelbſt keine hatte; der Erbe muß mithin für ſeine Perſon in Moram verſetzt werden, welches während der Ueberlegungsfriſt nicht angeht. §. 386, Tit. 9. Vergl. auch L. 5, §. 20 D. ut in possess. legator.

45) Alſo haftet der Schenker nur für den Dolus wegen der Eviktion wie wegen der ädilitiſchen Anſprüche. Dieſer Grundſatz kommt unverändert aus der L. 18, §. 3 D. de don. (XXXIX, 5) und L. 62 D. de aedil. ed. (XXI, 1). Vergl. die folg. Anm.

46) Das bringt die Natur der Schenkung mit ſich, welche es unmöglich macht, daß, wie bei dem Kaufe, redhibitoriſch oder actione quanti minoris auf Rückgabe oder Minderung des Kaufgeldes geklagt werden kann. Der Anſpruch des Beſchenkten geht nur auf Erſatz ſeines in Folge der Schenkung erlittenen poſitiven Verluſtes, ſoweit dieſer den Werth des Geſchenkes überſteigt, der Beſchenkte mithin ärmer geworden iſt in Vergleich zu ſeinem Vermögen vor der Schenkung. Würde ihm z. B. die ganze Sache evinzirt, ſo beſtände ſein Verluſt in den aus eigenen Mitteln auf die Sache gemachten Verwendungen.

47) Das Akkrescenzrecht iſt ausgeſchloſſen.

47a) Iſt nicht möglich, es giebt dafür keine Form. S. u. die Anm. 52 am Ende. Den Verf. des A. L.R. iſt die Schenkung des ganzen Vermögens nicht klar geweſen. Suarez ſagt: „Sie iſt widerruflich, da ſie nur mortis causa geſchehen kann.“ (Jahrb. Bd. LII, S. 18.)

48) Es iſt ungewiß: ob das gegenwärtige oder auch das zukünftige Vermögen gemeint iſt. Man muß das Erſte annehmen, weil die Verſchreibung des ganzen zukünftigen Vermögens einen Erbvertrag enthält, welcher nicht in der Form des Schenkungsvertrages errichtet werden kann. — Die Schenkung des ganzen Vermögens muß immer als eine Singularſucceſſion betrachtet werden. Folgerecht müßten deshalb die einzelnen körperlichen Sachen, um das Eigenthum zu übertragen, an den Beſchenkten übergeben werden. Das A. L.R. hat jedoch den Grundſatz, daß das Eigenthum eines ganzen Vermögens ſchon durch den Vertrag übergeht; nur der Beſitz muß von jeder einzelnen Sache beſonders ergriffen werden. §§. 474, 475 d. T. — Hinſichtlich der Schulden gilt der Grundſatz, daß unter Vermögen nur dasjenige verſtanden wird, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Anh. §. 19 (zu §. 646 d. T.); L. 72 pr. D. de jure dotium (XXIII, 3); L. 89, §. 1 D. de verb. sign. (L, 16); L. 69 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2); L. 11 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 8, §. 4 C. de bon. quae lib. (VI, 61) Nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen wäre dies nur von Einfluß auf das Verhältniß der beiden Parteien; die Gläubiger gewinnen dadurch kein Klagrecht gegen den Beſchenkten. Aber ſie erreichen, nach R. R., das praktiſche Reſultat, ſich aus dem Vermögen bezahlt zu machen, durch eine utilis actio, nämlich durch fingirte Ceſſion der Klage, welche der Schenker ſelbſt, wenn er angegriffen wird, auf Vertretung und Freimachung hat, oder, wenn derſelbe etwa dem Beſchenkten die Bezahlung der Schulden ausdrücklich erlaſſen hätte, durch die actio Pauliana. Das A. L.R. hingegen ſieht die Schulden als obligationes rei an und giebt den Gläubigern die direkte Klage gegen den Inhaber des Vermögens als ſolchen. §. 463 d. Tit. Vergl. Anh. §. 19 und die Anm. dazu. (4. A.) Das Obertr. hat in einem Erk. v. 26. März 1860 (Entſch. Bd. XLIII, S. 131) im Widerſpruche mit den einſtimmigen Inſtanzgerichten angenommen, daß auch das künftige Vermögen, welches am Todestage des Schenkers vorhanden ſein werde, durch einen Schenkungsakt, ohne Anwendung der Formen eines Erbvertrages, übertragen werden könne. Die Beweisführung iſt weder juriſtiſch, noch iſt ſie auf poſitive Beſtimmungen geſtützt; ſie beruht auf Aeußerungen von Suarez, die jedoch die beſtehende Frage ganz ebenſo völlig unberührt laſſen, wie es der §. 1087 ſelbſt thut. Ein ſolches die Teſtamente und Erbverträge ganz entbehrlich machendes Inſtitut kennt das

wisse Summe vorbehalten: so fallen diese, wenn der Schenkende gar keine Verfügung getroffen hat, in der Regel dem Beschenkten anheim.

§. 1088. Verläßt aber der Schenkende gesetzliche Erben in auf- oder absteigender Linie, oder Geschwister oder Geschwister-Kinder ersten Grades: so haben diese auf eine solche vorbehaltene Sache oder Summe vor dem Beschenkten vorzüglichen Anspruch.

Widerruf[49a]) der Schenkungen 1) überhaupt.

§. 1089. Gerichtlich geschlossene Schenkungen können in der Regel nicht widerrufen werden.

§. 1090. Ist aber eine außergerichtlich geschlossene Schenkung schon durch die Uebergabe vollzogen worden, so findet dennoch der Widerruf[49b]) innerhalb Sechs Monaten nach der Uebergabe statt[50]).

---

A. L.R. nicht; es wird von dem Obertribunal erst neu eingeführt, paßt aber nicht in das landrechtliche System und dessen Formenwesen. In der ganzen Erfindung ist keine juristische Logik. Zur Uebertragung eines ganzen zukünftigen Vermögens, wie es bei dem Tode des Besitzers sein wird, kennt das A. L.R. keine anderen Formen als Testamente und Erbverträge; die §§. 1087 und 1088 sprechen nur von bereits vorhandenem Vermögen. Als Vertrag unter Lebendigen ist dieser Schenkungsvertrag schon nach §. 71, Tit. 5 wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes unverbindlich. Vergl. die eigene Ausführung des Obertr. in dem Erk. vom 6. Juli 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 111).

49) Der vorbehaltene gewisse Theil kann bestehen in einer Quote, oder in einzelnen Sachen und Rechten, oder in dem Nießbrauche, oder auch in der Verpflichtung des Empfängers, den Schenker zu verpflegen. Der letzte Fall verwandelt die Schenkung in einen Vitalizien- oder Alimentenkontrakt, von welchem der §. 19 des Anh. (zu §. 646 d. T.) handelt. Hat der Schenker sich einen quotitativen oder quantitativen Theil vorbehalten, so müssen sich die Gläubiger zunächst an ihn halten, weil er dann nicht vermögenslos ist.

49a) Der Widerruf, von welchem unter dieser Ueberschrift gehandelt wird, bezieht sich auf an sich gültige Schenkungen, ist also eine Ausnahme von der Regel, und nur aus besonderen Gründen zulässig. M. s. darüber: Donellus l. c. Lib. XIV, cap. 26—32; v. Savigny a. a. O. S. 224 u. flg.; Heimbach sen. a. a. O., S. 706, lit. C.; M. Recht der Forderungen, §. 235; Bornemann a. a. O. §. 243.

49b) (4. A.) Dieser Widerruf braucht nicht in dem persönlichen Gerichtsstande des Beschenkten zu geschehen. Erk. des Obertr. v. 26. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 192). — Der Widerruf erfordert überhaupt keine bestimmte Form, weil er als bloße Thatsache (Reue) in Betracht kommt und wirkt; nur muß er dem Beschenkten kund gegeben werden. (5. A.) Damit ist auch das Obertr. einverstanden; denn es hat angenommen, daß die durch einen Dritten Namens des Schenkers abgegebene Erklärung des Widerrufs dem Beschenkten die Ueberzeugung verschaffen müsse, daß derselbe wirklich von dem Geschenkgeber ausgehe und gewollt werde; und daß diese Ueberzeugung dem Beschenkten noch innerhalb der bestimmten sechsmonatlichen Frist verschafft werden müsse. Es sei in jedem einzelnen Falle Sache konkreter thatsächlicher Beurtheilung, ob ein Hergang anzunehmen, welcher eine solche Ueberzeugung konstatire. Der Rechtsfall war der, daß ein Rechtsanwalt dem Beschenkten mitgetheilt hatte, der Geber widerrufe das Geschenk, ohne sich über den Auftrag auszuweisen. Erk. vom 8. November 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 124 u. 126).

50) Widerspricht nicht dem §. 1065. S. o. die Anm. 35. Dieser hier wegen bloßer Sinnesänderung (Reue) gestattete Widerruf kann ausgeschlossen werden durch Hinzufügung der gerichtlichen Form zu der Handlung, in deren Gestalt die Schenkung vollzogen worden ist, oder, wie Suarez (Anm. 51) es ausdrückt, durch gerichtliche Insinuation der Schenkung. §. 1089.

Die dem Geschenkgeber zustehende Befugniß, eine außergerichtliche, durch die Uebergabe vollzogene Schenkung binnen sechs Monaten zu widerrufen, beschränkt sich nicht auf seine Person, sondern geht auch auf seine Erben über. So sagt das Obertr. in dem Pr. 1554, vom 15. März 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 256). Der Satz ist keine Rechtswahrheit (s. u. die Anm. 57 zu §. 1112) und stößt ohne nöthigenden Grund den unstreitigen uralten Grundsatz um, daß der Wille des Erblassers durch den Erben nicht geändert werden kann, vielmehr durch den Tod unveränderlich wird; eine Reue des Gebers kann nicht mehr eintreten, sie ist etwas höchst Persönliches, durch einen Anderen nach seinem Sinne zu begehen undenkbar, folglich unvererblich. Dieser Grundsatz findet gerade auch auf den Widerruf von Schenkungen Anwendung. Fragm. Vat. §. 313; L. 24 C. de don. inter vir. (V, 16); L. 1, L. 7, §. 1, L. 10 in fine C. de revocandis donationibus (VIII, 56). Das A. L.R. ändert weder direkt noch indirekt hieran etwas. Vergl. auch unten die Anm. 1 zu §. 1137 u. Anm. 2 zu §. 1138. (5. A.) Auch nach dieser Theorie des Obertr. ist ein einzelner Miterbe, so lange die Miterben über den innerhalb der sechsmonatlichen Frist gestatteten Widerruf der von ihrem Erblasser

2) Wegen Uebermaßes 51).

§. 1091. Nach Verlauf dieser Sechs Monate kann auch eine außergerichtliche Schenkung nur so weit widerrufen werden, als das Geschenk die Hälfte von dem Vermögen des Schenkenden überstiegen hat.

§. 1092. In gleichem Maße kann auch eine gerichtlich geschlossene und durch die Uebergabe vollzogene Schenkung widerrufen werden.

§. 1093. Doch ist in beiden Fällen der Widerruf wegen Uebermaßes nur innerhalb Dreier Jahre, bei gerichtlichen Schenkungen vom Tage der Abschließung, bei außergerichtlichen aber vom Tage der Uebergabe zulässig.

---

einem Dritten mündlich gemachten und durch Uebergabe vollzogenen Schenkung sich noch nicht erklärt haben, für sich allein zur Ausübung dieses Widerrufsrechts und zu der Klage auf Rückgabe der geschenkten Sache an die Erben nicht befugt, gemäß §. 151, Tit. 17. Erk. des Obertr. vom 22. Juni 1865 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIX, S. 265).

(4. A.) Wegen Irrthums in dem ausdrücklich erklärten alleinigen Beweggrunde der durch Uebergabe vollzogenen Schenkung unterliegt die Rückforderung nicht der Bestimmung des §. 150, I, 4, sondern den Vorschriften der §§. 166 ff., 178 ff., I, 16, und den §§. 1090 ff. d. T. Erk. des Obertr. vom 24. April 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 128).

51) Die unter dieser Ueberschrift in den §§. 1091—1112 getroffenen Bestimmungen gehören eigentlich in die Klasse der Regeln über die positive Form der Schenkung. Sie weichen von der Röm. Theorie erheblich ab. Das neue R. R. ist darin mangelhaft. Während es die gerichtliche Insinuation nur bei der sehr bedeutenden Summe von 500 Solidi, ohne Rücksicht auf den Betrag des Vermögens des Schenkers, vorschreibt, befreit es sogar die Schenkungen unter dieser Summe von der allgemeinen Vertragsform der Stipulation und läßt jedes formlose Schenkungsversprechen gelten. Diese Mängel haben die Verf. des A. L.R. bewogen, von den Normen des R. R. in diesem Punkte abzugehen. Suarez begründet in seinen Vorträgen bei der Schlußrevision des Gesetzbuchs die neue Theorie wie folgt: „Der Römischen Theorie, wonach eine Schenkung, wenn sie quingentos Solidos überstieg, gerichtlich insinuirt werden mußte, und wenn die Insinuation nicht geschehen war, quoad excessum nicht gelten konnte, ist hier eine andere substituirt, nach welcher die Insinuation erfordert wird, wenn die Schenkung die Hälfte von dem Vermögen des Schenkenden überstiegen hat. Der Grund der Aenderung liegt sichtbar darin, weil 500 Solidi, die für den Millionär eine Kleinigkeit sind, einen anderen, minder vermögenden Donatorem leicht sehr in Verlegenheit setzen, oder wohl gar ruiniren können; mithin der Zweck des Gesetzes: ne donationes in profusionem degenerent, noxiosque reipublicae producant effectus, durch die Bestimmung einer gewissen Summe, ohne Rücksicht auf die Vermögensumstände des Donatoris, nicht erreicht werden könne. Es giebt daher Rechtslehrer, welche behaupten, daß Schenkungen, welche a personis illustribus geschehen, an diese Summe nicht gebunden sind, und andere, z. E. Estor, sind gar der Meinung, daß diese Römische Theorie in Deutschland keine Anwendung finde. Das einzige Bedenken gegen die Vorschriften des Gesetzbuchs könnte darin gesetzt werden, daß nach selbigen eine Ungewißheit des Eigenthums und der Rechte entstehe; und daß die Untersuchung des Vermögenszustandes tempore donationis, wenn aus diesem Fundamente die Revokation verlangt wird, auf große Weitläuftigkeiten führen könnte. Wenn man inzwischen erwägt, daß der Widerruf aus diesem Grunde nur innerhalb dreier Jahre stattfinde, daß in der Zwischenzeit der Donatarius alle Rechte eines redlichen Besitzers habe, mithin das geschenkt Erhaltene nur quatenus extat vel quatenus locupletior est, zurückgeben dürfe; daß diese Rückgabe sich nie auf das Ganze, sondern nur auf den Excessum über die Hälfte erstrecke, so werden die Besorgnisse wegen Unsicherheit des Eigenthums und wegen unverschuldeter Verlegenheiten für den Donatarium wohl hinwegfallen. Da hiernächst der Donans, wenn er feierlich und gerichtlich versichert hat, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige, von diesem Jure revocandi keinen Gebrauch mehr machen kann; und da ein Jeder, welcher aus diesem Grunde sein eigenes factum impugniren will, sich dadurch der richterlichen Untersuchung: ob er nicht ein Verschwender sei? aussetzt; so ist überflüssig dafür gesorgt, daß nicht so leicht Jemand aus bloßen Leichtsinne, Veränderlichkeit oder Chikane zu diesem Remedio gerissen wird. Auf der anderen Seite ist dann doch aber auch die Aussicht, daß eine wirklich übertriebene Schenkung innerhab dreier Jahre noch revozirt werden könne, sowie die Umständlichkeit und Feierlichkeit, womit die Schenkung selbst, wenn sie der Revokation nicht ausgesetzt sein soll, vollzogen werden muß, theils ein Zaum gegen Uebereilungen und Verleitungen zu unbesonnenen Handlungen dieser Art; theils ein letztes Rettungsmittel für den, welcher sich dazu bei aller Vorsicht des Gesetzes hat hinreißen lassen, und der dadurch wenigstens gegen eine gänzliche Verarmung geschützt wird. Eher könnte man noch an der neuen Theorie tadeln, daß der Widerruf zu sehr erschwert sei. Inzwischen scheint es doch nicht, daß darunter etwas geändert werden könne, ohne der Sicherheit und Zuverlässigkeit des bürgerlichen Verkehrs, die freilich immer ein Hauptaugenmerk der Gesetzgebung sein muß, zu nahe zu treten." Approbatum auf vorhergängigen Vortrag im Staatsrathe den 30. Dezember 1793. Suarez. (Jahrb. XLI, S. 29.)

§. 1094. Hat der Schenkende bei gerichtlicher Abschließung des Vertrags ausdrücklich erklärt, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige[52]), so kann er von dieser Befugniß zum Widerrufe keinen Gebrauch machen.

§. 1095. Doch muß einem solchen Geschenkgeber das Gesetz nebst den Folgen seiner Angabe deutlich erklärt, und wie dieses geschehen, in dem Protokolle ausdrücklich bemerkt werden.

§. 1096. Ist diese Vorschrift beobachtet worden, so ist der Widerruf nur alsdann zulässig, wenn der Schenkende zugleich nachweisen kann, daß er aus einem Irrthume, in welchen er ohne sein eignes grobes Versehen gerathen ist, sein Vermögen für größer, als es wirklich war, gehalten habe.

§. 1097. Bei der Bestimmung: ob und wie weit das Geschenk die Hälfte von dem Vermögen des Schenkenden übersteige, ist auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zu sehen.

§. 1098. Geschieht aber der Widerruf noch vor der Uebergabe, so wird auf den Zustand des Vermögens, wie es alsdann beschaffen ist, Rücksicht genommen.

§. 1099. Besteht ein Geschenk in beständig fortlaufenden Hebungen, so muß, bei Berechnung des Betrags, das Kapital nach landüblichen Zinsen bestimmt werden. (§. 841.)

§. 1100. Besteht das Geschenk in jährlichen Hebungen, die nur auf die Lebenszeit des Schenkenden oder des Beschenkten eingeschränkt sind, so müssen die Hebungen mit den Einkünften, die der Schenkende zur Zeit des Vertrages zu genießen hatte, verglichen, und soweit, als sie die Hälfte dieser Einkünfte übersteigen, heruntergesetzt werden[52a]).

§. 1101. Wird ein Geschenk durch Beiträge mehrerer Personen zusammen gebracht, so wird, in Ansehung eines jeden der Schenkenden, auf das Verhältniß seines Beitrags zu seinem Vermögen Rücksicht genommen.

§. 1102. Geschenke einer Korporation sind nach dem gemeinschaftlichen[53]) Vermögen derselben zu beurtheilen.

§. 1103. Wenn eine Person Mehreren zu gleicher Zeit[54]) Geschenke macht, so können dieselben in so weit widerrufen werden, als sie, zusammen genommen, das halbe Vermögen des Schenkenden übersteigen.

---

52) Dies ist die Formel der gerichtlichen Insinuation einer Schenkung, welche Suarez sich „feierlich" gedacht hat. Anm. 51. Davon ist keine Spur. Die Formel wird nicht von dem Schenker ausgesprochen und wer die Praxis kennt, weiß, daß die Floskel und die Belehrung (§. 1095) ins Protokoll geschrieben wird, ohne daß die Bedeutung immer zum klaren Bewußtsein des Erklärenden kommt. Nach der Natur der Formel als solcher kommt auf die historische Wahrheit ihres Inhalts nichts an, da sie eben nur den Zweck der Feierlichkeit hat, um Uebereilung zu verhindern. Suarez hat aber den Beweis der Unrichtigkeit für zulässig und wirksam gehalten (§. 1096), indem er als Folge davon nur die Gefahr zeigt, daß der Impugnant sich der Untersuchung, ob er nicht ein Verschwender sei, aussetze. Anm. 51. Diese Gefahr ist sehr entfernt und ungewiß, und wenn der Fall eintreten sollte, wird sich Mancher eine solche Folge gern gefallen lassen. Die Formel paßt auch nur auf Schenkungen einzelner Sachen und Rechte, bei Schenkungen des ganzen Vermögens (§. 1087) ist sie selbstverständlich unanwendbar. Eine solche Schenkung bleibt mithin dem Widerrufe bis auf die Hälfte während der Verjährungszeit immer ausgesetzt. Man hat sich die eigenthümliche Natur des aus einer Schenkung des ganzen Vermögens entstehenden Rechtsverhältnisses nicht klar gedacht. S. o. die Anm. 47a zu §. 1087.

52a) Vergl. die hiervon verschiedene Berechnungsart, welche §§. 347 ff., Tit. 12 bei Legaten und Schenkungen von Todes wegen vorgeschrieben ist.

53) Das ist das Korporationsvermögen oder dasjenige, was die juristische Person als solche hat, mit Einschluß des Vermögens, dessen Nutzungen den einzelnen Mitgliedern der Korporation zustehen. Aber auch hier gilt als Vermögen nur das, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Eine Korporation, die zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse ihre Mitglieder besteuern muß, hat kein Vermögen in dem hier gemeinten Sinne.

54) Der Fall ist so gedacht, daß Mehrere durch eine und dieselbe Handlung beschenkt werden. §. 1106.

§. 1104. Alsdann trägt ein jeder Geschenknehmer, nach Verhältniß des Empfangenen, zur Ergänzung der dem Schenkenden fehlenden Hälfte bei.

§. 1105. So weit jedoch einer der mehreren Geschenknehmer, nach der unten §. 1165 folgenden Vorschrift, zur Rückgabe seines Antheils nicht schuldig, oder dazu nicht vermögend ist, darf der dadurch entstehende Ausfall von den andern Beschenkten nicht übertragen werden.

§. 1106. Die Vorschrift §§. 1103—1105 findet nur alsdann Anwendung, wenn die an sich gültigen Schenkungsverträge mit den mehreren Geschenknehmern, durch eine und eben dieselbe Handlung, es sei außergerichtlich durch Uebergabe, oder durch gerichtliche Aufnahme, abgeschlossen worden.

§. 1107. Hat aber Eine Person Mehrern zu verschiedenen Zeiten, wenngleich an Einem Tage, Geschenke gemacht: so ist bei jedem Geschenke das Verhältniß desselben, gegen das Vermögen des Schenkenden, nach dem Zeitpunkte, wo der Vertrag darüber abgeschlossen worden, zu beurtheilen[55]).

§. 1108. Die ältern gültig versprochenen, wenn auch noch nicht wirklich gegebenen, Geschenke sind alsdann, in Ansehung einer jeden spätern Schenkung, gleich andern Schulden, von dem Aktivvermögen des Geschenkgebers abzuziehen[55a]).

§. 1109. Was vorstehend §§. 1107, 1108 verordnet ist, findet auch statt, wenn Jemand eben derselben Person mehrere Geschenke zu verschiedenen Zeiten gemacht hat.

§. 1110. Daß die Entrichtung des Geschenks in verschiedenen Terminen versprochen, oder wirklich geleistet worden, hat auf die Beurtheilung des Verhältnisses zwischen dem Geschenke, und dem Vermögen des Geschenkgebers, keinen Einfluß, sondern es wird immer nur auf den Zeitpunkt, wo der Schenkungsvertrag selbst zu Stande gekommen ist, Rücksicht genommen.

§. 1111. Sobald sich findet, daß Jemand mehr als die Hälfte seines Vermögens verschenkt habe, ist der Richter befugt und schuldig, zu untersuchen, ob nicht ein solcher Mensch, als ein Verschwender, unter Vormundschaft zu setzen sei[56]).

§. 1112. Die Erben des Geschenkgebers können eine an sich gültige Schenkung des Erblassers aus dem Grunde, weil sie das halbe Vermögen des Erblassers überstiegen habe, in der Regel nur alsdann[57]) widerrufen, wenn schon der Erblasser seinen Entschluß zu einem solchen Widerrufe gerichtlich erklärt hatte. (Tit. 12, §. 587 sqq.)

3) wegen Verkürzung des Pflichttheils*).

§. 1113. Dagegen[58]) können nothwendige Erben, denen nach den Gesetzen

---

55) Man kann auf diese Weise sein ganzes Vermögen wegschenken bis auf eine große Kleinigkeit, ohne daß ein Widerruf wegen Uebermaßes möglich ist: man verschenkt von dem jedesmaligen Reste immer nur die Hälfte. Daran hat man wohl nicht gedacht.

55a) Schenkungen, welche durch Erlaß von Schulden vollzogen worden sind, werden sowohl der Aktivmasse wieder hinzugerechnet, als auch bei der Summe der Schenkungen berücksichtigt.

56) Das muß mithin in allen Fällen geschehen, wo Jemand eine Schenkung des ganzen Vermögens macht. §. 1087 und Anm. 52 a. E. Jedenfalls aber in dem in der Anm. 55a gedachten Falle.

57) Dies ist eine Ausnahme. Das Obertr. hingegen meint, auch der Erbe habe das Widerrufsrecht; und sieht hierin eine besondere Einschränkung des Revokationsrechts der Erben, indem es davon ausgeht, daß dem Erben als solchem der Widerruf einer Schenkung, wozu der Schenker befugt gewesen wäre, wenn er seine Gesinnung geändert hätte, zustehe. Das ist ein Rechtsirrthum. S. a. die Anm. 50 a. E. zu §. 1090 und u. die Anm. 1 zu §. 1137.

*) (5. A.) Aus der gemeinrechtlichen Literatur ist zur Erklärung dieser Lehre nichts zu gebrauchen. Aus der Preußischen ist zu notiren: A. H. Simon u. H. L. v. Strampff, Bemerkungen über die donatio inofficiosa, und die damit verwandten Lehren des Widerrufs einer Schenkung wegen Uebermaaßes und eines Leibrentenkontrakts, wegen Verletzung im Pflichttheil; in Simon u. v. Strampff Zeitschrift, Bd. I, S. 75 ff. Müller, über die donatio inofficiosa, ebd. S. 63 flg.

58) Dieses Bindewort ist hier in der Bedeutung gebraucht, um den Ersatz der in dem vorhergehenden §. verordneten Ausschließung der Vererblichkeit des Widerrufs wegen Uebermaßes mit diesem Satze in Verbindung zu setzen. Dies giebt den beiden §§. 1112 u. 1113 diesen Sinn: Der Wider-

ein Pflichttheil gebührt, eine jede von dem Erblasser innerhalb Dreier Jahre vor seinem Tode gemachte Schenkung widerrufen, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrags der geschenkten Summe oder Sache ausmacht[59]).

Anh. §. 28. Was im §. 1113 von bloßen Schenkungen aus Freigebigkeit gesagt worden ist, soll auf belohnende und solche Schenkungen, bei welchen eine Bedingung zum Vortheil des Geschenkgebers[60]) gemacht worden ist, nicht angewendet werden.

---

ruf einer Schenkung wegen Uebermaßes geht in der Regel nicht auf die Erben über. Dagegen geht er ausnahmsweise in zwei Fällen auf sie über: a) wenn der Schenker seinen Entschluß zum Widerrufe schon gerichtlich erklärt hat, und b) wenn der reine Nachlaß nicht die Hälfte der in den letzten drei Jahren gemachten Schenkungen austrägt. Darnach hätte dieser Widerruf keinen Zusammenhang mit der Röm. donatio inofficiosa. Bei näherer Betrachtung der Sache kommt man jedoch zu der Ueberzeugung, daß die Fassung des Gesetzes unzutreffend ist. Dazu führen zwei sichere Gründe. Der eine sachliche Grund beruht darin, daß nicht vererbt werden kann, was der Erblasser selbst nicht hatte und nicht haben mochte. Der Widerruf wegen Uebermaßes hat die Bedingung der Willensveränderung des Schenkers: wenn er nicht widerrufen will, so will er eben schenken. So lange er mithin seinen Willen nicht verändert hat, ist für ihn kein Forderungsrecht vorhanden, er hinterläßt also auch keins, wenn er in der Stetigkeit seines Willens stirbt. Diesen Rechtsgrundsatz erkennt der §. 1112 ausdrücklich an. (Aus diesen Gründen ist das Pr. des Obertr. 1554, in der Anmerk. 50 zu §. 1090, ungerechtfertigt.) Ein Dritter kann die Handlung des Gebers, wider dessen Willen, unmöglich anfechten, es sei denn, daß seine Rechte durch die Schenkung verletzt worden; er muß mithin aus eigenem Rechte dazu befugt sein. Nach R. R. kommt dies in zwei Fällen vor: bei der donatio inofficiosa und bei der actio Pauliana. — Der andere Grund ist die ausdrücklich erklärte Absicht der Verfasser des A. L.R., das Wesen der donatio inofficiosa beizubehalten. Suarez sagt darüber in den Vorträgen bei der Schlußrevision: „Die Römische Lehre de donatione inofficiosa ist eine der komplizirtesten, und es kann daraus zu den weitläuftigsten und verderblichsten Prozessen Anlaß entstehen. Die ganze Querela inofficiosae donationis harmonirt nicht mit den Prinzipien und der Analogie des juris Romani, welches das sehr vernünftige Prinzip hat: quod viventis non sit hereditas; woraus aber unmittelbar folgt, daß auch keine Legitima, die Jemand bei seinem Leben schuldig sein könnte, sich gedenken lasse. Cf. Thomasii Dissert. de legitima viventis. Wenn nun vollends ausgemittelt werden soll, wieviel das Vermögen des Schenkenden tempore donationis betragen habe; wieviel also, wenn er damals gestorben wäre, die Legitima seiner Kinder gewesen sein würde, und ob also der Begriff einer donationis inoff. wirklich vorhanden sei? so läßt sich leicht ermessen: auf welche weitläuftige, kostbare und verhaßte Erörterungen eine solche Ausmittelung führen müsse; zumal wenn die Schenkung schon vor einer Reihe von Jahren geschehen ist. Man hätte daher vielleicht Grund genug gehabt, die ganze Querela inoff. donat. aufzuheben; inzwischen wäre alsdann Geschrei darüber zu besorgen gewesen, daß es doch unbillig sei, Kindern, welche durch solche nachtheilige Dispositiones unnatürlicher Eltern auf eine unbillige Art verkürzt werden, ein Remedium, das ihnen die bisherigen Gesetze zum Schutze gegen dergleichen Laesiones gegeben hatten, verschränken zu wollen. Man hat also die Römische Theorie im Wesentlichen beibehalten, und sie nur auf solche Schenkungen, die in den letzten 3 Jahren vor dem Tode des Geschenkgebers geschehen sind, eingeschränkt, theils weil dadurch die Schwierigkeiten bei der Ausmittelung sehr vermindert werden, theils weil, je weiter der Zeitpunkt der geschehenen Donation zurückgeht, desto weniger sich gedenken läßt, daß dabei eine Absicht, die Kinder im Pflichttheile zu verkürzen, zum Grunde gelegen habe." (Jahrb. Bd. XLI, S. 24.)

59) Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn wegen Ueberverschuldung gar kein reiner Nachlaß existirt. Pr. des Obertr. 1460, v. 22. Juni 1844.

(4. A.) Ist der Beschenkte gleichfalls ein Notherbe, so ist die geeignete Klage die Erbtheilungsklage, gleichwie in dem Falle, wo ein Miterbe dem gemeinschaftlichen Nachlasse etwas schuldig ist, so daß nicht die Herausgabe des Ganzen ad depositum, sondern nur die Heranziehung zur Theilung der Erbschaft gefordert werden kann. Erk. des Obertr. vom 2. März 1860 (Archiv für Rechtsfälle Bd. XXXVII, S. 83).

60) Oder eines Dritten. Denn es ist die donatio sub modo gemeint, welche das A. L.R. nicht als Schenkung, sondern als lästigen Vertrag behandelt. S. o. §. 1053 und die Anm. 22 dazu. Der §. 24 des Anh. erschöpft den Inhalt seiner Quelle nicht vollständig. Diese ist das Reskript des Großkanzlers v. Goldbeck, v. 30. Oktbr. 1797 auf eine Anfrage des Pupillenkollegiums zu Königsberg über die Anwendbarkeit des §. 1113 auf Verträge, wodurch Eltern die Gütergemeinschaft aufheben oder einführen. Der Bescheid sagt: es bedürfe keiner Anfrage bei der Gesetzkommission, da es klaren Rechtens sei, daß nur bloße donationes simplices wegen einer Verletzung im Pflichttheile angefochten werden können. (Rabe Bd. IV, S. 339.) Dieser Grundsatz soll durch den §. 28 wiedergegeben werden; er ist aber positiv und darin mangelhaft ausgedrückt, daß von der umschriebenen donatio sub modo nur der eine Fall derselben erwähnt worden ist. Damit soll jedoch der andere Fall (s. Anm 22) nicht ausgeschlossen sein; man hat nur nicht an ihn gedacht bei der Abfassung.

§. 1114. Doch darf alsdann von den Geschenknehmern nur so viel, als zu dieser Hälfte fehlt, zurückgegeben werden[61]).

§. 1115. Sind innerhalb dieser Drei Jahre mehrere Schenkungen geschehen, so müssen zwar, zum Behufe der Bestimmung, ob eine Verkürzung im Pflichttheile vorhanden sei, alle diese Schenkungen zusammengerechnet werden.

§. 1116. Dagegen findet ein wirklicher Widerruf der, der Zeit nach, ältern Geschenke nur so weit statt, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen spätern Geschenken nicht erfolgen kann[62]).

4) wegen entzogener Alimente[63]).

§. 1117. In gleichem Maße[64]) können auch diejenigen, denen der Schenkende

61) Die Berechnungsart dessen, was zurückgezahlt werden muß, ist streitig. Der an sich klare Sinn nach dem Wortlaute der §§. 1113 u. 1114 ist dieser: der reine Nachlaß soll soviel betragen, wie die Hälfte der aller in den letzten drei Jahren gemachten Schenkungen zusammen genommen. Wären also 4000 Thaler verschenkt worden, so müßte der Pflichttheilserbe 2000 Thlr. im Nachlasse finden, denn dies ist „die Hälfte des Betrages der geschenkten Summe". Gesetzt, es wäre kein reines Vermögen hinterlassen, so müßte der Beschenkte 2000 Thlr. zurückgeben; er behielte dann nicht mehr, als der Pflichttheilserbe erhielte. Befänden sich aber 1999 Thlr. Ueberschuß im Nachlasse, so hätte er nur 1 Thlr. zurückzugeben und er würde nahezu das Doppelte der Summe haben, welche dem Pflichtheilserben zufiele. Diese auffallende Verschiedenheit des Resultats der vorgeschriebenen Berechnungsart hat die Meinung veranlaßt, daß der Beschenkte immer nur soviel zurückzuzahlen habe, als erforderlich sei, damit der Erbe halb so viel erhalte, wie dem Beschenkten verbleibe. (Simon, Zeitschr., Bd. I. S. 75 ff.) Dieses Resultat wird ganz einfach durch Zusammenrechnung des Nachlasses und des Geschenks gewonnen. In dem gesetzten ersten Falle würden also die geschenkten 4000 Thlr. nach diesem Verhältnisse zu vertheilen sein, mithin würde der Beschenkte, nicht wie nach der vorgeschriebenen Berechnungsart 2000 Thlr., sondern nur 1333 Thlr. 10 Sgr. herauszugeben haben: und in dem zweiten Beispiele würde die zurückzuzahlende Summe 20 Sgr. betragen. Dieses Prinzip findet sich in dem verwandten Falle des Leibrentenkontrakts, §§. 638, 639 angewendet; und nach den Materialien ist es mehr als wahrscheinlich, daß bei den §§. 1113 und 1114 ein mehrfacher Fassungsfehler vorgefallen ist. (Simon a. a. O. S. 70 ff. u. 77 ff.) Allein der Sinn des Gesetzes, welches einen positiven Charakter hat, ist klar und deutlich; man muß die Abänderung erwarten. — Das Gesetz und das Gesagte bezieht sich übrigens nur auf den Fall, wenn die nachgebliebenen Erben alle Pflichttheilserben sind. Konkurriren auch andere Erben, so versteht sich, daß der Beschenkte nur an die Pflichttheilserben soviel zurückzuzahlen hat, wie erforderlich ist, um ihren nach dem auf die Hälfte der Schenkung fingirten Betrage des Nachlasses berechneten Pflichttheil zu verwirklichen.

(5. A.) Das Obertr. ist ebenfalls der Meinung, daß das Gesetz so anzuwenden sei, wie es gegeben ist. „Die Redaktoren haben, wie mit Sicherheit anzunehmen, bei den §§. 1113, 1114 bezweckt, dem Pflichttheilsberechtigten durch die Ergänzung des reinen Nachlasses bis zur Hälfte des Geschenkes den gewöhnlichen Pflichttheil, den sie als die Hälfte der Intestatportion betrachtet haben, zu gewähren. Das paßt jedoch nicht in den Fällen, wo nicht das ganze Vermögen verschenkt, sondern noch ein reiner Nachlaß, doch nicht soviel, wie die Hälfte des Geschenkes beträgt, vorhanden ist. — Sind nun auch diese Mängel in der Fassung der §§. 1113, 1114 nicht zu bestreiten, so erscheinen sie doch nicht geeignet, von dem Wortinhalt der Vorschrift abzugehen, und die Auslegung zu rechtfertigen, zu der der Appellationsrichter gelangt ist, weil er ihre wörtliche Bestimmung mit dem Grundsatze vom Pflichttheil — §. 392, II. 2 — nicht in Uebereinstimmung gefunden hat." Erk. v. 10. Mai 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVII, S. 203 u. Entsch. Bd. LVIII, S. 137).

62) Sei es wegen Unzulänglichkeit, oder wegen Unbeibringlichkeit der widerrufenen jüngeren Schenkung. So könnte man bei dem Mangel einer Unterscheidung der Ursachen der thatsächlichen Unmöglichkeit anzunehmen geneigt sein. Doch würde man dadurch auf den unhaltbaren Satz kommen: daß es von der Zufälligkeit der Uneinziehbarkeit abhänge: ob eine ältere völlig rechtsgültige Schenkung ungültig sein solle. Denn angefochten werden können nur diejenigen Schenkungen, welche eine Pflichtheilsverletzung enthalten; was der Schenker schon vorher aus noch zulänglichem Vermögen weggegeben hat, war seiner unbeschränkten Verfügung unterworfen, kann mithin nicht unter den Begriff der lieblosen Schenkung fallen.

63) Das R. R. kennt nur zwei Fälle des Widerrufs eines Dritten wider den Willen des Gebers: den des Pflichttheilsberechtigten bei der donatio inofficiosa, und den der Gläubiger in der actio Pauliana. Das A. L.R. führt hier einen dritten Fall ein. Die rechtliche Natur desselben ist zweifelhaft: man ist ungewiß: ob er sich an jene oder an diese anschließt, oder ob er nicht als eigenthümliches Institut zu behandeln ist. Man wird sich für das Letztere zu entscheiden haben. S. u. die Anm. 65. Das Rechtsmittel muß indeß doch der Querela inoff. donat. nachgebildet werden.

64) Unter dem „gleichen Maße" ist die in dem vorhergehenden §. 1116 angedeutete Ordnung zu verstehen, in welcher die Schenkungen nach einander widerrufen werden dürfen, nicht aber die Grenze

nach den Gesetzen[65]) Unterhalt zu geben verpflichtet ist, wenn der Nachlaß diesen Unterhalt ganz oder zum Theil nicht gewähren kann, die Ergänzung des Fehlenden aus den Nutzungen der verschenkten Sache oder Summe, so weit dieselben hinreichen, ohne Rücksicht auf den Betrag[66]) der Schenkung an sich, fordern.

§. 1118. Doch findet auch deshalb ein Anspruch nur an solche Geschenknehmer statt, deren Schenkungen in den Drei letzten Jahren vor dem Tode des Schenkenden erfolgt sind.

§. 1119. Die Geschenknehmer können nicht eher in Anspruch genommen werden, als bis auch die Substanz des Nachlasses durch die Alimente erschöpft ist.

§. 1120. Dagegen müssen sie aber auch, wenn die Nutzungen der geschenkten Sache oder Summe zur Bestreitung der gesetzmäßigen Alimente nicht hinreichen, selbst die Substanz des Geschenks, so weit es erforderlich ist, dazu mit verwenden.

§. 1121. Doch dauert überhaupt die Verbindlichkeit der Geschenknehmer nur so lange, als die Pflicht des Geschenkgebers, dergleichen Alimente zu reichen, würde bestanden haben[67]).

§. 1122. An Schenkungen, welche geschehen sind, ehe die Verbindlichkeit des Erblassers, den Unterhalt zu reichen, entstanden ist[68]), können diejenigen, welchen dieser Unterhalt gebühret, in keinem Falle Anspruch machen.

§. 1123. Der Geschenkgeber selbst kann, wenn er in Dürftigkeit gerathen ist[69]), von dem Beschenkten Sechs vom Hundert von der geschenkten Summe, oder dem Werthe der geschenkten Sache, als eine Kompetenz[70]), jährlich fordern.

5) wegen einer dem Geschenkgeber zu reichenden Kompetenz.

---

der Widerruflichkeit, welche o. in der Anm. 62 bezeichnet ist; vielmehr können sämmtliche in den letzten drei Jahren gemachten Schenkungen zurückgenommen werden, soweit sie zur Bestreitung des Unterhalts erforderlich sind. Daraus folgt, daß, wenn der nach der Zeit an der Reihe stehende Beschenkte unvermögend ist, dieser übergangen und der nächstfolgende angegriffen werden kann.

65) Damit ist diejenige Alimentationsverbindlichkeit deutlich bezeichnet, welche aus zustandsrechtlichen Verhältnissen entspringt, im Gegensatze von solcher, welche durch Vertrag begründet worden ist. Jene hat die Eigenthümlichkeit, daß sie an der Person haftet und mit deren Tode für die Zukunft erlischt, weil mit dem Tode das Verhältniß ein Ende nimmt. Suarez sagt aber in der revis. monitor.: „Ehe die Geschenknehmer in Anspruch genommen werden können, muß erst die Substanz des Nachlasses durch die Alimente erschöpft sein.. Alimente sind Schulden, für welche auch die Substanz des Nachlasses haftet.“ (Ges.-Revis. Pens. XIV, S. 195.) Daraus ist, wegen jener Eigenthümlichkeit der gesetzlichen Alimentationspflicht, die Meinung entstanden, daß das hier eingeführte neue Institut sich nur auf diejenigen Alimentationsansprüche beziehe, die z. B. aus einer erfolgten Tödtung für die Hinterbliebenen, aus einer körperlichen Verletzung für den Beschädigten entspringen. (Ebendas.) Dem ist auf das Bestimmteste zu widersprechen. Diese Leistungen sind keine Alimente im rechtlichen Sinne; sie haben die rechtliche Natur einer ganz gewöhnlichen Entschädigung und mit den wahren Alimenten nichts als den Namen zufällig gemein, in ähnlicher Weise wie die Verzugszinsen Zinsen heißen. Suarez' Ausspruch über die vermeintliche Natur der Alimente ist kein Gesetz.

66) Und auf das Verhältniß des Betrages zu dem reinen Betrage der Verlassenschaft.

67) Wenn er noch am Leben wäre. Denn das fortdauernde Dasein des Ernährers wird in dieser Beziehung fingirt, außerdem fehlte das Subjekt der Verbindlichkeit zur Ernährung und Erhaltung des Bedürftigen.

68) Bei Kindern entsteht sie mit dem Augenblicke der Geburt, nicht etwa schon mit der Zeugung, deren Zeit nicht genau festzustellen ist. Die Frage ist erheblich bei nachgeborenen Kindern.

69) Dieser Grund zum partiellen Widerrufe einer Schenkung ist gleichfalls neu. Das Oesterreichische Recht kennt ihn auch. G.B. §. 947. Behauptet worden ist er jedoch von manchen Schriftstellern, z. B. Lauterbach, Coll. XXXIX, 5, §. 39: Schilter, exercit. ad Pand. XXXIX, 5, §. 23. Dagegen s. m. Leyser, med., sp. 494, m. 5; Stryk, de cautel. contract., sect. III, c. 9, §. 8. — (3. A.) Wenn das beneficium außer dem Falle des Konkurses geltend gemacht wird, so müssen zur Feststellung der Dürftigkeit, wie nach R. R. (L. 54, §. 3 D. XXIV, 3; L. 19, §. 1 und L. 49 D. LII, 1), alle sonstigen Schulden des Schenkers vorweg abgezogen werden, nach dem Grundsatze: bona intelliguntur deducto aere alieno.

70) Diese Benennung darf nicht verleiten, hierbei an einen Fall der Rechtswohlthat der Kompetenz, wovon im Tit. 49 der Pr.-O. und in der Konk.-Ordn. §§. 434 ff. gehandelt wird, zu denken,

§. 1124. Soweit der Beschenkte sich selbst in Umständen befindet, wo er sich und seiner Familie den nöthigen Unterhalt würde entziehen müssen, um dem Schenkenden diese Kompetenz zu reichen, ist Letzterer dieselbe zu fordern nicht berechtigt[71]).

§. 1125. Doch kann der Beschenkte, unter diesem Vorwande, sich nicht entbrechen, allenfalls auch die Substanz des Geschenks, so weit dasselbe oder dessen Werth bei ihm noch vorhanden ist, zur Ernährung[72]) des Geschenkgebers mit zu verwenden.

§. 1126. Es steht aber auch dem Geschenknehmer frei, wenn er sich der Kompetenz ganz entschlagen will, das Geschenk selbst, so weit dasselbe oder sein Werth bei ihm noch vorhanden ist, herauszugeben[73]).

§. 1127. Diese Substanz wird zur Ernährung des Schenkenden, so weit sie dazu erforderlich ist, nach und nach verwendet, und auf einen etwänigen Ueberrest bleibt dem Geschenknehmer sein Recht vorbehalten.

§. 1128. Hat der verarmte Geschenkgeber an mehrere Personen zu verschiedenen Zeiten Schenkungen gemacht: so ist der frühere Geschenknehmer zu seiner[74]) Ernährung nach obigen Grundsätzen nur so weit verpflichtet, als die der Zeit nach spätern Geschenke dazu nicht hinreichen.

6) wegen entstandenen Konkurses.

§. 1129. Die binnen Zwei Jahren vor der Zahlungseinstellung, oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, oder des Antrags auf Konkurseröffnung[75]) gemachten Schenkungen des Gemeinschuldners können die Gläubiger, in sofern sie auf einer bloßen Freigebigkeit beruhen, zurückfordern[76]).

36. G. betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, für die Landestheile, in welchen das A. L.R. und die A. G.O. Gesetzeskraft haben*). Vom 9. Mai 1855. (G.S. S. 429.)

E. Meischeider, die preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger, nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts dargestellt. Berlin, 1864.

---

und die davon geltenden Regeln auf diesen Fall des Widerrufs anwenden zu wollen. Beide Institute haben mit einander keine Verwandtschaft. Vergl. die folg. Anm. 71. (4. A.) Nach Gemeinem Rechte räumt man dem verarmten Schenker eine Forderung auf den nothdürftigen Unterhalt gegen den Beschenkten ein. Das Nähere darüber s. m. Recht der Forder. (2. A.), Bd. III, §. 235, Nr. I, lit. F, S. 206. Dies ist die Quelle der Bestimmungen §§. 1123 ff. d. T.

71) Hierdurch wird gerade umgekehrt (s. die vor. Anm.) dem Beschenkten das beneficium competentiae gegen den widerrufenden Schenker gegeben. (4. A.) Ueber die Verstümmelung der Theorie über die Rechtswohlthat der Kompetenz durch neueste Gesetzgebung (Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, §§. 434 ff.) in Beziehung auf den Schenker, und über das dadurch hervorgebrachte sonderbare Resultat s. m. Recht der Forderungen (2. A.), Bd. III, §. 235, I, F. a. E.

72) Nämlich zur Bezahlung der sechs Prozente jährlich.

73) Zum gerichtlichen Depositorium behufs Verwaltung, wegen des im folg. §. 1127 dem Beschenkten vorbehaltenen Rechts.

74) Zu dessen, des Schenkers, Ernährung.

75) Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 102, Nr. 2.

76) Der zweite Grund, aus welchem das R. R. einem Dritten — den Gläubigern — den Widerruf einer Schenkung wider den Willen des Schenkers gestattete (Anm. 63), ist, wenn ein Schuldner durch Schenkung unredlicherweise sein Vermögen für die Schulden unzulänglich gemacht oder die schon vorhandene Insolvenz desselben vergrößert hat. Das Rechtsmittel ist die Pauliana actio, welche, von der unredlichen Veräußerung angerechnet, Ein Jahr lang dauert (L. 6, §. 14; L. 10, §. 18 D. quae in fraud. XLII, 8) und zu deren Begründung eine wahre Veräußerung im Gegensatze zur Unterlassung einer sich dargebotenen Erwerbung, Unredlichkeit des Gebers; und in der Person des Empfängers entweder Theilnahme an der Unredlichkeit (Mitwissenschaft), oder Bereicherung (Schenkung) erfordert wird. (L. 6, §. 11; L. 25 pr.; L. 7, 8, 9 D. eod.; L. 5 C. de revoc. his quae in fraud. VII, 75.) Dieses Rechtsmittel giebt auch das A. L.R. hier den Gläubigern eines zahlungsunfähigen Schuldners gegen Schenkungen, aber unter einer so einschränkenden Bedingung, daß die Gläubiger in den allermeisten Fällen gegen die Betrügereien ihrer bösen Schuldner völlig schutzlos bleiben, indem die Rechtshülfe nur in dem Falle des formellen Konkurses gewährt werden soll. Diesem Zustande der Rechtlosigkeit abzuhelfen, ist der Zweck des Gesetzes vom 26. April 1835 (Zus. 36); aber die Abhülfe wird doch auch wieder nur unvollständig verschafft. S. die folg. Anm.

*) (5. A.) Ist auch in die Hohenzollernschen Lande durch das Gesetz vom 31. Mai 1860 (G.S.

Wir ꝛc. verordnen für diejenigen Landestheile, in welchen das A. L.R. und die A. G.O. Gesetzeskraft haben, unter Zustimmung der Kammern, was folgt:

§. 1. Außer dem Falle des Konkurses steht jedem Gläubiger, dessen Forderung vollstreckbar[76a]) ist, die Befugniß zu, Rechtshandlungen seines Schuldners im Wege der Klage oder Einwendung nach Maßgabe der folgenden näheren Bestimmungen als ungültig anzufechten[76b]).

---

S. 214) mit dem 1. Oktober 1860, sowie in den Bezirk des Justizsenats zu Ehrenbreitstein mit dem 1. Oktober 1864 eingeführt worden durch das Gesetz vom 3. Februar 1864 (G.S. S. 40).

76a) Hiernach kann, wie auch nach dem G. vom 26. April 1835, außerhalb des Konkurses der Widerruf nur wegen solcher Forderungen ausgeübt werden, wegen welcher das Exekutionsverfahren auf Grund eines exekutorischen Titels stattfindet. Das Ges. vom 26. April 1835 forderte aber auch die wirklich eingetretene Einleitung des Verfahrens durch Erlaß des Exekutionsmandats (§. 4). Davon sieht das neue Gesetz ab und es muß davon absehen, weil das Exekutionsmandat, nach neuerem Rechte, nicht mehr erlassen wird. Die Klage wird nun in dem Falle, wo nicht das Gericht des Exekutionsverfahrens auch für die Anfechtungsklage kompetent und wo auch nicht der Versuch der Exekutionsvollstreckung gemacht worden ist, durch das Erkenntniß und ein Attest der Vollstreckbarkeit (Rechtskraft) zu begründen sein, namentlich in dem Falle des §. 3, Nr. 3. Unbedingte Geltung hat bei dem heutigen Rechtsstande also noch das Pr. des Obertr. 1041, vom 14. Sept. 1841: „Bei rechtskräftig feststehenden, terminlich zu leistenden Zahlungen (Alimenten) findet das Recht des Gläubigers zum Aufrufe der (im Ges. vom 26. April 1835) erwähnten Verträge nur wegen solcher Zahlungen statt, weshalb innerhalb eines Jahres vor Errichtung des Vertrages die Exekution verfügt worden (verfügt werden kann), nicht aber wegen der künftig erst einziehbaren." Nicht mehr passend aber ist das Pr. 2303, vom 19. Juni 1851: „Die gesetzliche Befugniß, den Schuldner in der Verfügung über sein Vermögen zu beschränken und dieselbe, wenn sie getroffen worden, rückgängig zu machen, wird durch die Nachsuchung der Exekution und den Erlaß des Exekutionsmandats bedingt und erstreckt sich nicht auf andere Forderungen und Ansprüche desselben Gläubigers, als auf die, wegen deren er ein Exekutionsmandat wirklich extrahirt hat, mag auch dasselbe sich erfolglos erwiesen haben." (Entsch. Bd. XXI, S. 250.) An die Stelle des Exekutionsmandats (Zahlungsbefehls) tritt jetzt die Exekutionsverfügung an den Exekutor, und im Falle des §. 3, Nr. 3 ist ein Exekutionsantrag und ein Versuch der Exekution nicht erforderlich. Eine Ausnahme von der Regel des §. 1 macht der §. 6.

(4. A.) Der Gläubiger braucht zur Durchführung seiner Anfechtungsklage außer seinem exekutorischen Titel nicht noch den Beweis anzutreten, daß ihm der wider den Schuldner vollstreckbar gewordene Anspruch auch wirklich zustehe. Erk. des Obertr. vom 25. Januar 1859 (Entsch. Bd. XL, S. 73). (5. A.) Dem Erwerber eines, von einem zahlungsunfähigen Schuldner erkauften Grundstückes steht aber der Einwand: daß der Wechsel, aus welchem der Veräußerer verurtheilt worden, gefälscht sei, an sich und auch in dem Falle zu, wenn in dem Wechselprozesse gegen den Schuldner die Aechtheit des Wechsels in contumaciam festgestellt worden ist. Erk. des Obertr. vom 31. März 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 468). Ueberhaupt ist in einem auf das G. vom 9. Mai 1855 gestützten Anfechtungsprozesse der Erwerber des Exekutionsobjekts berechtigt, zu beweisen, daß die zur Exekution stehende Forderung unbegründet sei. Erk. des Obertr. v. 25. Febr. 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 362).

76b) Betreffs der Passivlegitimation hat das Obertr. zum §. 2 des Ges. vom 26. April 1835 den Satz ausgesprochen, daß die anzustellende Anfechtungsklage nur für zulässig erachtet werden könne, wenn sie gegen beide Kontrahenten des Vertrages zugleich gerichtet wird. Dies soll aus dem Zwecke und der Wirkung einer solchen Anfechtungsklage folgen. Denn ein zweiseitiger Vertrag könne von einem Dritten nur angefochten und rücksichts dieses Klägers von dem Richter für unverbindlich erklärt werden, wenn beide Kontrahenten darüber gehört seien; dies liege im Wesen zweiseitiger Verträge und folge gleichzeitig aus dem Zwecke der Klage, welcher dahin gehe, den Vertrag als solchen, d. h. in Bezug auf beide kontrahirende Theile (?), dem Kläger gegenüber für unverbindlich zu erklären, wozu eine einseitige Verhandlung mit dem Erwerber allein nicht ausreiche, und weshalb also der Vertrag bezüglich des Veräußerers, dem Kläger gegenüber, bei Kräften bleiben, dadurch aber gerade für den Gläubiger des Veräußerers die Möglichkeit ausgeschlossen sein würde (?), den veräußerten Gegenstand, im Wege der gegen seinen Schuldner gerichteten Exekution, zu seiner Befriedigung zu verwenden. Erk. vom 13. Okt. 1853 (Entsch. Bd. XXVII, S. 156). Der Satz ist kein geltender Rechtssatz und die Begründung bewegt sich auf Irrwegen. Die Klage, welche das G. v. 26. April 1835 dem Gläubiger giebt, ist wesentlich eine Abforderungsklage nach dem Prinzipe der actio Pauliana. Zweck der Klage ist keineswegs die Ungültigkeitserklärung des fraglichen Vertrages, und noch dazu „in Bezug auf beide kontrahirende Theile", zwischen diesen bleibt der Vertrag ganz in seinen Würden; den Gläubiger geht er nichts an; der Zweck der Klage ist vielmehr lediglich, den Verklagten (den Erwerber) verurtheilt zu sehen, den erworbenen Gegenstand herauszugeben, wie bei anderen Abforderungsklagen; die Klage geht sogar gegen den dritten Besitzer, gründet sich mithin nicht auf einen den Kläger umfassenden oder verbindenden Vertrag. Der abfordernde Gläubiger ist hierin dem Vindikanten ähnlich, der gleichfalls nicht nöthig hat, den Kaufkontrakt, durch den der Beklagte die Sache in seinen Besitz

§. 2. Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist[76c]).

---

gebracht hat, für ungültig erklären zu lassen, und deshalb seine Klage mit gegen den Verkäufer zu richten. Der abfordernde Gläubiger hat zur Begründung seiner Klage gegen den Besitzer des Gegenstandes die Voraussetzungen seines Abforderungsrechts zu behaupten, und auf den Einwand des Beklagten, daß er die Sache rechtmäßig erworben habe, nur zu repliziren: daß diese Erwerbung ihm, dem Kläger gegenüber, unkräftig sei; denn das Gesetz selbst (§. 2) erklärt das Geschäft in Beziehung auf den anfechtenden Gläubiger für unverbindlich; es bedarf nicht erst noch einer richterlichen Ungültigkeitserklärung, vielmehr kann der Gläubiger dasselbe als für ihn gar nicht vorhanden behandeln. Ob die Voraussetzungen dazu vorhanden, kann er nur mit dem Beklagten ausmachen, der Veräußerer ist dabei ganz entbehrlich. Findet der Beklagte in seinem Interesse die Mitwirkung desselben nothwendig oder nützlich, was wegen des Regresses möglich ist, so mag er ihn zuziehen. (4. A. Diesem entsprechend behandelt das Obertribunal auch die Interventionsklagen. In dem Erk. vom 6. Februar 1852 [Arch. f. Rechtsf. Bd. VI, S. 27] führt dass. aus, daß der Prinzipal-Intervenient seine Interventionsklage nur dann gegen beide Parteien des Hauptprozesses zu richten habe, wenn beide seine Ansprüche bestreiten; habe der Schuldner bei Vollstreckung der Exekution den Eigenthumsanspruch des Intervenienten anerkannt, so sei die Interventionsklage lediglich gegen den Extrahenten der Exekution anzubringen. Die entgegengesetzte Ansicht verstoße gegen Rechtsgrundsätze. Und in dem Erk. vom 27. Okt. 1854 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 196] führt dasselbe, im Widerspruche mit jenem Erk. vom 13. Oktober 1853, aus, daß die nach dem Gesetze von 1835 anzustellende Anfechtungsklage unter besonderen Umständen auch bloß gegen Einen Kontrahenten des Vertrages gerichtet werden könne.) Wird der Beklagte dem Klageantrage gemäß zur Herausgabe des fraglichen Gegenstandes zum Zwecke der Befriedigung des Klägers verurtheilt, so ist doch völlig unfindbar, wie „die Möglichkeit ausgeschlossen sein soll, den veräußerten Gegenstand, im Wege der gegen seinen Schuldner gerichteten Exekution, zu seiner Befriedigung zu verwenden"; es braucht ja nur das Urtheil vollstreckt zu werden. Das Obertribunal verwirrt sich in den beiden verschiedenen Verfahren, von welchen das Exekutionsverfahren gegen den Veräußerer das Hauptverfahren, und der Abforderungsprozeß mit dem Dritten (dem Erwerber des Exekutionsobjekts) ein Zwischenverfahren ist: während der Dauer des letzteren ruht das erstere; ist das zu Gunsten des Gläubigers in dem Zwischenverfahren ergangene Urtheil vollstreckt, und die abgeforderte Sache dem Erwerber abgenommen, so wird das Hauptexekutionsverfahren in dieselbe wieder fortgesetzt. So ist der Rechtsstand schon nach dem Ges. v. 26. April 1835. In dem neuen Ges. v. 9. Mai 1855 tritt derselbe noch deutlicher hervor. Die ganze Fassung ergiebt, daß der Gesetzgeber daran, daß der Erwerber nicht für sich allein bei der Abforderungsklage passiv legitimirt sein soll, durchaus nicht gedacht hat. Insbesondere erhellet solches bestimmter hier aus diesem §. 1 und weiterhin aus dem §. 14. Der §. 1 gestattet, das Prinzip der Klage auch in der Form der Exception geltend zu machen. Das würde nicht angehen, wenn nicht der gewiß seltene Zufall eingetreten wäre, daß der Schuldner und sein Abnehmer gemeinschaftlich geklagt hätten, was sie ja willkürlich vermeiden können. Der §. 14 sagt, der Gläubiger (Kläger) solle in seinem Antrage ausdrücken, was der Verklagte (nicht die Verklagten) zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll, also daß er z. B. eine Sache herauszugeben oder eine Löschung zu gestatten verurtheilt werden soll. Damit ist nur der Erwerber gemeint, folglich ist auch nur dieser unter dem Verklagten zu verstehen. (4. A.) Die spätere Praxis des Obertribunals scheint auch jene Theorie aufgegeben zu haben. In einem Erk. vom 15. Sept. 1857 wird das Gegentheil ausgeführt und gesagt: „Zweck der Klage ist nicht, zunächst erst einen, jenes Geschäft für unverbindlich in Beziehung auf den klagenden Gläubiger erklärenden, richterlichen Ausspruch zu erlangen, sondern jenes Recht (den Gegenstand der stattgehabten Veräußerung, als noch in dem Vermögen des Veräußerers verblieben, zu behandeln) gegen den Erwerber des Gegenstandes der stattgehabten Veräußerung zur Geltung zu bringen und unmittelbar gegen diesen wirksam zu machen." (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXV, S. 367.) Vergl. Entsch. Bd. XIII, S. 133. Das ist zwar juristisch auch nicht genau richtig, aber praktisch unschädlich. S. Anleitung §. 162, Nr. V. — (5. A.) In dem Erk. vom 18. Sept. 1862 gelangt das Obertr. zu dem Ergebnisse, daß die gegen den Erwerber allein gerichtete Anfechtungsklage nach dem Stande und dem Sinne dieses Gesetzes zulässig sei, und daß sie nicht von vornherein deshalb zurückgewiesen werden könne, weil sie nicht zugleich mit gegen den Veräußerer gerichtet worden. Der desfallsige Einwand erscheine danach hinfällig. (Entsch. Bd. XLIX, S. 362.) Somit wäre denn in dieser Beziehung das rechte Geleise getroffen, wobei die Kautel bezüglich auf die Rechtfertigung der alten Theorie „nach dem Stande und dem Sinne des neuen Gesetzes" immerhin in den Kauf genommen werden mag, obgleich dieser „Stand und Sinn" in Wahrheit kein anderer ist. M. s. auch das spätere Erk. vom 22. Nov. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 152).

76c) (4. A.) Bei dieser Anfechtung entscheidet hinsichtlich der Vermögensunzulänglichkeit nicht die Zeit der Erfüllung, sondern die Zeit des Abschlusses des Vertrages. Erk. des Obertr. v. 31. März 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 20).

(4. A.) Das Recht des Gläubigers, auf Grund dieses Gesetzes Veräußerungsverträge seines

§. 3. Eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners (§. 2) ist anzunehmen:

1) wenn bei der von dem Gläubiger veranlaßten Auspfändung keine Exekutionsgegenstände, oder nur solche Gegenstände vorgefunden worden sind, deren Unzulänglichkeit sich klar ergiebt, oder welche von dritten Personen in Anspruch genommen werden; sofern der Schuldner auf Befragen anderweite Gegenstände nicht sofort[77]) nachweist;

2) wenn der Schuldner sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat oder sich verborgen hält[78]), und deshalb die Vollstreckung der Exekution nicht stattfinden kann;

3) wenn innerhalb des letzten Jahres vor[78a]) dem Tage, an welchem die auf die Anfechtung ge-

---

Schuldners anzufechten, ist nicht dadurch bedingt, daß die veräußerten Gegenstände im Wege der Exekution für den Gläubiger gepfändet worden. Erk. des Obertr. v. 19. Sept. 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 21). Dies bezieht sich auf den §. 2 des G. v. 26. April 1835, gilt aber auch von dem neuen Gesetze.

(4. A.) Auf Grund des §. 2 des G. vom 26. April 1835 (und der §§. 1 und ff. des G. vom 9. Mai 1855) kann der Gläubiger den Veräußerungsvertrag seiner mehreren Schuldner in Betreff eines denselben gemeinschaftlich gehörigen Grundstücks nur auf den Antheil desjenigen Schuldners anfechten, welcher hinsichtlich des Erwerbes zu den in den bezogenen §§. genannten Personen gehört. Erk. dess. vom 23. Febr. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 166).

(5. A.) Ein Gläubiger, auf dessen Antrag bei seinem Schuldner im Wege der Exekution Sachen verpfändet worden sind, ist berechtigt, einem Intervenienten, welcher das Eigenthum dieser Sachen von dem Schuldner durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag vor der Pfändung erworben zu haben behauptet, auch ohne den Nachweis einer Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners entgegen zu setzen, daß dieser Vertrag simulirt sei; er muß jedoch den Beweis nach der Vorschrift Tit. 4, §. 55 führen und kann sich nicht auf die Vorschrift des §. 17 dieses Gesetz stützen, wenn er sich nicht zugleich auf die Vermögensunzulänglichkeit, also auf die Grundsätze der actio Pauliana, gründet. Erk. des Obertr. vom 19. Dez. 1864 (Entsch. Bd. LIV, S. 1).

(5. A.) Nach §. 2 ist die Anfechtung zulässig, wenn eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist. Die Wortbedeutung einer Annahme der Vermögensunzulänglichkeit weist aber darauf hin, daß der Gläubiger, um eine ihm nachtheilige Rechtshandlung seines Schuldners anfechten zu können, für dessen Vermögensunzulänglichkeit nicht im Sinne der Vorschriften der Allg. Gerichtsordnung einen vollständigen Beweis führen und den dagegen vom Beklagten angetretenen Gegenbeweis entkräften soll, sondern nur verpflichtet ist, in Gemäßheit des §. 3 Thatsachen darzuthun, aus welchen der Richter entweder in den dort besonders hervorgehobenen Fällen oder sonst nach §. 17 auf die Vermögensunzulänglichkeit schließen kann. Hat er also dieselbe in dieser Weise nachgewiesen, so hat er auch die Befugniß erlangt, die Rechtshandlung seines Schuldners anzufechten und kann ihm diese nicht dadurch wieder vereitelt werden, daß hinterher ein Gegenbeweis zur Widerlegung der einmal in der angegebenen Art festgestellten Vermuthung der Vermögensunzulänglichkeit versucht wird. Ein Gegenbeweis kann immer nur auf die zum Nachweis der Vermögensunzulänglichkeit von dem Gläubiger behaupteten Thatsachen selbst gerichtet und im Falle des §. 3, Nr. 1 nur bei der Exekutionsvollstreckung selbst geführt werden. Erk. dess. v. 4. Okt. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 33).

77) Hierbei ist an das Befragen des Schuldners von Seiten des Exekutors bei dem Versuche der Exekutionsvollstreckung gedacht. Dieses Befragen setzt natürlich die Anwesenheit des Schuldners voraus und muß also unterbleiben, wenn er sich nicht antreffen läßt, was sehr gewöhnlich. Für diesen Fall kommt die Bestimmung 2 zur Anwendung.

78) Noch ein dritter Fall kann eintreten, der die Vollstreckung der Exekution verhindert, nämlich der der einfachen Abwesenheit verbunden mit dem Mangel an Gegenständen in den zugänglich gemachten Räumen und Behältnissen. Der Exekutor ist nicht in der Lage, festzustellen: ob der Schuldner, den er nun nicht befragen kann, entwichen ist oder sich verborgen hat, oder ob er nur zufällig abwesend ist. Das Wesentliche wird sein, daß deshalb, weil die Person des Schuldners fehlt, die Vollstreckung der Exekution nicht stattfinden kann. Außerdem könnte sich durch die Wiederholung des Versuchs oder durch die Untersuchung und Feststellung der Abwesenheitsursache die Sache so sehr in die Länge ziehen, daß der Gläubiger darüber die Zeit verlöre.

78a) (5. A.) Nur in dem einzigen Falle des §. 3, Nr. 3, wenn die Vermögensunzulänglichkeit aus einer nicht von dem anfechtenden Gläubiger, sondern von einem Dritten gegen den Schuldner in Antrag gebrachten und fruchtlos vollstreckten Exekution gefolgert werden soll, wird erfordert, daß diese innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die auf die Anfechtung gerichtete Klage angebracht worden ist, stattgefunden habe. Im Uebrigen ergeben dagegen die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht, daß die Vermögensunzulänglichkeit immer für die Zeit vor der Klageanstellung festgestellt sein müsse und nicht berücksichtigt werden dürfe, wenn sie erst später im Laufe des Prozesses über die Ungültigkeit des von dem Schuldner vorgenommenen Rechtsgeschäftes dargelegt sei. In dieser Beziehung sind vielmehr gar keine Fristen gegeben. Es steht daher nichts entgegen, eine erst nach der

richtete Klage oder Einwendung angebracht worden ist, eine Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen ist[79]).

Ein anderweiter Nachweis der Vermögensunzulänglichkeit ist durch vorstehende Bestimmungen nicht ausgeschlossen[80]).

§. 4. Werden bei der durch den Gläubiger veranlaßten Exekution Gegenstände der Exekutionsvollstreckung vorgefunden oder von dem Schuldner nachgewiesen, so treten, bevor eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden kann, folgende Bestimmungen ein:

1) wenn liquide, sichere, zur Deckung der Schuld hinreichende und innerhalb dreier Monate fällige Aktivforderungen in Beschlag genommen sind, so muß der Gläubiger den Zahlungstermin abwarten;

2) wenn andere bewegliche Sachen, deren Unzulänglichkeit sich nicht klar ergiebt, abgepfändet sind, so muß der Gläubiger den öffentlichen Verkauf derselben bewirken lassen;

---

Klageanstellung von dem Kläger beantragte und fruchtlos ausgefallene Exekution für die Feststellung der die Klage bedingenden Vermögensunzulänglichkeit zu berücksichtigen, zumal dadurch zugleich die Fortdauer des Unvermögens des Schuldners, den Kläger zu befriedigen, klar dargethan wird. Erk. vom 12. Juli 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXIII, S. 301). — Diese Meinung hat das Bedenken gegen sich, daß eine die Gläubiger benachtheiligende Veräußerung nur dann vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners zur Zeit der Veräußerung entweder schon unzulänglich war, oder durch diese Veräußerung unzulänglich wurde. Daher berechtigt eine Vermögensunzulänglichkeit, welche sich erst nach der Klageanstellung herausstellt, nicht zu dem Schlusse, daß dieselbe schon zu einem wer weiß wie lange der Vergangenheit angehörigen Zeitpunkte vorhanden war.

79) In dieser Vorschrift ist nur die Zeitbestimmung neu, im Uebrigen ist der §. 11, Nr. 2 des G. v. 26. April 1835 hier wiederholt. Die Praxis hat angenommen: dieser Fall setze voraus, daß die Forderung, wegen welcher die Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen, objektiv eine andere und von derjenigen verschieden sei, wegen welcher der Gläubiger von der Anfechtungsbefugniß nach den Vorschriften des Gesetzes Gebrauch macht; der Anwendung des §. 11, Nr. 2 stehe es aber nicht entgegen, daß beide Forderungen demselben Gläubiger zuständig sind und in demselben Prozesse gleichzeitig zur Exekution standen. Pr. des Obertr. 2415, v. 30. Nov. 1852. (Entsch. Bd. XXV, S. 5.)

(4. A.) Die Alternative des „entweder — oder" bezeichnet nicht, wie man gemeint hat, ein Wahlrecht des Gläubigers, nach seinem Belieben das Eine oder das Andere zu thun oder zu unterlassen, sondern sie bezieht sich auf die Vorschriften über die Grade der Realexekution. (V. I. vom 4. März 1834 §. 24.) Erk. des Obertr. vom 14. Nov. 1861 (Entsch. Bd. XLVI, S. 395).

(4. A.) Diese Alternative findet auch auf Schuldner Anwendung, welche Fideikommißgüter besitzen. Der Gläubiger hat in diesem Falle den Beweis zu führen, daß die Befriedigung aus den Revenüen innerhalb Jahresfrist nicht erfolgen könne. Erk. des Obertr. vom 4. April 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 367).

80) Das Ges. v. 26. April 1835 hat diese Bestimmung im §. 11, wo es die Fälle, in welchen eine Vermögensunzulänglichkeit anzunehmen, aufzählte, nicht und es hatte dadurch den Zweifel veranlaßt, ob auch außer den genannten Fällen der Nachweis zulässig sei. Die Praxis des Obertr. hatte angenommen, daß der §§. 11 nicht die einzigen Fälle enthalte, vielmehr es den, einen Vertrag ihres Schuldners anfechtenden Gläubigern unbenommen bleibe, die Vermögensunzulänglichkeit auch auf andere Weise, insbesondere durch das Geständniß des Schuldners nachzuweisen, Pr. des Obertr. 1652, vom 15. Nov. 1845; dagegen hielt das Obertribunal die Vermögensunzulänglichkeit dadurch allein, daß ein ergreifbares Vermögensobjekt nicht bekannt ist, nicht für nachgewiesen. Erk. v. 5. Sept. 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 225). — Das Geständniß des Schuldners ist ein zweifelhaftes Beweismittel; der Schuldner ist nicht Partei und kann mithin ein Geständniß im rechtlichen Sinne nicht ablegen. §§. 82, 85, Tit. 10 Pr.-O. Geständnisse beweisen auch nur wider den Gestehenden. §. 88 b a. a. O. Das sog. Geständniß des Schuldners kann nur als Zeugniß in dem ihm fremden Prozesse gelten, und wenn er Mitpartei ist, begründet es gegen die andere Mitpartei ein Indizium. §. 86 a. a. O. — Das Erk. vom 8. Mai 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 101) wiederholt den ersten Theil des Pr. 1652 und fügt bei: „und es bedarf namentlich keines weiteren Beweises darüber (über die Vermögensunzulänglichkeit), wenn der Schuldner sich durch den angefochtenen Vertrag seines gesammten Vermögens entäußert hat." Das ist überzeugend, wenn der Veräußerer Schulden hatte. Vergl. L. 17, §. 1 D quae in fraudem creditorum (XLII, 8). — Uebrigens ist der Rechtssatz unverändert, daß der Fall der Anfechtungsklage auch dann vorhanden, wenn die Vermögensunzulänglichkeit erst durch das angefochtene Rechtsgeschäft eingetreten ist. Pl.-Beschl. des Obertr. vom 12. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 136), und Erk. v. 28. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 311). Vergl. L. 17, §. 1 D. quae in fraudem cred. (XLII, 8), L. 10 D. qui et a quibus manumissi (L, 9).

3) wenn der Schuldner Grundstücke besitzt, so muß der Gläubiger entweder deren Revenüen in Beschlag nehmen, sofern nicht klar erhellt, daß seine Befriedigung aus den Revenüen innerhalb Jahresfrist nicht zu erlangen sei; oder er muß den gerichtlichen Verkauf der Grundstücke und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten, insofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist;

4) wenn für die Forderung eine Sache als Pfand oder Hypothek bestellt ist, welche sich nicht mehr[80a]) im Eigenthum des Schuldners befindet[81]), so muß der Gläubiger den gerichtlichen Verkauf derselben und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten, insofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist.

§. 5. Die nachstehend bezeichneten Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung, insofern sie innerhalb zweier Jahre, vom Tage der Anbringung der auf die Anfechtung gerichteten Klage oder Einwendung zurückgerechnet[82]), vorgenommen worden sind:

1) Verträge, durch welche der Schuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten[82a]) gegeben hat;

2) freigebige Verfügungen des Schuldners[82b]), insbesondere Schenkungen, Erbes- oder Vermächtnißentsagungen[83]), ingleichen solche Verfügungen, welche zwar unter lästigem Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügungen des Schuldners zu erachten sind[84]);

---

80a) (5. A.) „Nicht mehr", also sich doch zur Zeit der Verpfändung zweifelsfrei noch im Besitze des Exequendus befunden haben müssen, denn diese Bestimmung (Nr. 4) spricht nur von solchen Grundstücken, deren Verpfändung vom Schuldner ausging. Auch findet diese Bestimmung keine Anwendung auf solche Grundstücke und Vermögensobjekte des Schuldners, „welche von Dritten in Anspruch genommen werden" (§. 3, Nr. 1). Erk. des Obertr. vom 2. April 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 282).

81) In dem §. 12 des G. v. 26. April 1835, dessen wesentlicher Inhalt in dem §. 4 des jetzigen Gesetzes wiederholt wird, fehlten Nr. 4 die Worte: „welche sich nicht mehr im Eigenthume des Schuldners befindet". Das Obertr. hatte deshalb den Rechtsgrundsatz angenommen: „Diese Vorschrift (Nr. 4, §. 12) findet keine Anwendung auf den Fall, wenn die verpfändete Sache nicht dem Exequendus, sondern einem Dritten gehört." Pr. 2292, vom 29. April 1851. (Entsch. Bd. XXI, S. 68.) Diese Jurisprudenz ist durch die neue Bestimmung beseitigt.

82) Diese Zeitbestimmung ist den Umständen außerhalb des formellen Konkurses angepaßt; im Uebrigen stimmt der §. 5 wörtlich überein mit dem §. 102 der Konkursordnung und tritt in die Stelle des §. 2 des G. v. 26. April 1835. Die Zeitbestimmung würde in dem Falle des §. 4, Nr. 4 möglicherweise zu enge Grenzen ziehen; für einen solchen Fall aber sichert der §. 6 die nöthige Rechtshülfe. Vergl. die Anm. zu §. 102 der Konkursordnung. — Nach älterem Rechte wurde die Frist vom Tage des auf das Exekutionsgesuch erlassenen Zahlungsbefehls zurückgerechnet. G. vom 26. April 1835, §. 4. Da der Zahlungsbefehl abgeschafft ist (G. vom 20. März 1854, §. 15), so hat ein anderer Anfangspunkt festgesetzt werden müssen.

82a) (4. A.) M. s. die folg. Anm. 82b.

(4. A.) Erbtheilungsverträge sind zu den auf Grund des G. v. 26. April 1835 anzufechtenden Verträgen nicht zu rechnen, mögen immerhin die Miterben die Verpflichtung übernommen haben, die eine Miterbin, die Schuldnerin des Klägers, gegen Ueberlassung ihres Erbtheils lebenslänglich zu unterhalten. Erk. v. 6. September 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 126). Ob das auch nach §. 5, Nr. 1 des G. v. 9. Mai 1855 anzunehmen, ist zu bezweifeln.

82b) (4. A.) Man hatte angenommen, daß ein Vertrag, durch welchen der Schuldner sein Grundstück an einen Dritten veräußert und von dem Käufer sich und seiner Ehefrau ein Ausgedinge bestellen läßt, rücksichtlich der die Ehefrau betreffenden Ausgedinge-Stipulation nicht dem Anfechtungsrechte der Gläubiger des Ehemannes nach Maßgabe des G. v. 26. April 1835 unterliege. Erk. des Obertr. v. 15. September 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 122). Nach den Bestimmungen des G. v. 9. Mai 1855 wird dies nicht anzunehmen sein.

83) Dadurch ist der Meinungsstreit, welche der §. 1 des G. vom 26. April 1835 über die Zulässigkeit der Anfechtung von Erbschaftsentsagungen veranlaßt hatte, im Sinne der von mir vertretenen Meinung entschieden. M. s. darüber: das Pr. des Obertr. 1254, vom 10. Januar 1843 und das Erk. v. 25. März 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 87); dagegen m. Auff. im Schles. Arch. Bd. VI, S. 206 ff.

84) Vergl. die Anm. 20 zu §. 102 der Konk.-O. und unten Anm. 87. (4. A.) Eine Umgehung dieses Gesetzes ist es, wenn ein zahlungsunfähiger Schuldner ein Forderungsrecht an einen Fremden cedirt und sich ausbedingt, daß der Cessionar das Aktivum gegen ein von dem Schuldner

3) Veräußerungen [84a]) unter einem lästigen Titel [85]), welche der Schuldner

a) an seinen Ehegatten, vor oder nach geschlossener Ehe, oder

b) an einen seiner eigenen nahen Verwandten, oder

c) an einen nahen Verwandten seines Ehegatten, oder

d) an den Ehegatten einer der unter b. und c. erwähnten Personen [86])

---

ihm zu gewährendes Entgelt weiter auf den Sohn des veräußernden Schuldners übertragen solle. Diese Veräußerung geht lediglich aus einer freigebigen Verfügung des Schuldners zum Besten seines Sohnes hervor und kann mit Recht von dem unbefriedigten Gläubiger auf Grund des §. 5, Nr. 2. und §. 12 angefochten werden. Erk. des Obertr. v. 7. Dezember 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXI, S. 309). Dieser Rechtsanwendung ist voller Beifall zu geben. Der Schuldner bringt ja durch Freigebigkeit das Aktivum durch eine dafür abgefundene Mittelperson auf seinen Sohn.

(5. A.) Eine Erbschaftsentsagung kann, falls die übrigen Desiderate des §. 5, Nr. 2 vorliegen, als eine freigebige Verfügung nach diesem Gesetze von den Gläubigern des Entsagenden angefochten werden. Erk. dess. vom 22. Februar 1867 (Archiv für Rechtsf. Bd. LXV, S. 343 und Entsch. Bd. LIX, S. 412).

84a) Nur Veräußerungen, nicht Pachtverträge können von den Gläubigern des Verpächters auf Grund des G. v. 26. April 1835 angefochten werden. Pr. des Obertr. 2537, v. 16. Dezbr. 1854 (Entsch Bd. XXX, S. 241). Hierin ist durch das gegenwärtige Gesetz nichts geändert.

Auf den Gegenstand der Veräußerung kommt hinsichtlich der Anfechtbarkeit derselben nichts an. Das Frankfurter Appellationsgericht hatte die eigenthümliche Ansicht zur Geltung bringen wollen, daß das Anfechtungsrecht aus dem Gesetze vom 26. April 1835 nur dann stattfinde, wenn der Veräußerungsvertrag bestimmte, in den Besitz des Erwerbers übergegangene, „spezifisch noch vorhandene" Vermögensstücke des Schuldners betreffe, dieses aber bei einer veräußerten Erbschaft, als einem Inbegriffe von Rechten und Pflichten, nicht der Fall sei. Das Obertr. ist diesem Theorem entgegengetreten und hat den Satz begründet, daß auch alsdann, wenn das veräußerte Objekt einem Inbegriffe, vermöge dessen mit den darin enthaltenen Rechten auch Verbindlichkeiten verknüpft sind, angehört und spezifisch in dem Besitze des Erwerbers nicht mehr vorhanden ist, die Anfechtung der Veräußerung stattfinde. Erk. vom 13. März 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 93). Nach der Fassung des gegenwärtigen Gesetzes v. 9. Mai 1855 ist dieser Satz vollends unzweifelhaft.

85) (4. A. Die Rückzahlung eines Darlehns seitens des Schuldners gegen die Quittungsleistung des Gläubigers gehört nicht zu den hier gemeinten lästigen Verträgen. Vergl. §. 7, Nr. 5. Erk. des Obertr. v. 5. September 1854 [Arch. f. Rechtsf. Bd. XIV, S. 325].)

Nicht zu übersehen ist, daß hier überall ernstlich gemeinte Rechtsgeschäfte vorausgesetzt werden. Folge ist: 1. daß der Einwand des Beklagten, daß unter den Kontrahenten kein simulirtes, sondern ein wirkliches Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei, unerheblich (Pr. des Obertr. 1104, v. 11. Februar 1842); 2. daß der Verwandte des Schuldners, als dessen Abkäufer, sich nicht mit dem Einwande, daß der Kauf- oder Annahmepreis den wahren Werth der ihm übereigneten Sache erreicht habe, schützen kann (Pr. des Obertr. 1075, v. 20. November 1841); 3. daß auch außer den Fällen dieses Paragraphen jeder Gläubiger befugt ist, Veräußerungsverträge seines Schuldners anzufechten, wenn er zu beweisen vermag, daß dieselben von beiden Seiten ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, und lediglich zum Scheine abgeschlossen worden. Pr. des Obertr. 1513, v. 14. Dezember 1844. (Entsch. Bd. X, S. 355.) Vergl. das Pr. 1654 o. in der Anm. zu §. 393 d. T. und o. die Anm. 45 zu §. 71 d. T. Diesen von der Praxis festgestellten Satz 3 hat nun das gegenwärtige Gesetz in den folgenden §. 7 aufgenommen.

Zu den hier für anfechtbar erklärten Verträgen gehören auch hypothekarische Schuldverschreibungen. Pr. des Obertr. 680, lit. b, v. 29. Mai 1839. (4. A.) Von dieser Auslegung ist das Obertr. aus dem allgemeinen Grunde, weil der weitere gemeinrechtliche Sinn des Wortes „alienatio", in welchem es auf Verpfändungen ebenfalls paßt, in das A. L.R. nicht übergegangen sei, wieder abgegangen. Erk. v. 1. Nooember 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXV, S. 214 und Entsch. Bd. XLIII. S. 464) und vom 23. Juni 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXXI, S. 269).

Zu dem, in den Entsch. Bd. XV, S. 87 mitgetheilten Erk. des Obertr. vom 25. März 1847 ist von den Herausgebern der Satz formulirt (ein eingetragenes Pr. ist es nicht): „Das Recht des Gläubigers, einen von seinem zahlungsunfähigen Schuldner geschlossenen Vertrag auf den Grund des G. vom 26. April 1835 zu widerrufen, findet nur bei Verträgen über solche Gegenstände statt, in welche zur Zeit des geschlossenen Vertrages Exekution schon hätte vollstreckt werden können." Angehängt ist als Folgesatz: „Die Entsagung eines an den Schuldner erledigten Lehnsanfall kann daher gleichfalls nur im Wege des förmlichen Konkurses angefochten werden." Dieser Folgesatz kann nicht „daher", sondern aus einem anderen, nach dem neuen G. vom 9. Mai 1855 nicht mehr geltenden Grundsatze. S. die vor. Anm. 83. Der Vordersatz ist kein geltender Rechtsgrundsatz; von der in das Reich der Thatsachen gehörenden Möglichkeit der Exekutionsvollstreckung hängt der Rechtspunkt nicht ab.

86) Damit sind die Veräußerungen an Schwiegerkinder außer Streit gesetzt. Vergl. über das

vorgenommen hat; sofern der andere Theil nicht Umstände nachweist[86a]), aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen[87]), nicht gewußt hat.

---

frühere Recht die Pr. des Obertr. 680, vom 29. Mai 1839 (Entsch. Bd. XIII, S. 123) und 1739, vom 21 März 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 190), wonach Gütergemeinschaft oder doch gemeinschaftlicher Erwerb zur Anfechtbarkeit der Veräußerung an einen Descendenten und dessen Ehegatten erforderlich war.

(4. A.) Die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes können nicht ausdehnend erklärt werden. Deshalb ist der Fall des §. 5, Nr. 3. lit. d nur dann für vorliegend zu erachten, wenn zur Zeit des angefochtenen Vertrages die Ehe des Käufers mit einer der unter b u. c genannten Personen bereits wirklich geschlossen ist. Erk. des Obertr. vom 18. September 1862 (Entsch. Bd. XLIX, S. 356 und Archiv f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 207, 280). Damit ist die Frage entschieden, ob die Bestimmung auf Verlobte, wenn sie sich nach Abschließung des Vertrages wirklich geheirathet haben, Anwendung finde. (5. A.) Folgerichtig hat das Obertr. auch angenommen, daß die bezügliche Ehe zur Zeit der Veräußerung noch bestehen müsse, wenn die Vorschrift solle zur Anwendung kommen können. Erk. vom 12. Juli 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 347).

86a) (5. A.) Hierdurch ist der indirekte oder Indizien-Beweis, dessen Zulänglichkeit der Richter nach seiner subjektiven Ueberzeugung zu bemessen hat, für zulässig erklärt. Dadurch ist aber dem Erwerber, welcher dadurch begünstigt sein soll, die Führung eines direkten Beweises nicht verschränkt, er kann daher zur Ausschließung des §. 5, Nr. 3 auch einen Eid darüber zuschieben: daß er zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Vertrages von der Absicht des Exequendus, seine Gläubiger dadurch zu benachtheiligen, keine Kenntniß gehabt habe. Freilich wird der Delat diesen Eid nur de ignorantia anzunehmen und zu schwören haben, womit dem Produzenten nicht viel geholfen ist; denn gewiß kann derselbe mit gutem Gewissen schwören, daß er davon nichts wisse. Vergl. Erk. des Obertr. vom 25. Februar 1865 (Entsch. Bd. LIII, S. 362), und Erk. vom 2. Februar 1865 (Arch. für Rechtsf. Bd. LVIII, S. 140).

87) „Ein Vertrag, durch welchen ein Schuldner eine Sache oder ein Recht einem Dritten dergestalt überlassen hat, daß der von dem Uebernehmer zu vergütende Werth zur Befriedigung gewisser Gläubiger des Schuldners verwendet worden ist, kann von anderen Gläubigern auf Grund des G. v. 26. April 1835 nur in sofern angefochten werden, als dargethan wird, daß der mit dem Dritten verabredete Preis zum Nachtheile jener übrigen Gläubiger augenscheinlich unverhältnißmäßig niedrig festgestellt worden ist. Pr. des Obertr. v. 25. März 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 87). Damit übereinstimmend spricht ein späteres Erk. dess. v. 6. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 150) aus, daß ein Vertrag, durch welchen ein Schuldner seine Sache einem seiner Gläubiger käuflich überlassen hat, von den übrigen Gläubigern dieses Schuldners auf den Grund des §. 2 des G. v. 26. April 1835 nur insoweit angefochten werden könne, als von ihnen dargethan werde, daß der Kaufpreis zu ihrem Nachtheile unverhältnißmäßig niedrig festgestellt worden. In solchem Falle fällt nämlich die Verkürzung der Gläubiger in soweit, als ihnen die Gegenleistung für den Gegenstand zugewendet wird, weg, folglich ist die Veräußerung keine betrügliche und der Anfechtung eines Dritten nicht unterworfen. Ist aber darunter eine Schenkung versteckt, welches der Fall, wenn der Preis in der Absicht des Gebers auf Bereicherung des Anderen unverhältnißmäßig niedriger als der Werth gestellt ist; so unterliegt das Geschäft der Anfechtung als Schenkung auf Grund jenes wie auch des gegenwärtigen Gesetzes. Die Frage war, wie eine solche venditio cum donatione mixta oder ein anderes negotium mixtum cum donatione behandelt werden sollte, ob nämlich das ganze Rechtsgeschäft, oder nur der, die Schenkung enthaltende Theil widerruflich sein sollte. Das Ges. v. 26. April 1835 und das A. L.R. haben darüber kein Prinzip, und das Obertr. behandelt die Frage bei Gelegenheit des so eben mitgetheilten Ausspruchs nicht; denn die Fassung der Ueberschrift des erstgedachten Erk.: „kann — nur in sofern (d. h. in tantum) angefochten werden", ist nicht als Rechtsgrundsatz durch Beschluß des Obertr. angenommen worden, sondern nur die wohl nicht erwogene Ausdrucksweise der Herausgeber. Das gegenwärtige Gesetz hat das Röm. Prinzip, unter Nr. 2 dieses Paragraphen, aufgenommen. Vergl. Anm. 84.

Wenn bei einem Kaufvertrage zwischen den hier genannten Personen, das Kaufgeld durch „Kompensation" berichtigt worden, ist zur Entkräftung der Vermuthung: daß die Kontrahenten den Vertrag in der unredlichen Absicht, die Gläubiger des Schuldners zu bevortheilen, geschlossen haben, nicht der Beweis erforderlich, daß der Forderung des Käufers ein Vorzugsrecht vor den Forderungen aller Gläubiger zustehe, sondern es genügt der Beweis der Richtigkeit der kompensirten Forderung des Käufers. Pr. des Obertr. 740, v. 9. August 1839. Das Pr. hat noch jetzt, auch bei der Fassung der Nr. 3 dieses Paragraphen, wonach gleichfalls dem Erwerber der Beweis der Negative (die Widerlegung einer Vermuthung) aufgelegt ist, praktischen Werth.

(4. A.) Da das Gesetz eine Benachtheiligung des anfechtenden Gläubigers voraussetzt, so kann die Anfechtungsklage in allen Fällen mit dem Einwande, daß dem Bekl. wegen der Forderung, zu deren Sicherung oder Tilgung das angefochtene Rechtsgeschäft geschlossen worden, ein Vorrecht vor

Unter nahen Verwandten werden verstanden: die Verwandten in aufsteigender oder absteigender Linie, sowie die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister [88]).

§. 6. Kann der Gläubiger schon vor der Vollstreckbarkeit seiner Forderung, sei es bei Anstellung der Klage oder im Laufe des Prozesses gegen den Schuldner, die Vermögensunzulänglichkeit desselben bescheinigen [88a]) und eine der vorstehend (§. 5) aufgeführten Rechtshandlungen bezeichnen, welche er künftig anzufechten gedenkt, so hat auf seinen Antrag das Gericht diese Absicht sofort demjenigen bekannt zu machen, gegen welchen die Anfechtung künftig gerichtet werden soll [89]).

Der Gläubiger erlangt durch eine solche Bekanntmachung das Recht, den zweijährigen Zeitraum, auf welchen die Anfechtung beschränkt ist, schon vor dem Tage der Zustellung der Bekanntmachung zurückzurechnen [90]).

§. 7. Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum [91]) unterliegen der Anfechtung:

---

der Forderung des Klägers gebühre (§. 15), entkräftet werden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 10. Jan. 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVI, S. 136).

(4. A.) Wenn ein insolventer Schuldner eine wirkliche Schuld dadurch, daß er dem Gläubiger Sachen verkauft und den Kaufpreis im Kontrakte auf solche Schuld verrechnet, berichtigt, so sehen die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz dies nicht als eine unerlaubte, zur Benachtheiligung der Gläubiger vorgenommene Veräußerung, sondern als eine nur in den besonderen Fällen des §. 101, Nr. 2 und 3 der Konk.-Ordn. anfechtbare, sonst erlaubte Befriedigung eines einzelnen Gläubigers aus dem noch vorhandenen Vermögen an und haben das natürliche Recht des Gläubigers, aus den bereitesten Mitteln seines Schuldners seine Befriedigung zu suchen und anzunehmen, nicht weiter, als a. a. O. geschehen ist, eingeschränkt. Erk. des Obertr. vom 17. April 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 368 und Archiv für Rechtsf. Bd. XLIX, S. 164). (5. A.) In der früheren Konkursordnung (A. G.O. I, 50, §. 44) war der römischrechtliche Grundsatz, daß die Befriedigung eines Gläubigers durch datio in solutum nicht unter das Prinzip der actio Pauliana falle, unbeschränkt anerkannt. Weiter als über die bestimmten Abweichungen im §. 101, Nr. 2 und 3 der heutigen Konk.-Ordn. ist eine Einschränkung des im §. 44 a. a. O. ausgesprochenen, dem Rechte völlig entsprechenden Grundsatzes nicht ausgesprochen, und demnach darf die Bestimmung des §. 5, Nr. 3 dieses Ges. auf Angaben an Zahlungsstatt nicht angewendet werden. Erk. dess. v. 25. September 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 95).

88) S. d. Anm. 22 bis 26 zu §. 102 der Konkursordnung.

88a) (5. A.) Diese Bescheinigung ist für die Anwendung des §. 6 keine unbedingt nothwendige; vielmehr kann auch ohne eine solche die Bekanntmachung von dem Richter mit voller rechtlicher Wirkung erlassen werden, zumal wenn anderweitig jene Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners konstirt. Erk. des Obertrib. vom 8. September 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. L. S. 217).

89) Dieser Paragraph ist eine verbesserte und vermehrte (mit Worten vermehrte) Auflage des §. 7 des G. v. 26. April 1835; wesentlich Neues ist darin nicht, daher die alte Praxis auch für die neue Wortbereicherung lehrreich ist. — Ein Gläubiger hatte gegen den Erwerber eines Grundstücks seines Schuldners vor Erlassung des Exekutionsmandats, also damals zu früh, geklagt und wurde deshalb zur Zeit abgewiesen. Als er später nach Erlassung des Mandats von Neuem klagte, machte ihm der Beklagte den Einwand, daß zwischen seiner Erwerbung und dem Exekutionsmandate die gesetzliche Frist abgelaufen sei. Die Richter beider Instanzen und auch das Obertr. in dem Richtigkeitsurtel vom 22. Februar 1853 $^{1622}/_{344}$ IV, nahmen jedoch übereinstimmend an, daß die Insinuation der ersten, zu früh angebrachten Klage die in diesem §. erwähnte Bekanntmachung auf das Prägnanteste enthalte und jene Frist von der Insinuation dieser Klage zurückzurechnen sei.

90) Die Anfechtung eines zur Verkürzung der Gläubiger abgeschlossenen Vertrages nach diesem Gesetze wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner in Konkurs verfallen ist, ehe noch diejenigen Gläubiger, deren Forderungen älter sind, als die Veräußerung, ihre Forderungen im Wege Rechtens geltend gemacht und ein Exekutionsmandat ausgebracht haben. Die Liquidation im Konkurse kann mit dem Antrage nach §. 6 verbunden werden, und das demnächst ergehende rechtskräftige Lokationsurtel (an dessen Stelle jetzt das Anerkenntniß im Prüfungstermine, oder das Erkenntniß in dem Spezialprozesse tritt) vertritt zugleich das Exekutionsmandat, dessen Erlassung eben durch die Konkurseröffnung ausgeschlossen wird; auch *ersetzt* es die in jenem §. vorgeschriebene Bekanntmachung an den mit der Anfechtungklage zu belangenden Kontrahenten, wenn die Liquidanten diese Klage innerhalb der gesetzlichen Frist *direkt gegen denselben anstellen* und das Gericht ihm diese Klage insinuirt. Pr. des Obertr. 1719a, v. 28. Februar 1846 und Erk. vom 6. Mai 1853 (Archiv für Rechtsf. Bd. IX, S. 150). Auch nach der neuen Konkursordnung und nach dem neuen Gesetze v. 9. Mai 1855 hat der durch dieses Pr. anerkannte Rechtsgrundsatz für die Gläubiger, deren Forderungen älter sind als die Veräußerung, noch Anwendung, wenn nicht der Verwalter der Masse von der Anfechtungsklage Gebrauch macht.

91) Nämlich innerhalb der Verjährungszeit. Daß die Klageverjährung durch die Bestimmung

1) alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der, dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen[91a]);
2) die gegen den Schuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, sowie die auf Grund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zum Grunde liegen, bei welchen eine gleiche Absicht (Nr. 1) erhellt;
3) die freigebigen Verfügungen (§. 5, Nr. 2), welche der Schuldner zum Vortheil seines Ehegatten nach geschlossener Ehe vorgenommen hat;
4) die Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner seiner Ehefrau oder deren Rechtsnachfolgern, behufs Sicherstellung oder Abfindung wegen des in seine Verwaltung gekommenen Vermögens, in stehender Ehe ein Pfandrecht oder ein Hypothekenrecht bestellt, oder auf irgend eine Weise Befriedigung gewährt hat, ohne daß ein Fall der gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherstellung der Ehefrau oder zur Herausgabe des Vermögens derselben vorlag;
5) Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Schuldner seinem Ehegatten gegenüber, vor[91b]) oder nach geschlossener Ehe, ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazialverfahren, abgegeben hat; sofern nicht die Richtigkeit der Quittung, des Anerkenntnisses oder Zugeständnisses, oder der im Kontumazialverfahren festgestellten Umstände anderweit nachgewiesen wird.

---

nicht ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst. Der §. 7 ist übrigens wörtlich gleichlautend mit dem §. 103 der Konkursordnung. S. deshalb die Anmerkungen dazu.

91a) (4. A.) Es bildet die Regel, daß derjenige, welcher Sachen durch Rechtshandlungen erworben hat, die der Schuldner in der ihm bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, die empfangenen Sachen dem anfechtenden Gläubiger zurückgewähren muß, mag er zur Zeit der Anfechtung noch im Besitze der durch die fragliche Rechtshandlung erlangten Sachen sich befinden, oder nicht. Die Rückgewähr muß im Zustande der fraglichen Gegenstände zur Zeit des angefochtenen Vertrages mit den Pflichten eines unredlichen Besitzers erfolgen. Erk. des Obertr. vom 22. Juni 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLII, S. 190). — (5. A.) Der in diesem Erk. ausgesprochene und angewendete Grundsatz, daß es nicht darauf ankomme, ob der erste Erwerber zur Zeit der Anfechtung noch im Besitze der durch die fragliche Rechtshandlung erlangten Sachen sich befände oder nicht, ist bereits in dem Urtheile vom 7. Juni 1864 (Note 92dd zu §. 12) wieder reprobirt, indem darin eingehend ausgeführt ist, daß, wenn der erste Erwerber den Gegenstand vor Anstellung der Anfechtungsklage schon weiter gegeben hat, der Anspruch auf Rückgabe bei ihm kein Objekt mehr vorfinde, und daher der bloße Antrag, die Rechtshandlung, durch welche er die Sache überkommen, in Bezug auf den anfechtenden Gläubiger für ungültig zu erklären, und ein nur diesem Antrage entsprechendes Urtheil vollständig effektlos erscheine, daß vielmehr in solchem Falle unter den im §. 16 bestimmten Modalitäten gegen den dritten Besitzer werde geklagt werden müssen und das für den weiterveräußerten Gegenstand in das Vermögen des ersten Erwerbers gelangte Surrogat mit der Anfechtungsklage, als solcher, nicht werde in Anspruch genommen werden dürfen. Diese Rechtfertigung bezieht sich allerdings zunächst nur auf die im §. 5, Nr. 3 behandelten Veräußerungen. Allein wenn die dort erwähnte Präsumtion nicht widerlegt wird, stehen die Fälle des §. 5, Nr. 3 und die des §. 7, Nr. 1 in subjektiver Beziehung und in Betreff der rechtlichen Folgen der Anfechtung einander gleich, es müssen deshalb die vorhin entwickelten Grundsätze, mit Beseitigung der im Erk. v. 22. Juni 1861 entwickelten Ansicht, auch für Fälle der letztern Art entscheidend sein. Erk. v. 5. Februar 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 277).

(5. A.) Ein Vertrag, wodurch ein sonst zahlungsunfähiger Vater ein Grundstück von einem Dritten erworben und aus seinem Vermögen bezahlt, dasselbe aber simulirter Weise auf den Namen seiner minorennen Tochter ankauft und dann für diese simulirend weiter verkauft hat, ist nach diesem Gesetze anfechtbar. Erk. dess. vom 23. November 1865 (Entsch. Bd. LVI, S. 93).

91b) (5. A.) Ist ein solches Bekenntniß vor Schließung der Ehe ausgestellt, so muß doch — sagt das Obertr. — nach dem Grunde und Zwecke des Gesetzes dem Aussteller die Absicht beigemessen werden können, seine Gläubiger dadurch benachtheiligen zu wollen; es muß zwischen dem Aussteller und der Person, zu deren Gunsten das Bekenntniß abgegeben wird, eine Beziehung bestanden haben, welche die nachherige Schließung der Ehe erwarten ließ, wenn die Vorschrift der Nr. 5 anwendbar sein soll. Erk. vom 8. Juli 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 358). Der Fall war zwar der, daß der Aussteller mit der Schwester der Person, zu deren Gunsten das Bekenntniß abgegeben ward, verheirathet war, und daß sich Beide später, wie es scheint nachdem die Frau verstorben, mit einander verheiratheten. Aber warum die desiderirte Beziehung zwischen Beiden doch nicht schon zur Zeit der Ausstellung des Schuldbekenntnisses hätte sollen bestehen können, ist durch nichts angezeigt.

§. 8. Die Anfechtung einer Rechtshandlung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselben ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer vollstreckbarer Titel (§. 7, Nr. 2) hinzugetreten ist. Vielmehr ist jeder einer anfechtbaren und für ungültig erklärten Rechtshandlung hinzugetretene vollstreckbare Titel, dem Gläubiger gegenüber, unwirksam, ohne daß es der besonderen Anfechtung desselben bedarf[92]).

§. 9. Die Anfechtung ist unstatthaft, wenn die Rechtshandlung schon vor der Entstehung der Forderung des Gläubigers vorgenommen worden ist[92a]) und es sich nicht um ein Scheingeschäft handelt[92b]).

§. 10. Der Gläubiger verliert sein Anfechtungsrecht, wenn er von demselben nicht innerhalb des Zeitraums Gebrauch macht, in welchem ihm die Exekution gegen den Schuldner überhaupt zusteht[92b*]).

Wenn der Gläubiger dem Schuldner Zahlungsfrist bewilligt[92bb]) und dies die Wirkung hat, daß die Frist verlängert wird, innerhalb welcher die Exekution zulässig ist, so wird dadurch nicht zugleich der Zeitraum verlängert, innerhalb dessen der Gläubiger von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen kann[92c]).

§. 11. Die Bestimmungen wegen Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vorstehend in Ansehung des Schuldners ertheilt sind, gelten auch von dem Erben hinsichtlich der Rechtshandlungen,

---

92) Wörtlich aus der Konkursordnung §. 4 übernommen. S. die Anm. dazu.

92a) Ein altes Prinzip der actio Pauliana, auch im §. 3 des Ges. vom 26. April 1835 angenommen und darin begründet, daß jüngere Gläubiger durch früher erfolgte Veräußerungen ganz unmöglich benachtheiligt sein können. (5. A.) Lediglich der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung entscheidet in Betreff des in Rede stehenden Erfordernisses der Anfechtbarkeit. Daher ist in Betreff einer Wechselforderung des Gläubigers der Tag der Ausstellung des Wechsels maßgebend. Der Klageantrag bei der Klage auf Anfechtung eines Kaufkontrakts über ein Grundstück kann auch auf Rückgewährung desselben, und zwar in dem Hypothekenzustande am Tage der Veräußerung, gerichtet werden. Erk. des Obertr. vom 1. März 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LII, S. 304). Bei einer Wechselforderung gegen den Acceptanten ist selbstverständlich der Tag der Acceptation maßgebend und diese muß älter sein als die Veräußerung des Schuldners, welche der Gläubiger auf Grund seiner Wechselforderung anfechten will. Die Berufung auf das ältere Datum der Wechselausstellung ist unzulässig; denn es giebt keine Rechtsvermuthung, daß auch die Annahme des Wechsels bereits an diesem Tage erfolgt sei, der ältere Tag der Annahme muß daher zur Begründung der Anfechtungsklage bewiesen werden. Erk. dess. vom 24. April 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVI, S. 27). Die Verpflichtung des Acceptanten und die ihr gegenüberstehende Wechselforderung des Wechselnehmers entsteht für diejenigen Wechselnehmer, an welche der Wechsel bereits begeben war, als das Accept gegeben wurde, gleichzeitig, für diejenigen, denen die Tratte später begeben wurde, mit dem vollzogenen Indossament. Erk. dess. vom 14. Januar 1868 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXX, S. 18).

92b) Man könnte denken, daß in diesem Falle derselbe Grund (Anm. 93) wirksam sein müßte. Allein mit dem Scheine ist es ein Anderes als mit der Wirklichkeit. Ein Scheingeschäft ist ein nicht wirklich vorhandenes Geschäft, es ist Nichts, folglich kann es auch ein jüngerer Gläubiger ignoriren und negiren. Dies ist der wesentliche Kern seiner Klage oder Einrede, wenngleich er die Beweislast hat aus Gründen, welche in den Verhältnissen der äußeren Erscheinung beruhen. Die äußere Form des simulirten Rechtsgeschäfts ist vorhanden; der Gläubiger behauptet, die Form sei ohne Inhalt. Die allgemeine Prozeßregel legt ihm, da die Erscheinung gegen ihn ist, den Beweis auf.

92b*) (5. A.) Der §. 10 bezieht sich auch auf solche Anfechtungen, welche sich auf das Fundament eines behaupteten Scheingeschäfts stützen. Erk. des Obertr. vom 20. Dezember 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 341).

92bb) (4. A.) Oder wenn er angebrachte Exekutionsgesuche freiwillig zurückgenommen hat. Erk. des Obertrib. v. 8. März 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 419).

92c) Der zweite Satz fehlte im G. v. 26. April 1835 (§. 11), und ist aus der Praxis, namentlich aus dem Pr. des Obertr. 2075, v. 4. Dezember 1848 aufgenommen, welches lautet: Die Klage auf Aufhebung von Verträgen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger muß der Regel nach binnen Jahresfrist angestellt werden. Die im §. 148 des Anh. z. A. G.O. angegebenen Hindernisse sind dabei ohne Einfluß, sofern sie nicht auch der Anstellung der Klage hindernd entgegen treten. (Entsch. Bd. XVII, S. 106.) (5. A.) Dieser Rechtsgrundsatz bezog sich auf den Fall, daß die Exekutionsfrist durch Willkühr und Schuld des Gläubigers (Stundung) verlängert resp. verabsäumt worden. Wenn aber inzwischen gegen den Schuldner die Exekution nachgesucht und fruchtlos vollstreckt worden ist, so steht dem hierauf erst nach Ablauf eines Jahres geltend gemachten Anfechtungsrechte des Gläubigers der §. 10 nicht entgegen. Erk. des Obertr. vom 24. September 1863 (Arch. für Rechtsf. Bd. L, S. 282).

welche derselbe seit dem Ableben des Schuldners über den Nachlaß in Betreff dieses letzteren vorgenommen hat[92d]).

§. 12. Der Gläubiger ist befugt, zu verlangen, daß Dasjenige zurückgewährt wird[92dd]), was durch die ungültige Rechtshandlung von dem Schuldner aus seinem Vermögen oder von dem Erben aus dem Nachlasse (§. 11) weggegeben oder veräußert worden ist[92e]).

Ebenso kann, wenn die erfolgte Befriedigung eines anderen Gläubigers des Schuldners der Anfechtung unterliegt, der anfechtende Gläubiger verlangen, daß der befriedigte Gläubiger das Empfangene zurückgewährt[92ee]).

Bildet eine freigebige Verfügung des Schuldners (§. 5, Nr. 2) den Gegenstand der Anfechtung, so kann das Rückforderungsrecht, wenn nicht der Fall des §. 7, Nr. 1 vorliegt, nur insoweit ausgeübt werden, als der Erwerber zur Zeit der Anfechtung noch im Besitz der durch die freigebige Verfügung erlangten Sache sich befindet oder durch den aus derselben gelösten Werth noch wirklich reicher ist.

---

92d) Aus der Konkursordnung §. 105 aufgenommen. S. die Anm. 34 dazu.

92dd) (4. A.) Die Anfechtungsklage in Betreff eines noch im Besitze des beklagten Erwerbers befindlichen Grundstücks braucht nicht gerade zunächst auf Rückgewähr des Veräußerten gerichtet zu werden, sondern darf auch unmittelbar auf Duldung der Exekution in das veräußerte Grundstück gehen. §. 14; Erk. des Obertr. v. 4. Oktober 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 103). Der Antrag auf Rückgewähr ist nur bei solchen Gegenständen am Orte, in welche die Exekution nicht vollstreckt werden kann, ohne daß man sich vorher in den körperlichen Besitz gesetzt hat, namentlich bei beweglichen Sachen und Summen. Grundstücke werden ohne vorgängige Besitzergreifung im Wege der Exekution subhastirt. (5. A.) Aus dem Zwecke der Anfechtungsklage folgt, daß, wenn durch sie eine Rechtshandlung angefochten wird, welche die Veräußerung einer Sache zum Gegenstande hat, diese Klage (§. 14) sich nur gegen den Besitzer der Sache wenden kann, also nicht mehr, nachdem er sie bereits weiter veräußert hat, weil dann diese Klage bei ihm kein Objekt findet, mithin gegen ihn keinen Sinn hat. Möglicherweise kann zwar der erste Erwerber dem Gläubiger ungeachtet, oder gerade vermöge der Weiterveräußerung der Sache für den demselben erwachsenen Schaden verhaftet sein. (Vergl. Anm. 92eee.) Ein solcher Entschädigungsanspruch aber kann nicht bloß auf die bezüglichen Voraussetzungen dieses Gesetzes, sondern muß außerdem auf die besonderen thatsächlichen Verhältnisse, welche den Schadensanspruch gegen den Weiterveräußerer rechtfertigen könnten, gestützt werden. Erk. des Obertr. v. 7. Juni 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 307 und Entsch. Bd. LIII, S. 353). Hierdurch ist das Erk. vom 22. Juni 1861 (Anm. 91a) reprobirt.

92e) Und den Beklagten anzuhalten, die seinerseits auf die Sache kontrahirten und eingetragenen Schulden und Lasten wegzuschaffen, so weit sie ihm seine Befriedigung verkürzen würden. Pr. des Obertr. 1719b, vom 28. Febr. 1846. — Hat der Erwerber die Sache bereits weiter veräußert und dadurch dem Gläubiger den Gegenstand seiner Befriedigung entzogen; so kann der Gläubiger aus demselben Rechtsgrunde, aus welchem er die Wegschaffung der aufgelegten Schulden und Lasten (partielle Veräußerung) zu fordern berechtigt ist, die Herausgabe des für die Sache Empfangenen, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, verlangen. Unter die Regeln von unerlaubten Handlungen und der Entschädigung nach den Grundsätzen des Tit. 6 ist der Fall nicht zu bringen; die actio Pauliana ist das zur Anwendung kommende Prinzip; wenn der Beklagte die Sache unredlicherweise wegschafft, so muß er als ein solcher, qui dolo desiit possidere, für den Werth aufkommen. Tit. 15, §§. 15 und 16. — (2. A.) Jedenfalls ist es ohne Bedenken, daß, wenn erst nach Insinuation der Anfechtungsklage oder der ihr gleichstehenden Ankündigung gemäß §. 6, eine Veränderung mit dem Gegenstande der angefochtenen Veräußerung zum Nachtheile des Gläubigers gemacht worden ist, alsdann der auf dem Prinzipe der Litigiosität beruhende §. 16, Tit. 15 eintritt, wonach der Veräußerer wie ein unredlicher Besitzer, d. h. als ein solcher, der die Sache noch unredlicher Weise hinter sich hat (fictus possessor), behandelt wird. In diesem Falle, und wenn die weitere Verfolgung gegen den ferneren Erwerber wegen dessen Redlichkeit nicht zulässig ist (§. 16), ist die Nichtigkeitserklärung der ersten Veräußerung zwar unnöthig oder vielmehr sie hat keinen Zweck und kann zu dem Glauben führen, daß auch die daran geknüpfte weitere Veräußerung anfechtbar sei: aber die Unverbindlichkeit der ersteren Veräußerung muß als Grundlage des Entschädigungsanspruchs doch zur Beurtheilung gezogen werden. Auf diese Klage findet auch nicht die dreijährige Verjährung aus dem §. 54, Tit. 16 Anwendung. Der Anfang der Verjährung ist die Exekutionsfähigkeit der Forderung des Gläubigers, weil eher die Klage aus diesem Gesetze nicht angestellt werden kann.

92ee) (4. A.) Wann diese Voraussetzung, daß die Befriedigung eines anderen Gläubigers der Anfechtung unterliegt, vorhanden, ist aus den vorhergehenden §§. zu entnehmen und unter diesen kennt nur der §. 7, Nr. 4 eine der Anfechtung unterliegende Befriedigung wegen einer schon bestandenen Schuld, nämlich die Befriedigung der Ehefrau in dem dort bestimmten Falle. Darauf muß also der Abs. 2 des §. 12 bezogen werden. Vergl. das in der Anm. 87, Abs. 4 alleg. Erk. des Obertr. vom 17. April 1863.

Dasjenige, was in Folge der Anfechtung zurückgewährt wird, ist zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu verwenden[92f].

§. 13. Gegen Rückgewähr des Empfangenen (§. 12) muß dem Erwerber seine etwanige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war[92ff], daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten.

Muß der Empfänger einer anfechtbaren Zahlung das Empfangene zurückgeben, so tritt seine Forderung an den Schuldner wieder in Kraft[92g].

§. 14. Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Gläubiger sogleich in der Klage seinen Antrag darauf zu richten, was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll[92gg].

§. 15. In wieweit der zur Rückgewähr Verpflichtete sich wegen Forderungen, welche ihm gegen den Schuldner zustehen, ebenfalls an Das halten kann, was er zurückgewähren muß, ist nach den allgemeinen Vorschriften über das Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz (Tit. 5, Abschn. 1 der Konkursordn.) zu entscheiden.

§. 16. Gegen einen dritten Besitzer[92ggg] der aus dem Vermögen des Schuldners weggegebenen oder veräußerten Gegenstände, oder der von dem Schuldner bestellten Pfandrechte oder Hypothekenrechte findet das in Beziehung auf den Vorbesitzer zulässige Anfechtungs- und Rückforderungsrecht statt:

1) wenn der dritte Besitzer zur Zeit seiner Erwerbung davon Kenntniß gehabt hat, daß die Rechtshandlung des Schuldners nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen ist, die Gläubiger zu bevortheilen[92h];

---

92f) Diese Schlußbestimmung, herübergenommen aus dem §. 2 des G. vom 26. April 1835, hat die Bedeutung, daß nicht ein anderer privilegirter Gläubiger den Gegenstand sich soll zu Nutze machen dürfen, nachdem der anfechtende Gläubiger mit Zeit- und Geldverlust und Verdruß den Gegenstand herbeigeschafft hat; mit anderen Worten: es findet kein Prioritätsverfahren über den herbeigeschafften Gegenstand unter anderen Personen als denjenigen statt, welche als Litiskonsorten den Anfechtungsprozeß für sich günstig durchgeführt haben. Das hat seinen materiellen Grund: jedem Dritten gegenüber ist, nach der Regel: res judicata jus facit inter partes, der Gegenstand dem Inhaber unabgestritten.

92ff) (4. A.) Sei es, daß solches nach §. 5, Nr. 3 zu vermuthen und die Vermuthung nicht widerlegt, oder daß in anderen Fällen die Kenntniß bewiesen worden ist. Erk. des Obertr. v. 4. Oktbr. 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 99).

(5. A.) Nur wenn der Erwerber in gutem Glauben war, geht seine Verpflichtung nicht weiter, als dahin: gegen Erstattung Alles dessen, was er seinerseits gegeben hat, dasjenige zurückzugeben, was er erhalten hat. Erk. dess. vom 29. Mai 1866 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXII, S. 362).

92g) Der Inhalt dieses Paragraphen ist aus der Konkursordnung §§. 107 und 108 herübergenommen. S. die Anm. dazu.

92gg) (4. A.) Vergl. §. 12 und die Anm. 92dd dazu.

92ggg) (4. A.) Dadurch, daß der Erwerber weiter veräußert, wird dem Gläubiger zwar sein Anfechtungsrecht gegen denselben nicht entzogen; jedoch stellt sich seine Klage in Bezug auf das Objekt, worauf dieselbe zu richten ist, als eine auf das Interesse gehende Schadensklage dar. Erk. des Obertr. vom 15. Septbr. 1857 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXV, S. 362). Schon in einem Erk. v. 22. Febr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 12) hatte Dass. ausgesprochen, daß ein der Bestimmung des §. 2 des Ges. v. 26. April 1835 unterliegender Veräußerungsvertrag, dem benachtheiligten Gläubiger gegenüber, nicht für ungültig erklärt werden könne, wenn der Gegenstand des Vertrages von dem Käufer bereits an einen redlichen dritten Erwerber weiter veräußert worden ist.

92h) Diese Nummer wiederholt im Wesentlichen die Bestimmung des §. 9 des Gesetzes vom 26. April 1835. Durch diese Beschränkung unterschied sich die Klage aus diesem Gesetze von der actio Pauliana (Pr.-O. Tit. 50. §. 55), welche unbedingt gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache ging, nur daß dem redlichen Erwerber die Befugnisse des redlichen Besitzers bei der Vindikation (Tit. 15, §. 25 und Tit. 10, §§. 7 ff.) eingeräumt waren. (Pr.-O. Tit. 50, §. 56.) Diese Verschiedenheit hatte zur Folge, daß bei der actio Pauliana eine Entschädigungsklage gegen den qui dolo desiit possidere (§. 15, Tit. 15) erst nach Durchführung derselben gegen den weiteren redlichen Erwerber wegen des erlittenen Ausfalls zu begründen, während bei der Klage aus diesem Gesetze der Entschädigungsanspruch wider den veräußernden ersten Erwerber von der Verfolgung der Sache gegen den redlichen weitern Erwerber nicht abhängig war. Nach der neuen Konkursordnung fällt diese Verschiedenheit ganz weg.

2) wenn der dritte Besitzer der Ehegatte des Schuldners oder ein naher Verwandter oder Verschwägerter (§. 5, Nr. 3) ist[92hh]), insofern derselbe nicht Thatsachen nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit seiner Erwerbung von den Umständen, welche das Recht zur Anfechtung und Rückforderung gegen den Vorbesitzer begründen, keine Kenntniß gehabt hat;

3) wenn der dritte Besitzer die Sache durch eine freigebige Verfügung erworben hat; jedoch unterliegt in diesem Falle das Rückforderungsrecht denselben Beschränkungen, welche für den Fall der Anfechtung einer freigebigen Verfügung des Schuldners zu Gunsten des ersten Erwerbers festgesetzt sind. (§. 12.)

Gegen Erben findet das in Beziehung auf den Erblasser derselben begründete Anfechtungs- und Rückforderungsrecht ohne die vorstehenden Beschränkungen statt[92i]).

§. 17. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anfechtung bleiben die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Anwendung. Der erkennende Richter hat, unter Erwägung aller vorliegenden Umstände und unter genauer Prüfung aller beigebrachten Beweise, nach seiner freien aus dem Inbegriff der stattgehabten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein angetretener Beweis als geführt anzusehen sei, oder nicht, oder ob es noch der Auferlegung eines nothwendigen Eides bedürfe[92ii]). Insbesondere bleibt auch dem Ermessen des Richters vorbehalten, ob und welches Gewicht dabei auf die im §. 7, unter Nr. 5 erwähnten Quittungen, Anerkenntnisse und Zugeständnisse gelegt werden kann. Der Richter muß die Gründe, auf welchen seine Ueberzeugung beruht, in dem Urtheil vollständig anführen.

Jedoch behält es in Ansehung der Befugniß der Parteien zur Eideszuschiebung, sowie in Ansehung der Wirkungen der geschehenen oder verweigerten Ableistung zugeschobener Eide bei den bestehenden gesetzlichen Vorschriften sein Bewenden[92k]).

---

92hh) (5. A.) Dieser Fall liegt nur dann vor, wenn zur Zeit des angefochtenen Vertrages die Ehe, nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft zwischen dem Schuldner und dem dritten Besitzer bereits bestand. Erk. des Obertr. vom 8. Oktober 1867 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXVIII, S. 238).

92i) Wörtlich aus dem §. 9 des G. v. 26. April 1835 übernommen. Die Bestimmung enthält den alten Grundsatz, daß die Klagen in der Regel auch passiv vererblich sind. Vergl. Tit. 9, §. 362 und Tit. 6, §. 28. Der Grundsatz der L. 11 D. quae in fraudem creditorum (XLII, 8), daß der Erbe nur in id quod ad eum pervenit hafte, gilt nicht. Der §. 16 ist eine Wiederholung des §. 109 der Konk.-O. — (5. A.) Es ist zulässig, wenn eine auf Grund des §. 16 erhobene Klage allein gegen den Erwerber und derzeitigen Besitzer der veräußerten Sache gerichtet ist; eine solche Klage kann nicht bloß aus dem Grunde zurückgewiesen werden, weil dieselbe nicht zugleich gegen den Veräußerer und anderen Mitkontrahenten gerichtet worden. Erk. des Obertr. vom 18. Septbr. 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVI, S. 204 ff. u. Entsch. Bd. XLIX, S. 362) und besonders Erk. vom 22. Novbr. 1866 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LXV, S. 152). M. s. auch oben, die Anm. 76b zu §. 1 dieses Gesetzes.

92ii) (5. A.) Die hierdurch angeordnete Erleichterung der Beweisführung kommt nur den Gläubigern, welche bei vorhandener Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners einen Vertrag wegen des nur beabsichtigten Scheins (§. 7, Nr. 1) anfechten, zu Statten; der Kontrahent selbst, welcher einen von ihm geschlossenen Vertrag wegen Simulation anficht, hat darauf nicht weiter, als schon in der Vorschrift Tit. 4, §. 55 begründet ist, Anspruch, und eben deshalb auch nicht der, lediglich auf das wahre Rechtsverhältniß dieses Kontrahenten, nicht zugleich auf dessen Vermögensunzulänglichkeit sich gründende, anfechtende Gläubiger, namentlich der Exekutionssucher, welcher von einem Dritten wegen der abgepfändeten Stücke mit der Interventionsklage belangt wird und derselben den Einwand der Simulation entgegensetzt. Erk. des Obertr. vom 19. Dezbr. 1864 (Entsch. Bd. LIV. S. 9). Dieser Exekutionssucher braucht zur Begründung des Einwandes der Simulation nicht den Vorbeweis der Vermögensunzulänglichkeit seines Schuldners zu führen, sondern nur den Eigenthumsanspruch des Intervenienten so, wie es der Schuldner selbst (nach Vorschrift Tit. 4, §. 55) thun könnte, wenn er wollte, durch Entkräftung des Titels zu beseitigen. Der Einwand enthält wesentlich nichts anderes als die Antretung des Gegenbeweises gegen den vom Intervenienten beigebrachten (angeblich falschen) Eigenthumsbeweis.

(5. A.) Jeder Gläubiger, welchem bei der Exekutionsvollstreckung gegen seinen Schuldner ein Dritter, gestützt auf ein mit dem Schuldner geschlossenes Rechtsgeschäft, entgegentritt, ist, unabhängig von dem Gesetz vom 9. Mai 1855, berechtigt, den Nachweis zu führen, daß das Rechtsgeschäft simulirt, also zur Uebertragung von Rechten nicht bestimmt gewesen sei und somit in den Eigenthumsverhältnissen seines Schuldners eine rechtliche Aenderung nicht hervorgebracht habe. Dass. Erk., und Erk. vom 26. März 1867 (Arch. für Rechtsf. Bd. LXVII, S. 134).

92k) Wiederholung des §. 111 der Konkursordnung. S. die Anm. 41 und 42 dazu. Der

§. 18. Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so gehen die Rechte, welche der Gläubiger aus dem gegenwärtigen Gesetze bereits erworben hat, auf die Gläubigerschaft über[92 1]).

§§. 1130. u. 1131. Fallen weg[93]).

§. 1132. Wegen der von dem Gemeinschuldner an seinen Ehegatten gemachten Schenkungen ist das Erforderliche gehörigen Orts bestimmt. (Th. II, Tit. 1, Abschn. 5.)

§. 1133. Alle Schenkungen, die an Andere als den Ehegatten[93 a]), früher als Zwei Jahre vor der Zahlungseinstellung, oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, oder des Antrags auf Konkurseröff-

---

§. 8 des Ges. v. 26. April 1835 hatte die Bestimmung, daß bloße Privaturkunden zu dem von dem Erwerber angetretenen Beweise gegen die Begründung der Anfechtung nicht hinreichend seien. In Beziehung darauf hat das Obertr. angenommen, daß diese Anordnung einer Beweisregel auf frühere Fälle angewendet werden könne, weil das Prozeßverfahren sich nach denjenigen Vorschriften richten muß, die zur Zeit der Einleitung und Entscheidung des Rechtsstreites in Kraft sind. Pr. 135 b, vom 12. Novbr. 1835. Der §. 17 des vorliegenden neuen Gesetzes enthält auch nur die Anordnung einer Beweisregel. (4. A.) Das Obertr. meint jedoch jetzt, im Widerspruche mit seinem Pr. 135 b, das Gegentheil, der §. 17 soll „materieller Natur" sein. Als wenn die alte Bestimmung, daß zwei Zeugen oder das Zugeständniß einen vollständigen Beweis herstellen, gegen welchen der Richter mit seiner Ueberzeugung nichts gilt, nicht in einem noch höheren Grade eine „materielle Natur" hätte. Auf dergleichen Behauptungen ist nicht einzugehen, Rechtsgründe werden nicht vorgebracht. Erk. vom 13. Oktbr. 1857 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 267). Dagegen ist dem Obertr. darin vollkommen beizustimmen, daß das G. vom 9. Mai 1855 in seiner Totalität keineswegs rückwirkende Kraft habe und keineswegs bloß prozessualische Bestimmungen enthalte. Erk. vom 11. Febr. 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 103). Denn es bestimmt, wie sein Vorgänger v. 1835, die Voraussetzungen und Erfordernisse der actio Pauliana, hat es also ganz eigentlich mit der Feststellung materieller Rechtsgrundsätze zu thun.

92 1]) Das G. v. 26. April 1835, §. 13 bestimmte das Gegentheil; die bereits erworbenen Rechte sollten dem Gläubiger nicht verloren gehen.

93) (3. A.) Der §. 1129 gestattete der Gläubigerschaft den unbedingten Widerruf aller von dem Gemeinschuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung gemachten Schenkungen. Noch bis zwei Jahre weiter zurückliegende Schenkungen sollten nur angefochten werden können: 1. von denjenigen Gläubigern, deren Forderungen älter waren, und 2. wenn sie beweisen könnten, daß der Gemeinschuldner schon zur Zeit der Schenkung über den Betrag seines Vermögens verschuldet gewesen sei. (§§. 1130, 1131, 1133.) Diese Beweisführung machte den Angriff schwierig. Auch konnte man bei Abfassung der Konkursordnung keinen ausreichenden Grund absehen, weshalb zur Anfechtung einer über ein Jahr zurückliegenden Schenkung nur solche Gläubiger befugt sein sollten, deren Forderung älter als die Schenkung. Nehme das Gesetz an, daß eine innerhalb des letzten Jahres erfolgte Schenkung als eine Benachtheiligung sämmtlicher, auch der späteren Gläubiger des Schenkers erachtet werden müsse, so könne von früheren Schenkungen nicht füglich etwas Anderes gelten; das Interesse der Gläubiger lasse sich nicht in dieser Weise trennen. (Motive, S. 85.) Der Schluß geht fehl. Denn die Bedingung der Benachtheiligung und der Beweisführung (§§. 1130, 1131) sind die rechtlichen Erfordernisse der aus dem R. R. aufgenommenen Widerrufungsklage (actio Pauliana), und der §. 1129 machte hiervon eine willkürliche Ausnahme zum Vortheile der Gläubiger, ohne bei der so kurz vor der Eröffnung des Konkurses gemachten Schenkung nach dem Alter der einzelnen, meistentheils doch wohl älteren, Forderungen zu fragen und davon die Legitimation zur Klage abhängig zu machen. Mit dem zunehmenden Alter der Schenkung vermindert sich aber die Zahl der älteren Forderungen und es war sehr verständig von den Verfassern des A. L.R., mit der willkürlich gemachten Ausnahme (§. 1129) von der Regel (§§. 1130, 1131) doch nicht gar zu weit zurückzugehen und dadurch allzu viel Gläubigern, die durch die Schenkung gar nicht benachtheiligt worden waren, auf Kosten der wirklich Benachtheiligten einen unzukömmlichen Vortheil zuzuwenden. Die Verfasser der Konkursordnung haben nun die Ausnahme des §. 1129 zur Regel gemacht und die Regel selbst (§§. 1130, 1131), d. h. die Bedingungen des Widerrufs und die Erfordernisse der actio Pauliana, abgeschafft; dabei auch den dreijährigen Zeitraum auf einen zweijährigen beschränkt. Konk.-O. §. 102, Nr. 2. Diese Verbesserung des A. L.R. erscheint vom juristischen Standpunkte aus recht zweifelhaft; sie hat einen Justinianischen Charakter. (4. A.) Die Bedingung der Vermögensunzulänglichkeit liegt jedoch in dem Erfordernisse der Benachtheiligung, die bei einer zureichenden Vermögensmasse nicht eintreten kann, ist mithin selbstverständlich beibehalten.

93 a) (3. A.) Konkursordnung §. 103, Nr. 3.

nung[93b]) rechtsgültig[94]) erfolgt sind, können von den Gläubigern unter keinerlei Vorwande angefochten werden[95]).

§. 1134. Sobald ein wirklicher rechtsgültiger Schenkungsvertrag vorhanden ist, macht es in Ansehung der Rechte des Geschenknehmers, und der Befugniß des Geschenkgebers, zum Widerrufe keinen Unterschied, wenn gleich das Geschäft eine Schenkung von Todeswegen genannt, oder die Uebergabe bis nach dem Ableben des Geschenkgebers verschoben wäre. [7]) bei Schenkungen von Todeswegen[96]).

---

93b) (3. A.) Ebenda, §. 102, Nr. 2. Vergl. o. die Anm. 93 a. E.

94) Der Widerruf wegen Rechtsungültigkeit des Geschäfts verjährt nicht in dieser kurzen Zeit.

95) Suarez sagt, das Neue bei dieser schon in der Pr.-Ord. vorgetragenen Theorie (§§. 1129 bis 1133) sei nur, daß nach §. 1133 Schenkungen, die älter als 3 Jahre sind, unter dem Vorwande eines schon damals vorhanden gewesenen concursus materialis nicht sollen revozirt werden können. Die Absicht dieser Einschränkung sei klar. Es solle nämlich der Ungewißheit des Eigenthums, welche aus allen dergleichen actionibus revocatoriis immer zu besorgen sei, möglichst abgeholfen, und es sollten die Weitläuftigkeiten, die unfehlbar eintreten müßten, wenn in der Erörterung über den Vermögenszustand eines Menschen auf viele Jahre zurückgegangen werden muß, wenigstens vermindert werden. (Jahrb. Bd. XLI, S. 25.)

96) Das A. L.R. ist dürftig in seinen Bestimmungen über die Schenkung von Todes wegen; es enthält wenig oder nichts über Begriff, Natur und Wirkungen, es handelt nur vom Widerrufe bei einer solchen Schenkung. Die Schenkung auf den Todesfall, oder mortis causa donatio, hat nach R. R. eine dreifach verschiedene Natur, je nachdem darin eine bloße Zeitbestimmung, oder eine Bedingung, oder ein Beweggrund liegt. Sie ist eine Art bedingter Schenkung, welche nur eine dreifach verschiedene Form haben kann. Die eine Form ist die, welche durch den allgemeinen Gedanken an den Tod veranlaßt und durch denselben überhaupt bedingt wird; die andere ist die durch eine bestimmte gegenwärtige Todesgefahr (Krankheit, bevorstehende Schlacht, Seegefahr, Ueberschwemmung) veranlaßte und durch den darin erfolgenden Tod bedingte (das Letztere ist das Eigenthümliche; denn es kann eine solche bevorstehende Gefahr auch bloße Veranlassung zu der erstgedachten Form der Schenkung sein); die dritte ist, daß in dem einen wie in dem anderen Falle der Widerruf — der sich sonst von selbst versteht — ausdrücklich ausgeschlossen wird. L. 13, §. 1, L. 35, §. 4 D. de m. c. donatione (XXXIX, 6); Nov. 87, pr. c. 1. Das Wesentliche dieser Art Schenkung überhaupt ist nur, daß der Schenker den Beschenkten nicht überleben darf. L. 32 D eod. Die Röm. Juristen drücken den Gedanken des Schenkers auf den Todesfall so aus: er wolle lieber selbst es behalten, als der es haben solle, dem er es schenkt, aber dieser solle es lieber haben, als sein (des Schenkers) Erbe. §. 1 Inst. de donat. (II, 7); L. 1 pr., L. 35, §. 2 D. de m. c. don. (XXXIX, 6). Die Art Schenkung hat daher in Zweck und Erfolg viel Aehnliches mit dem Legate, es werden auch verschiedene Regeln von den Legaten auf sie angewendet, sie ist aber nichtsdestoweniger nach ihrer vorherrschenden Natur eine Schenkung (Pr. J. eod.; L. 67, §. 1 D. de verb. sign. L, 16) und kann, gleich der unbedingten Schenkung, durch verschiedene Rechtsgeschäfte vermittelt werden. Das Ausführliche darüber s. m. bei v. Savigny, Bd. IV, S. 239 ff. und Heimbach sen., Schenkung auf den Todesfall, Todes wegen, Todes halber (mortis causa donatio), in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 709 flg. Außer diesen Beiden ist anzuführen: Hasse, im Rheinischen Museum, Bd. II, S. 300 flg., Bd. III, S. 1 flg., 371 flg.

Das A. L.R. weiß von allem Dem nichts. Suarez sagt darüber: „Die Lehre de donatione m. c. ist eine der dunkelsten und verwickeltsten im ganzen R. R. Schon der legale Begriff ist sehr streitig und schwankend, worüber man nur L. 13, §. 1 u. L. 35, §. 4 D. de m. c. donat. nachlesen darf. (Hier wird nicht über den Begriff, sondern über die Weisen gehandelt, in welchen eine m. c. donat. geschehen kann.) Es kommt also hauptsächlich auf die Fassung des Instrumentes an, und wenn diese nicht sehr deutlich und bestimmt ausgefallen ist, so geräth man über die eigentliche Beschaffenheit des vorliegenden negotii in die inextrikabelste Verlegenheit; da nun gleichwohl beiderlei Arten von Schenkungen sowohl in Ansehung der Form als des Effekts so äußerst verschieden sind, so bedurfte diese Theorie vorzüglich einer mehreren Simplifizirung. Diese ist hier in den §§. 1134 und 1135 ertheilt; und sie gründet sich hier auf die einmüthige Meinung aller Rechtslehrer, welche in dubio eher eine donationem inter vivos, als mortis causa präsumiren." (Jahrb. Bd. XLI, S. 25.)

Nach dieser Darlegung werden die hier folgenden Bestimmungen verständlich. Ueber den Begriff dieser Art von Schenkung wird nichts gesagt; er ist also unverändert geblieben. Die Schenkung auf den Todesfall ist mithin noch jetzt eine bedingte Schenkung, nämlich eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt. Aber darin ist das Wesen derselben verändert, daß auf den willkürlichen Widerruf vor Eintritt der Bedingung nicht verzichtet werden kann sonst eine unbedingte Schenkung vorhanden ist. Die §§. 1134 u. 1135 enthalten weiter nichts als eine Willensauslegung. Wenn der Schenker nicht mit Worten ausspricht, daß er sich den Widerruf vorbehalte, so wird angenommen, die Schenkung sei eine gewöhnliche, unbedingte.

§. 1135. Hat aber der Letztere sich den Widerruf bis zu seinem Tode ausdrücklich[97]) vorbehalten, so hat der Geschenknehmer, wenn kein Widerruf[98]) erfolgt ist, dennoch, wegen eines solchen Geschenks, auf den Nachlaß nur eben die Rechte, wie ein Legatarius[99]).

§. 1136. Ist ein Schenkungsvertrag unter der Bedingung, wenn der Geschenkgeber eine bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde[100]), geschlossen worden, so verliert der Vertrag seine Wirksamkeit, sobald der Schenkende die Gefahr überlebt.

§. 1137. Ein solches Geschenk kann daher, wenn es gleich schon wirklich übergeben worden, nicht nur von dem Geschenkgeber, sondern auch, wenn dieser erst nach überlebter Gefahr auf andere Art gestorben ist, von seinen Erben widerrufen werden[1]).

§. 1138. Auch wenn eine instehende Todesgefahr nur der Anlaß oder Bewegungsgrund der Schenkung gewesen ist, kann der Geschenkgeber, nach überstandener Gefahr, dieselbe widerrufen[2]).

§. 1139. Die Erben des Geschenkgebers hingegen sind in diesem Falle zu einem Widerrufe, den der Erblasser noch nicht rechtlich[2a]) erklärt hatte, nicht berechtigt[3]).

8) wegen nachgeborner Kinder[4]).

§. 1140. Ein bloßer durch die Uebergabe noch nicht vollzogener Schenkungsver-

97) S. die vor. Anm. Abs. 3.

98) Das R. R. kennt keine Form für den Widerruf und auch das A. L.R. schreibt keine vor. (4. A.) Gleichwohl wird nur der gerichtliche Widerruf wirksam sein, weil die donatio mortis causa gewissermaßen als ein Legat zu betrachten und überdies auch bei unbedingten Schenkungen ein gerichtlicher Widerruf zur Vererbung der Rückforderung nöthig ist. §§. 1112, 1158; Tit. 12, §. 587.

99) Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall, daß die Schenkung durch das Schenkungsversprechen vermittelt worden ist. Dann ist der Beschenkte ein Gläubiger und hat kein besseres Recht als ein Legatarius. Ist aber die Schenkung mittelst der Tradition, und was dieser im Erfolge gleich ist, gemacht, so ist der Beschenkte Eigenthümer geworden, und zwar unter einer Resolutivbedingung. Anders im Falle der Suspensivbedingung, aber die auflösende Bedingung wird im Zweifel vermuthet. §§. 263, 266, 273, 274 d. T. Wird die Bedingung durch den Tod des Schenkers erfüllt, so hat der Beschenkte von diesem Augenblicke an ein unwiderrufliches Eigenthum. Folge davon ist, daß der Beschenkte keineswegs einem Legatarius gleich steht und weder mit dem Erben, noch — im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses — mit den Gläubigern etwas zu schaffen hat. In diesem Sinne spricht sich auch der J.M. in einem Bescheide v. 27. Nov. 1840 aus. (J.M.Bl. S. 397.)

100) Dies ist die in der Anm. 96 erwähnte zweite Form dieser Art Schenkung. Dabei ist der angedeutete Unterschied zwischen bloßer Veranlassung zur Schenkung und zwischen Bedingung zu beachten. Vergl. die Anm. 2 zu §. 1138. Ist der Tod in der bezeichneten gegenwärtigen Lebensgefahr wirklich zur Bedingung gemacht und überlebt der Schenker die Gefahr, so kehrt, wenn die Schenkung durch Uebergabe vollzogen war, das Eigenthum ipso jure auf den Schenker zurück, und die Sache kann vindizirt werden. §. 1137.

1) Dies ist keine Ausnahme; denn das Geschenk ist bereits wieder ein Bestandtheil des Vermögens des Schenkers geworden. Hier steht es also ganz anders, als in den Fällen, wo die Sinnesänderung (die Reue) des Schenkers zum Widerrufe nothwendig ist. §§. 1112 und 1139. Vergl. o. die Anm. 50 zu §. 1090 und 57 zu §§. 1112. Daß in diesen Fällen nicht die Erben zu widerrufen berechtigt sind, das zeigt gerade die Schenkung auf den Todesfall, die durch den Tod nur den Charakter der gewöhnlichen, unbedingten Schenkung erhält, und deren willkürlicher Widerruf dem Schenker freistand. Wenn also die Gründe, aus welchen das Obertr. den Erben des Schenkers das Recht desselben zum Widerrufe zuschreiben will (Anm. 50 zu §. 1090), gültig wären, so müßten die Erben auch jede Schenkung von Todeswegen widerrufen können. (5. A.) Dies ist auch behauptet, jedoch von dem Obertr. verworfen. Erk. v. 6. Oktbr. 1865 (Entsch. Bd. LV, S. 39).

2) Dieser Satz ist nur eine Anwendung der Regel. In diesem Falle nämlich ist der Tod überhaupt, nicht der Tod gerade in der gegenwärtigen Gefahr, zur Bedingung der Schenkung gemacht (s. o. die Anm. 100), und der Widerruf steht dem Schenker, bei dieser Art der Schenkung in beiden Formen (s. o. die Anm. 96), frei.

2a) Was darunter zu verstehen, s. m. im §. 1158; es soll wahrscheinlich „gerichtlich" heißen.

3) Ist gleichfalls eine Anwendung der Regel. S. oben die Anm. 1 zu §. 1137. Auch diese Anwendung bestätigt die Regel: daß der willkürliche Widerruf — der hier wie in dem Falle des §. 1090 von gleichem Charakter ist — nicht dem Erben des Schenkers wider dessen Willen zusteht.

4) Dieser Widerrufsgrund ist aus dem alten R. R. aufgenommen; im neueren R. ist er obsolet. Ein Patron nämlich, welcher seinen Freigelassenen beschenkte, hatte anfangs das Recht des willkürlichen

trag kann widerrufen werden[4a]), wenn der Schenkende nachher Kinder erhält, oder die für verloren geachteten wiederfindet.

§. 1141. Ist aber das versprochene Geschenk wirklich übergeben worden, so findet bloß aus diesem Grunde kein Widerruf desselben statt.

§. 1142. Ist der Widerruf einmal geschehen, so wird derselbe dadurch, daß die Kinder nachher wieder gestorben sind, nicht unkräftig.

§. 1143. Waren schon vor der Schenkung Kinder vorhanden, so berechtigt die Vermehrung ihrer Anzahl den Schenkenden nicht zum Widerrufe des Vertrages.

§. 1144. Deswegen macht es keinen Unterschied: ob dem kinderlosen Geschenkgeber, nach der Schenkung, nur Ein oder mehrere Kinder geboren werden.

§. 1145. Unter dem Ausdrucke: Kinder, werden alle[5]) Descendenten aus einer Ehe zur rechten Hand verstanden, in sofern ihnen nach den Gesetzen ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Geschenkgebers gebühren würde.

§. 1146. Ob Kinder durch Geburt oder Legitimation diese Rechte ehelicher Descendenten erlangt haben, macht keinen Unterschied.

§. 1147. Dagegen giebt die von dem Geschenkgeber geschehene Adoption eines Fremden Ersterem noch kein Recht zum Widerrufe.

§. 1148. Mütter können auch wegen solcher nachgeborner Kinder, die nicht aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugt worden, sich des Rechts zum Widerrufe bedienen.

§. 1149. Geschenke, welche Jemand seinen Verwandten in aufsteigender Linie, ingleichen seinen außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kindern, an sich rechtsgültig versprochen oder gegeben hat, kann er bloß darum, weil ihm nachher Descendenten aus einer Ehe zur rechten Hand geboren worden, nicht widerrufen.

§. 1150. Die Kinder[6]) des Geschenkgebers, welcher bei seiner Lebenszeit von der Befugniß zum Widerrufe, wegen nachgeborner Kinder, keinen Gebrauch gemacht hat, sind dazu bloß in sofern berechtigt, als sie nach §§. 1113—1116 durch die Schenkung im Pflichttheile verkürzt sein würden.

§. 1151. Wegen groben Undanks[7]) des Beschenkten kann der Geber nicht allein

9) wegen Undanks.

---

Widerrufs ganz unbeschränkt. Fragm. Vat. §§. 272, 313. Später beschränkte man dasselbe auf zwei Fälle: wenn dem Patron Kinder nachgeboren wurden, und wenn der Freigelassene sich undankbar erwies. Der erste Fall, eine Konstitution Konstantins, v. 28. März 355, ist in den Justinianischen Kodex übergegangen. L. 8 C. de revoc. don. (VIII, 56.) Darauf hin behaupten Manche, z. B. Cujac., observ., XX, 5; Pufendorf, obs. III, obs. 157, daß dasselbe Recht des Widerrufs jedem Schenker zustehen müsse, und diese Meinung hat auch in der Praxis Eingang gefunden. Wernher, Tom. II, part. 10, obs. 371, pag. 669; Knorre, Gutachten, N. 21; Lauterbach, Colleg. theor. pr., Lib. XXXIX, tit. 5, §§. 53 ff. Die Meinung ist schon von J. Gothofred. in L. cit. Cod. Theod. widerlegt, und jüngst von v. Savigny, Bd. IV, S. 288.

4a) (4. A.) Es macht hierin keinen Unterschied, wenn die Uebergabe des Geschenks vor der Geburt des Kindes fällig war und gerichtlich verfolgt worden ist. Aber wenn zur Zeit des Widerrufs das Kind bereits wieder verstorben war, so findet der Widerruf wegen nachgeborener Kinder nicht mehr statt, weil die supervenientia liberorum nach dem A. L.R. nicht, wie die gemeinrechtliche Praxis in allgemeiner Anwendung der L. 8 C. de revocandis donationibus (VIII, 56) annahm, die Schenkung ipso jure aufhob, sondern nur als Grund zum Widerrufe, so lange das Geschenk noch nicht übergeben ist, gilt, folglich zur Zeit des Widerrufs noch wirklich vorhanden sein muß. Erk. des Obertr. vom 15. April 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 96).

5) Ich kann mir nur einen und zwar seltenen Fall denken, wo einem Schenker Descendenten nachgeboren werden können, welche nicht seine unmittelbaren Kinder sind, nämlich: wenn der Schenker eine verwittwete Schwiegertochter hat, welche einen Posthumus zur Welt bringt. Der Fall des Wiederfindens vermeintlich verlorner Kinder kann entferntere Descendenten leichter zum Vorscheine bringen.

6) Das den Kindern eines Geschenkgebers, welcher bei seiner Lebenszeit von dem ihm nach §. 1140 wegen nachgeborner Kinder zustehenden Widerrufe keinen Gebrauch gemacht hat, für den Fall der Verkürzung am Pflichttheile eingeräumte Revokationsrecht bezieht sich nur auf diejenigen Schenkungen, welche innerhalb dreier Jahre vor dem Tode des Geschenkgebers gemacht worden sind. §§. 1113 bis 1116. Pr. des Obertr. 1884, v. 25 Juni 1847. (Entsch. Bd. XV, S. 175.)

7) Dieser anfangs nur zur Beschränkung des willkürlichen Widerrufs des Patrons eingeführte

die Vollziehung des Geschenks versagen, sondern auch das bereits Gegebene zurückfordern [8]).

§. 1152. Für einen groben Undank ist es anzusehen [9]), wenn der Empfänger den Geber vorsätzlich oder aus grobem Versehen [10]) getödtet, verwundet, geschlagen [11]), oder sonst dessen Leben oder Gesundheit in Gefahr gebracht hat [12]).

§. 1153. Eine dem Schenkenden von dem Geschenknehmer zugefügte Ehrenkränkung, welche nach gesetzlicher Bestimmung für eine grobe oder schwere Injurie zu achten ist, begründet ebenfalls, sie mag übrigens zu den unmittelbaren oder nur zu den mittelbaren Injurien gehören, den Widerruf wegen Undanks [13]).

§. 1154. Ein Gleiches findet statt bei Beschädigungen [14]) am Vermögen, die der Beschenkte aus Bosheit, oder unerlaubtem Eigennutze [15]), dem Geschenkgeber zugefügt hat.

§. 1155. Es macht dabei keinen Unterschied, wenn gleich die Beschädigung durch einen Zufall, ohne Zuthun des Undankbaren, abgewendet oder unwirksam gemacht worden.

---

Widerruf (Anm. 4 zu §. 1140) ist erst durch Justinian zu einer allgemeinen Rechtsregel gemacht worden. L. 10 C. de revoc. donat. (VIII, 56). (5. A.) M. s. über diesen Widerrufsgrund besonders Heimbach sen., in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IX, S. 707—709.

8) Diese Klage unterliegt keiner besonderen Verjährung; diese bestimmt sich nach der Beschaffenheit der unerlaubten (undankbaren) Handlung; mit der Verjährung der Rüge muß auch die Revokationsklage erlöschen.

9) Die Quelle unseres Gesetzes, die L. 10 cit., erklärt folgende Handlungen für groben Undank: grobe und schwere Injurien (injuriae atroces), aufgenommen §. 1153; thätliche Mißhandlungen (si impias manus infert), inbegriffen in diesem §. 1152; Lebensnachstellung (si vitae periculum aliquod intulit), gleichfalls hier aufgenommen; vorsätzliche und erhebliche Vermögensbeschädigung (si jacturae molem ex insidiis suis ingerit, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit), wiedergegeben im §. 1154. Die Verfasser des A. L.R. haben nichts Neues hinzugethan, nur Modifikationen finden sich. Daß analoge Anwendungen (Vermehrung der Fälle durch den Richter) unzulässig sind, ist etwas sich von selbst Verstehendes, weil Ausnahmen — der Widerruf ist allemal eine Ausnahme von der Regel, daß Niemand seine Verträge einseitig annulliren kann — niemals analoge Anwendung leiden. Unter den Neueren ist darüber Meinungsverschiedenheit.

10) Ist keine Erweiterung des Widerrufsgrundes im Vergleiche zur Quelle und keine Auffälligkeit. Denn wenn auch die Tödtung nicht beabsichtigt ist, folglich als eine nur fahrlässige betrachtet wird, so liegt doch schon in der Handanlegung, in der unternommenen Thätlichkeit, oder in einem rücksichtslosen Betragen, welches den Tod verursacht, die Undankbarkeit. Vergl. Tit. 12, §§. 599 u. 600.

Nicht hierher gehören Fälle, wo der Tod durch unbeabsichtigte Verletzung verursacht worden ist, wie z. B. durch Uebertretung der Polizeivorschriften (Niederfallen von unvorsichtig aufgehängten oder ausgesetzten Gegenständen u. dergl.).

11) Oder gestoßen. Ueberhaupt ist hier eine thätliche Mißhandlung (si impias manus infert) gemeint, was um so gewisser ist, als ja schon eine wörtliche Beleidigung für Undank gilt. §. 1153.

12) Dies ist das si vitae periculum aliquod intulit. Anm. 8. Es begreift die Fälle in sich, wo keine körperliche Berührung vorgefallen ist, z. B. wenn auf die Person geworfen oder geschossen, aber gefehlt worden ist.

13) In den authentischen Ausgaben ist hierbei allegirt: „Th. II, Tit. 20, Abschn. 9" (soll heißen 10). Diese Bezugnahme fällt weg. „Wo in irgend einem Gesetze auf Bestimmungen des bisherigen Strafrechts verwiesen wird, treten die Vorschriften des gegenwärtigen Strafgesetzbuches an deren Stelle", verordnet das Ges. über die Einführung des Strafgesetzbuchs für die preuß. Staaten, v. 14. April 1851, Art. III. Die Vorschriften des Str.G.B. aber passen hierzu nicht, weil es eine andere Theorie und Eintheilung von Injurien hat und darüber nichts enthält, welche Ehrenkränkung für eine grobe oder schwere Injurie zu achten ist. §§. 152—163. Der Richter hat dies zu ermessen: die Frage ist faktischer Natur.

14) Das Erforderniß der Erheblichkeit ist übergangen. Doch ist wohl anzunehmen, daß nicht schon jede allergeringste Beschädigung als zureichende Ursache zum Widerrufe gelten soll. Denn bei einer so nichtssagenden Beschädigung wird der Richter das Erforderniß der „Bosheit" und des „unerlaubten Eigennutzes" vermissen.

15) Z. B. durch Diebstahl, Raub, welcher den „insidiis" entspricht. Auch Verrath gehört dahin, z. B. boshafte Anzeige einer Schmuggelei.

§. 1156. In allen Fällen aber kann der, welcher bloß das Recht der Selbstvertheidigung ausübt, für einen Undankbaren nicht angesehen werden.

§. 1157. Ein Undank, welchen der Geber selbst nicht gerügt hat, giebt seinen Erben ein Recht zum Widerrufe nur alsdann [16]), wenn der Schenkende durch den Andern sein Leben oder den Gebrauch seiner Verstandeskräfte verloren hat.

§. 1158. Hat jedoch der Schenkende seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, schon gerichtlich erklärt, so können seine Erben die Sache gegen den undankbaren Geschenknehmer auch nach seinem Tode fortsetzen.

§. 1159. Eine dergleichen außergerichtliche Erklärung hat mit der gerichtlichen gleiche Wirkung, sobald erhellet [17]), daß der Erblasser, den Undank gerichtlich zu rügen, nur durch den Tod verhindert worden [17a]).

§. 1160. Wenn einer Korporation etwas geschenkt worden, so kann das Geschenk wegen eines Undanks, dessen sich die Vorsteher oder die gegenwärtigen Mitglieder schuldig gemacht haben, nicht widerrufen werden.

§. 1161. Doch kann der Schenkende den Beleidigern, für ihre Personen, diejenigen Vortheile entziehen, welche sie sonst aus der Schenkung würden genossen haben.

Allgemeine Regeln vom Widerrufe.

§. 1162. Eine vor oder bei der Schenkung, oder auch bei der Uebergabe, geschehene Entsagung des Rechts zum Widerrufe, hindert, wenn sie auch eidlich bestärkt worden, dennoch weder den Schenkenden, noch dessen Erben [18]), an der Ausübung desselben [19]).

§. 1163. Hiervon ist allein der Fall eines wegen angeblichen Uebermaßes der

---

16) Wieder nur eine Ausnahme von der Regel. Vergl. o. die Anm. 2 u. 1 zu §§. 1138, 1137. Wir vermeinen, sagt die Quelle (Anm. 9), daß den Nachfolgern des Schenkers keine Befugniß ertheilt sei, selbst solche Klagen zu erheben. Denn wenn der, dem dies widerfahren, selbst geschwiegen hat, so soll sein Stillschweigen immerfort dauern. „Denn es ist nicht recht," heißt es in der L. 1 i. f. C. eodem, „diejenigen Schenkungen auf irgend eine Weise anzufechten, welche der, der sie gemacht hatte, bis an sein Lebensende nicht zurückgenommen hat." Dabei ist ein willkürliches Widerrufsrecht des Schenkers vorausgesetzt.

17) Es muß aus den Umständen erhellen, eine direkte Beweisführung, namentlich ein nothwendiger Eid ist nicht zulässig.

17a) (4. A.) In der römischen Rechtssammlung findet sich keine Stelle, worin dem Erben die Befugniß zuerkannt würde, dann, wenn der Erblasser sich selbst schon über die Undankbarkeit beschwert hatte, die Zurückforderungsklage zu führen, viel weniger dann, wenn der Erblasser bis zum Tode geschwiegen hatte. Die Ausnahmen sind durch einige Ausleger des röm. Rechts aufgebracht; Andere haben ihnen widersprochen. Von dieser Seite ist auch gefordert worden, daß der Widerruf des Erblassers schon vor Gericht geltend gemacht worden sein müsse, um durch den Erben verfolgt werden zu können, weil die L. 10 C. de revocandis donat. (VIII, 56) ausdrücklich vorschreibt: „ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus." M. s. u. A. Quistorp, Beiträge, 2. Ausg. S. 866. Auf der anderen Seite ging man wieder soweit, daß ein außergerichtlicher Widerruf genüge, wenn nur der Erblasser den Prozeß anzufangen durch den Tod behindert worden und demnächst eine gesetzliche Ursache erweislich zu machen sei, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti, die von dem Erben des Enterbten angestellt werden könne, wenn der Enterbte seine Absicht, klagen zu wollen, bereits erklärt habe, und daran durch den Tod behindert worden sei. Dies ist das Material, aus welchem die §§. 1157 — 1159 gemacht worden sind.

18) In den Fällen nämlich, wo den Erben der Widerruf ausnahmsweise zusteht. Das Obertr. nimmt diese Stelle für einen Beweis, daß den Erben in der Regel der Widerruf zukomme, „indem hierdurch der Uebergang des Revokationsrechtes auf die Erben im Allgemeinen und in allen Fällen, wo die Gesetze hiervon nicht eine besondere Ausnahme machen, ausgesprochen ist." (Entsch. Bd. XI, S. 262.) Keineswegs ist ein solcher Ausspruch darin zu sehen, er wird hineingelegt. Vergl. o. die Anmerkungen 16 zu §. 1157, 2 zu §. 1138, 1 zu §. 1137, 57 zu §. 1112 und 50 zu §. 1090. Der Erbe kann den Willen des Erblassers niemals ändern.

19) Auch nach G. R. nimmt man, auf Grund der L. 27, §. 4 D. de pactis (II, 14), an, daß ein im Voraus erklärter Verzicht des Schenkers den Widerruf wegen Undanks — der einzige besondere Grund zum Widerrufe nach R. R. — nicht hindere. Wie der Verzicht auf den Widerruf wegen anderer besonderer Ursachen wirken soll, kann dasselbe nicht enthalten.

Schenkung unternommenen Widerrufs, nach den nähern Bestimmungen §§. 1094—1096, ausgenommen.

§. 1164. Soweit der Widerruf gegen den Beschenkten stattfindet, so weit müssen auch dessen Erben sich denselben gefallen lassen.

§. 1165. Doch sind, in allen Fällen, der Beschenkte und dessen Erben zur Wiedererstattung nur so weit verpflichtet, als sich die geschenkte Sache, zur Zeit des Widerrufs, noch in dem Vermögen oder Nachlasse befindet; oder diese durch den daraus gelöseten Werth noch wirklich reicher sind[20]).

§. 1166. Bis zur gerichtlichen[21]) Erklärung des Widerrufs ist der Beschenkte als ein redlicher Besitzer anzusehen.

§. 1167. Nur in dem Falle eines Widerrufs wegen Undanks überkommt der Geschenknehmer, von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit, alle Pflichten und Lasten eines unredlichen Besitzers[22]).

§. 1168. Wenn der Geschenkgeber eine zum Geschenke versprochene, aber noch nicht wirklich gegebene, bestimmte Sache vor der Uebergabe verzehrt, veräußert oder vernichtet, so ist dieses für einen stillschweigenden Widerruf des Schenkungsversprechens zu achten[23]).

Von belohnenden Schenkungen*).

§. 1169. Wird durch eine Schenkung eine löbliche Handlung, oder ein geleisteter wichtiger Dienst vergolten, so heißt solches ein belohnendes Geschenk[24]).

---

20) Aermer darf der Beschenkte durch die Schenkung nicht werden. Hat er also das Geschenk — vor dem Widerrufe — verzehrt, verbraucht, weggegeben, verloren oder verspielt, so ist er nichts schuldig.

21) Diese Form ist nur zur Versetzung des Beschenkten in malam fidem, oder wenn das Revokationsrecht auf den Erben übergehen soll, erforderlich. Zur Durchsetzung eines Revokationsrechts mittels der Klage oder Exception bedarf es für den Schenker selbst keiner vorgängigen Formalität, der Widerruf kann sogar stillschweigend (durch Handlungen) erklärt werden (§. 1168); es genügt, wenn der Widerruf, wenn nicht durch sofortige Anbringung der Klage selbst, irgendwie gegen die Gerichtsbehörde abgegeben wird. Vergl. Erk. des Obertr. v. 26. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX. S. 192). Aus der für den Widerruf von Legaten im §. 587, Tit. 12 vorgeschriebenen Form darf kein Schluß auf den Widerruf einer Schenkung gemacht werden, der in der Regel nur dem Schenker freisteht und dessen gerichtliche Form zwecklos sein würde. Dort aber soll eine für den Erben wirksame Erklärung gegeben werden, deshalb soll sie gerichtlich sein. Folgerecht wird diese Form auch bei dem Widerrufe einer Schenkung verlangt, wenn derselbe ausnahmsweise auf den Erben übergehen soll. §§. 1112, 1158 d. T. (4. A.) In diesem Falle muß der Widerruf von dem Schenker gerichtlich erklärt worden sein, wenn auch nur durch eine formlose Eingabe.

22) Die Bestimmung bringt den Beschenkten in eine ganz eigenthümliche, unnatürliche Lage. Der Undank hebt die Schenkung nicht auf, sondern der veränderte Wille des Schenkers. So lange also der Schenker seine Willensänderung (den Widerruf) nicht ausspricht, bleibt der Beschenkte Eigenthümer. Das Widerrufsrecht wegen Undanks verjährt erst in 30 Jahren. Nun soll also der Beschenkte, der nicht wissen kann, was der Schenker wird thun wollen, durch 30 Jahre ein unredlicher Besitzer sein, während er doch in Wahrheit Eigenthümer ist. Das kann wohl unmöglich bedacht worden sein.

23) Diese Bestimmung ist durch Monita gegen den gedr. Entw. veranlaßt. Bei der revis. mon. sagt Suarez: „Einige Monenten wollen nur ausdrückliche und gerichtliche revocationes gelten lassen. Bei schon wirklich gegebenen Geschenken würde ich dem beitreten; bei bloß versprochenen aber würde es pro revocatione licet saltem tacita zu achten sein, wenn der Donator rem in specie promissam vor der Schenkung veräußert oder vernichtet." (Bornemann, System, Bd. III. S. 389.) Es ist darauf der §. 1168 hinzugefügt, hinsichtlich der Nothwendigkeit der gerichtlichen Form in dem Verhältnisse zwischen dem Schenker selbst und dem Beschenkten, außer dem §. 1166, nichts vorgeschrieben. Vergl. o. die Anm. 20 zu §. 1166.

*) (5. A.) Müller, über die donatio remuneratoria; in Simon und v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts, Bd. I. S. 233 flg.

24) Der Stand des Rechts über diese Art von Schenkungen zur Zeit der Abfassung des A. L.R. war folgender: Es gab drei Meinungen. Zwei standen sich gerade gegenüber. Nach der einen wird ein solches Geschäft ganz ebenso wie jede andere Schenkung behandelt, d. h. es ist der Form (Insinuation) zur Rechtsgültigkeit unterworfen, kann unter Eheleuten nicht stattfinden, und unterliegt dem Widerrufe aus den bekannten positiven Gründen. Die andere Meinung erklärt es schlechtweg für ein

§. 1170. Der Widerruf eines wirklich gegebenen belohnenden Geschenks findet nur wegen Uebermaßes, nach den §. 1091 sqq. vorgeschriebenen nähern Bestimmungen statt.

§. 1171. Sobald jedoch eine der andern gesetzlichen Ursachen zum Widerrufe einer bloßen Schenkung eintritt, ist der Geschenknehmer schuldig, die löbliche Handlung oder den geleisteten Dienst, welche durch das erhaltene Geschenk haben belohnt werden sollen, bestimmt anzugeben und nachzuweisen[25]).

§. 1172. Kann oder will er dieses nicht, so ist auch eine solche Schenkung dem Widerrufe, gleich jeder andern, unterworfen[26]).

§. 1173. Ein Schenkungsvertrag, wodurch ein belohnendes Geschenk bloß versprochen wird, erfordert zu seiner Gültigkeit ein schriftliches Instrument, in welchem

---

lästiges Geschäft, welches den Regeln von der Schenkung in keiner Beziehung unterworfen ist. Die dritte Meinung hat das ihren Vertretern Gemeinsame, daß sie in irgend einer Hinsicht Beides vermittelt; die Anwendung aber macht vielleicht ebenso viele Abstufungen, als es Anhänger giebt. Natürlich wird für jede Meinung die Begründung aus dem R. R. entnommen. Darüber s. m. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 88 ff.

Von den neueren Gesetzgebungen schließen sich die österreichische und die französische ganz entschieden der ersten Meinung an: die belohnende Schenkung wird schlechtweg wie jede andere s. g. einfache Schenkung behandelt. Oestr. G.B. §§. 940, 941; Code civ. Art. 960. Diese bewußte Entschiedenheit wird bei dem A. L.R. vermißt. Der gedr. Entw. hatte nur die zwei Sätze, welche das A. L.R. in den §§. 1169 u. 1170 enthält, und außerdem über die Form die nicht aufgenommene Vorschrift, daß das Schenkungsversprechen, wenn es nicht weniger als 50 Thlr. betrage, gerichtlich gegeben werden müsse. Entw. Th. II, Abth. 2, Tit. 8, §§. 814 — 816. Diese Dürftigkeit veranlaßte Erinnerungen. Suarez trägt bei der rev. mon. vor: „Einige Monenten wollen den Unterschied inter donationes simplices et remuneratorias ganz aufheben (das waren eben Vertreter jener ersten Meinung); er sei nicht reell, zumal jetzt auch donationes simplices, wenn sie in gehöriger Form versprochen worden, gefordert werden könnten; es sei zu unbestimmt, was löbliche Handlung und wichtige Dienste sind; es sei sehr schwierig, das Verhältniß zwischen dem Dienste und der Belohnung zu bestimmen, und doch sollten nach bisheriger Theorie auch donationes remuneratoriae quoad excessum nur den simplicibus gleich geachtet werden (nach einer Mittelmeinung nämlich); es führe auf große Weitläufigkeiten im Beweise, worin die löbliche Handlung oder der Dienst bestanden hätten, wenn sie gar nicht oder nicht bestimmt angegeben wären; die ganze neue Theorie de revocatione donationum werde dadurch elidirt. Allein diese Monita gehen nur auf den Mißbrauch, welcher den rechten Gebrauch nicht aufhebt. Wenn doch wirklich eine donatio remuneratoria vorhanden ist, so liegt es in der Natur der Sache und in der Billigkeit, daß solche nicht so leicht als eine simplex muß revozirt werden können. Um die besorgten Streitigkeiten und Mißbräuche in fraudem legis zu vermeiden, würde ich festsetzen: daß eine donatio remuneratoria, wenn sie qua tali gelten soll, in einem schriftlichen Instrumente aufgenommen, und darin die Handlung oder der Dienst bestimmt angegeben sein müsse; daß, wenn diese Form nicht beobachtet worden, die donatio bloß pro simplici zu achten; daß sie revozirt werden könne, wenn erwiesen wird, daß die Handlung nicht gethan, oder der Dienst nicht geleistet worden; daß aber servata forma der Widerruf wegen Uebermaßes nur ebenso wie bei einer donatio simplex und außerdem keine Revokation stattfinde." (Ges.-Revis. Pens. XIV, S. 201.) Nach diesen Vorschlägen sind die in den §§. 1171 — 1177 hinzugefügten Zusätze ausgefallen. Zufolge derselben wird das fragliche Rechtsgeschäft weder als Schenkung, noch als lästiges Geschäft behandelt; es hat von Beiden etwas. Von der Schenkung hat es etwas von der Form — nicht die ganze Form des Schenkungversprechens (§. 1173) und die Widerruflichkeit wegen Uebermaßes (§§. 1170 und 1175), sowie die Eigenthümlichkeiten der Verbindlichkeit (§. 1176); von dem entgeltlichen Geschäfte hat es die sonstige Unwiderruflichkeit. Dabei hat man keineswegs eine Mittelmeinung im Sinne gehabt; die zufällige Theorie des A. L.R. ist ohne alle Geschichte.

25) Der Schenker kann die Wahrheit der Schenkung als einer belohnenden bestreiten und die Schenkung wie eine einfache behandeln, wenn nicht der Beschenkte die bestimmt anzugebende Handlung, welche hat belohnt werden sollen, zu beweisen vermag. Diese Beweislast wird durch die schriftliche Form dem Beschenkten abgenommen. §. 1175.

26) Das Geschäft wird also in jeder Hinsicht als eine gewöhnliche Schenkung behandelt, kann mithin auch nicht aus einem anderen Grunde als diese widerrufen werden. Doch scheint sich bei einer solchen belohnenden Schenkung, bei welcher die vorgeschriebene Form beobachtet worden ist, die Sache anders zu stellen. §. 1175 und die folg. Anm. 27.

die Handlung oder der Dienſt, die durch das Geſchenk belohnt werden ſollen, beſtimmt angegeben ſind[26a]).

§. 1174. Iſt dieſe Form nicht beobachtet, ſo wird das Geſchenk nicht als ein belohnendes, ſondern nur als ein ſolches, welches aus bloßer Freigebigkeit verſprochen worden, angeſehen und beurtheilt.

§. 1175. Dagegen kann, bei gehörig beobachteter Form, das Verſprechen einer belohnenden Schenkung, außer dem Falle des Uebermaßes (§. 1091), nur alsdann zurückgenommen werden[27]), wenn ausgemittelt wird[28]), daß der Beſchenkte die Handlung nicht gethan, oder den Dienſt nicht geleiſtet habe[29]).

---

26a) (4. A.) Darin, daß einem zur Penſion geſetzlich nicht berechtigten Beamten eine Penſion bewilligt wird, iſt von ſelbſt beſtimmt und deutlich ausgeſprochen, wofür ſie bewilligt ſei, daß ſie nämlich als Vergeltung oder Belohnung für ſeine vollendete Amtsführung bewilligt worden ſei. Folglich iſt in dieſem Falle das Erforderniß des §. 1173 vorhanden. Erk. des Obertr. vom 8. Januar 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 15).

27) Die Anwendung der Form ſchlägt hiernach zum Nachtheile des Beſchenkten aus. Iſt die Form nicht beobachtet worden, ſo wird die Schenkung als eine gewöhnliche behandelt (§. 1174). Das Gleiche geſchieht, wenn die Schenkung auf Uebergabe beruhet und die belohnten Dienſte nicht geleiſtet worden ſind. (§. 1172 u. Anm. 26.) Nach der Vorſchrift dieſes §. 1175 aber ſoll, wenn es ſich erweiſt, daß keine Dienſte geleiſtet ſind, die Schenkung nicht als eine gewöhnliche behandelt werden, und als ſolche, aus beſonderen Gründen, widerruflich ſein; ſondern ſie ſoll alsdann, wenn ſich die Nichtleiſtung des Dienſtes ergiebt, alſo eben aus dieſem Grunde zurückgenommen werden dürfen. Die hierin liegende Inkonſequenz macht es zweifelhaft: ob dies beabſichtigt worden ſei. Die Abſicht ſcheint vielmehr, nach Suarez' Aeußerung (Anm. 24), die geweſen zu ſein, daß eine formell vollzogene remuneratoriſche Schenkung in dem in Rede ſtehenden Falle ebenſo wie eine gewöhnliche, aus beſonderen Gründen, wenn eine ſolche Urſache eintritt, ſoll widerrufen werden können. Dieſer §. 1175 enthielte mithin nur eine Anwendung des in den §§. 1171, 1172 ausgeſprochenen Grundſatzes auf eine Schenkung dieſer Art in ſchriftlicher Form. Allein in einem Falle, der wohl der häufigſte ſein wird, iſt der praktiſche Erfolg doch ein willkürliches Zurücknehmen der Schenkung, ohne beſonderen Widerrufsgrund. Die Form iſt hier nämlich die Privatſchrift. Dieſe begründet keine Klage aus einem einfachen Schenkungsverſprechen. §. 1064. Wendet nun der Beklagte ein, daß der Dienſt nicht geleiſtet worden ſei; ſo iſt, den Beweis vorausgeſetzt, die Schenkung eine gewöhnliche, folglich die Klage unſtatthaft. Die gerichtliche Form ändert dies. (5. A.) Das Obertr. hat den §. 1175 wirklich ſo aufgefaßt und angewendet, wie er nach der angedeuteten vermuthlichen Abſicht des Geſetzgebers aufgefaßt werden muß, um jene Inkonſequenz zu vermeiden. Es genügt daher nicht der Beweis, beziehungsweiſe der Mangel des Beweiſes, daß der fragliche Dienſt nicht geleiſtet worden, um die belohnende Schenkung zu widerrufen, vielmehr muß eine geſetzliche Urſache zum Widerrufe einer gewöhnlichen Schenkung hinzutreten (§. 1171); und es müſſen die im §. 1175 fehlenden Worte: „aus anderen geſetzlichen Urſachen zum Widerrufe" ꝛc., vor „nur" hinzugedacht werden. Vergl. Erk. des Obertr. v. 17. September 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 103).

28) Da der Schenker ſein Bekenntniß gegen ſich hat (§. 1173), ſo muß er den Gegenbeweis führen, nach bekannter Regel, wovon hier keine Ausnahme gemacht worden iſt. (5. A.) Vergl. die vor. Anm. 27 a. E.

29) Man hat die Frage behandelt: ob es zum Begriffe einer remuneratoriſchen Schenkung erforderlich ſei, daß die belohnende Schenkung mit dem zu belohnenden Dienſte in einigem Verhältniſſe ſtehen müſſe. In dieſer Allgemeinheit iſt die Frage unzuläſſig. Zuvörderſt muß ausgemacht ſein, daß die remuneratoriſche Schenkung als ein entgeltliches Negotium zu behandeln ſei, nicht bloß überhaupt nach den Grundſätzen des A. L.R. — das kann in dieſer Beziehung zugegeben werden; — ſondern insbeſondere auch in dem vorliegenden Falle. Darüber kann keine Rechtsregel entſcheiden, die Frage gehört der Kaſuiſtik an. Es kommt auf die Abſicht der Parteien an. Hat der Geber die Abſicht, den Empfänger lediglich zu bereichern, und bedient er ſich dazu der Form der belohnenden Schenkung unter Angabe irgend einer unbedeutenden Gefälligkeit; ſo iſt gar keine belohnende Schenkung abgeſchloſſen, das Geſchäft iſt nichts anderes als eine gewöhnliche Schenkung unter dem Vorwande einer belohnenden, und unterliegt ganz den Regeln über Form und Widerruf der Schenkungen. Iſt hingegen der Geber ernſtlich gemeint, den Empfänger zu belohnen, ſo iſt das Geſchäft als ein entgeltliches anzuſehen. Um nun zu finden, ob daſſelbe wegen Mißverhältniſſes des Lohns zum Dienſte anfechtbar ſei, muß man wiſſen, welche beſondere rechtliche Natur das Negotium hat; denn die Entſcheidung der Frage hängt davon ab: ob dem Geber wegen Verletzung über die Hälfte ein Rechtsmittel zuſteht. Wäre die belohnte Handlung das Geben einer Sache geweſen, ſo würde der Fall — nach G. R. — nach den Regeln vom Kaufe oder Tauſche zu behandeln ſein, nach dem A. L.R. müßten die Vorſchriften von wech-

§. 1176. Auch bei belohnenden Schenkungen finden die Vorschriften §§. 1076 —1087 Anwendung.

§. 1177. Wenn vor geleistetem Dienste, oder vor unternommener Handlung, etwas über die Belohnung dafür verabredet worden, so ist das Geschäft, wenn es auch eine Schenkung genannt wäre, dennoch nicht nach den Vorschriften des gegenwärtigen, sondern des vorhergehenden Abschnitts zu beurtheilen.

---

seitigen Schenkungen zur Anwendung kommen. Ist aber von wirklichen Dienstleistungen die Rede, mögen sie eine gewerbliche Natur haben, oder nicht haben; so ist, abgesehen davon: ob dabei überhaupt jener Einwand zulässig sei, gar nicht findbar, wer das Mißverhältniß feststellen will. Denn es ist hier nicht die Rede von der Anlegung eines allgemeinen Werthmessers, vielmehr entscheidet ganz ausschließlich die individuelle Meinung und Schätzung des Gebers: auf so hoch er die Handlung angeschlagen hat, soviel ist sie ihm werth gewesen.

# Berichtigungen.

S. 23 in der Note 10, Z. 6 v. o. l. Raisonnements st. Raisonnemenes
" 41, Z. 1 v. o. ist der 2. Januar st. des 3ten zu setzen.
" 47, Z. 29 v. o. ist hinter „vor" die Parentheſe mit dem Zeichen „)" zu schließen und dieſes am Schluſſe des Abſatzes ſtehende Zeichen zu ſtreichen, ferner iſt der zweite Abſatz mit dem erſten zuſammenzuziehen.
" 51 iſt in der Anm. 46, Z. 4 hinter „648)" ein Komma zu ſetzen, und Z. 6 v. u. iſt „§. 36" st. §. 86 zu leſen.
" 68 iſt in der Anm. 94, Z. 12 v. o. hinter „Zinſen" einzuſchalten:
(welches Verbot übrigens 1868 aufgehoben iſt)
" 72 iſt in der Anm. 104, Z. 5 v. o. zu leſen: gemacht st. abgemacht
" " iſt in der Anm. 105, Z. 5 v. o. zu leſen: erliſcht st. erlöſchen
" 73, Anm. 108, Z. 16 v. u. l. hiervon st. hierüber
" 76 iſt zum Zuſ. 1 zu §. 7 das Geſetz vom 3. Juli 1869 (unten zum betr. Art. der Verf.-Urkunde) zu vergleichen.
" 80 iſt im §. 26, Z. 1 v. u. zu leſen: zwanzigſte st. zwangigſte.
" 102 iſt im §. 71, Z. 2 zu leſen: dieſe st. dieſes
" 104, Note 70, Z. 5 iſt hinter „Pfandrechte" einzuſchalten:
und iſt überhaupt durch das H.G.B. aufgehoben.
" " Note 71, Z. 4 l. das st. des
" 109, Note 85, Z. 2 l. März st. Mai
" 125 iſt der Anm. 37 beizufügen: „Tempus regit actum."
" 143 iſt in der Anm. 59a, Z. 2 v. u. zu leſen: „20" st. 23
" 150, §. 80 l. vermeidlicher st. vermeintlicher
" 159, Z. 4 v. u. iſt st. 2. zu ſetzen: 3.
" 160, Note 124, Z. 4 v. u. hinter "war" iſt einzuſchalten:
(5. A.) Dem iſt nun durch das Berggeſetz vom 24. Juni 1865, §§. 148—154 Genüge geſchehen. S. u. Th. II, Tit. 16.
" 164, Anm. 145b, Z. 1 v. u. l. Pl.-Beſchl. st. Pl.
" 169, Note 164 l. 29. Dez. 1837 st. 27. Dez. 1839.
" 178 iſt der Note 40 beizufügen:
(5. A.) Hat er das auch nicht verſucht, ſo iſt er doch nichts ſchuldig, weil keine Gegenleiſtung zugeſichert iſt. Vergl. Tit. 11, §§. 870, 872.
" 183 iſt der Anm. 68, Abſ. 1 am Schluß beizufügen: 69.
" 189, Anm. 82, Abſ. 2, Z. 1 l. Abweſenden st. Anweſenden
" 227 iſt die Maß- und Gewichtsordnung st. von 1866 von 1868 zu datiren.
" 229 iſt zu §. 18, Abſ. 3 anzumerken:
*) Die Normal-Eichungskommiſſion hat eine Eichordnung für den Norddeutſchen Bund, vom 16. Juli 1869, erlaſſen. Dadurch iſt das Geſetz vom 24. Mai 1853, die Stempelung und Beaufſichtigung der Waagen im öffentlichen Verkehr (Zuſ. 8a zu Titel 5) und die Inſtruktion über das Verfahren bei der Prüfung und Stempelung der Waagen, vom 20. Juli 1853 (Zuſ. 8b ebd.), außer Wirkſamkeit getreten. Dieſe Eichordnung, erſt nach dem Druck der beiden Zuſätze erſchienen, iſt ihrer Umfänglichkeit halber hier nicht abgedruckt; ſie iſt als beſondere Beilage zu Nr. 32 des Bundesgeſetzblatts für 1869 herausgegeben und außerdem iſt eine korrekte Ausgabe, in 8. auf Schreibpapier, im Verlage von R. v. Decker zu Berlin, zu dem Preiſe von 5 Sgr. erſchienen.
" " iſt zu §. 21 zu notiren:
11b) Die Verhältnißzahlen ſind feſtgeſtellt und bekannt gemacht durch die Bekanntm. v. 13. Mai 1869 (G.S. S. 746).

S. 260, Anm. 38, Z. 6 l. Verkäufer st. Käufer
" 262 ist der Anm. 43 a. E. beizufügen: und Ausländer.
" 266, Anm. 56, Abs. (5. A.) Z. 1 l. außergerichtlichen st. außergewöhnlichen
" 277, §. 363, Z. 1 l. mittelbaren st. unmittelbaren
" 294, §. 6, Z. 1 l. entgangenen st. entzogenen. Desgl. in der Note 5, Z. 2.
" 295, §. 12, Z. 1 l. eine st. eire
" 299, Anm. 20a, Z. 1 l. den st. der
" 320, §. 25, Z. 1 l. redliche st. redlichste
" 327, Note 29, Z. 9 l. 1835 st. 1855
" 340, " 60, Z. 2 v. u. l. bisherigen st. besherigen und „Denn" ist zu streichen.
" 370, " 3 ist Z. 2 v. u. hinter „140" einzuschalten:
(an deren Stelle der §. 195 des Allg. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 getreten ist)
" 379, Note 21a, Z. 8 v. o. l. welcher st. melcher
" 402, Z. 6 l. 28 st. 23
" 434, Note 8, Z. 3 l. allgemeinen st. allgeminen
" 450, " 31, Z. 3 l. gezüchtet st. gezüchtigt
" 451, " 35, Z. 2 l. 1690, Kap. I, Nr. 2 st. 1790, Kap. 4, Nr. 7.
" 469, §. 325, Z. 2 v. u. l. bestimmte st. bestimmende
" 494, §. 430, Z. 2 l. Kuranden st. Kuranten
" " Note 69, Abs. 2, Z. 1 ist „die" zu streichen und Z. 2 zu l. erworben st. erwerben
" 495, " *, Z. 2 l. Theilungsgeschäften st. Theilunsgeschäften
" 496, " 73, Abs. 3, Z. 1 l. Benefizialerbenqualität st. Benefizqualität
" 515, §. 513, Z. 1 l. können st. könne
" " Anm. 17, Z. 6 l. können st. könne
" 516, " 20 ist hinter „§." einzuschalten: 516
" 523, " 43, Z. 2 v. u. ist hinter „tor)" einzuschalten: zu
" 532, " 65, Z. 3 l. 1846 st. 1816
" 536, Z. 1 ist zu setzen: „15" st. 12
" 567, Note 68, Abs. 2, Z. 3 l. Februar st. Januar
" 575, " 92, Z. 1 v. u. ist zu setzen: „20" st. 22
" 577, §. 651, Z. 2 l. können st. könne
" 581, Anm. 14, Z. 3 l. 7. Juni 1821 st. 21. Juni 1817
" 597, " 5, Z. 4 ist hinter „§§. 109 ff." einzuschalten:
jetzt Allg. Berggesetz vom 24. Juni 1865, §§. 135 ff.
" 598, Anm. 6a, Z. 4 l. Anm. 11 zu §. 135 st. Anm. 33 zu §. 112
" 611 in der Anm. 45, Z. 4 v. u. ist hinter „oder" einzuschalten:
die condictio sine causa oder
" 616, Anm. 60, Z. 7 l. diesem st. diesen
" 619, " 69, Z. 1 l. Anm. **** zu §. 49, Nr. 6 st. Anm. † zu §. 49.
" 629, " 7, Z. 1 l. sed st. sod
" 652, " 81, Z. 1 v. u. l. seine st. seiner
" 662, " 28, Z. 2 ist hinter „erfolgte" einzuschalten: Privat- Hinter „Kündigung" ist einzuschalten: (vergl. unten N. 9 zu §. 382)
" 668, Anm. 42, Abs. 4, Z. 2 v. u. l. Beschwerde st. Richtigkeitsbeschwerde
" 672, Z. 1 v. o. l. Sistirung st. Sicherung
" 673 ist der Zus. 2 „Dekl." ꝛc. zu streichen.
" 678 ist in dem Abs. 2 der Note 2, Z. 2 v. u. zu lesen: kein st. ein
" " ist in der Note 3, Z. 1 zu lesen: Gegensatz st. Gegenstand, und §. 378 st. 379; und Z. 7 gleichfalls 378 st. 379
" 680 ist in der Note d, Abs. 2, Z. 1 zu lesen: Wird st. Bird
" 681 ist in der Anm. g, Z. 4 v. u. zu lesen: vorzubehalten st. vorzubehatten
" 683, Anm. 9, Z. 7 l. Besch. st. Beschl.
" 689, " 24, Z. 6 l. 1845 st. 1855 und Z. 7 l. unten st. und
" 717, §. 521, Z. 3 ist mit st. nicht zu setzen.
" 721, Anm. 22, Z. 1 ist 1794 st. 1704 zu setzen.
" 725, " 29a, Z. 9 v. o. l. adhuc st. adhus und Anm. 30b, Z. 1 v. u. l. LXV st. XLV und Z. 2 v. u. l. 1867 st. 1857
" 728, Anm. *, Z. 3 l. habere st. babere
" 738, Z. 7 v. u. ist hinter „solcher" einzuschalten: Uebernehmer
" 739, Anm. 60, Z. 5 ist 651 st. 615 zu setzen.
" 740, " 62, Z. 5 l. nur st. und
" 756, Z. 14 v. u. l. welcher st. welche
" 769, Note 95, Z. 1 v. u. ist 1852 st. 1851 zu lesen.
" 780, §. 5, Z. 1 ist §. 2 st. §. 5 zu setzen.

S. 782, Note 40, Z. 8 l. verzinsliche ſt. venzinsliche
- 787, - 57, Z. 2 v. u. iſt ſt. XXIII zu ſetzen: XXII
- 798, - 12 l. 29 ſt. 20
- 802, - * l. Lohnvertrage ſt. Lehrvertrage
- 809, - 36, Z. 2 v. u. iſt ſt. „neuen" zu ſetzen: der Exekution nicht unterworfenen, und hinter „Gemeinſchuldners" einzuſchalten: V.G. vom 21. Juni 1869 (V.G.Bl. S. 242). Das Uebrige fällt weg.
- 820, Anm. 62c, Z. 2 v. u. l. Juni ſt. Juli
- 827, - 68c, Z. 2 v. u. l. 1857 ſt. 1837
- 845, - 34, Z. 15 l. der ſt. des
- 856, - 76, Z. 2 v. u. ſind die Worte: (Zuſ. 36) zu ſtreichen und Z. 1 v. u. am Schluſſe iſt beizufügen: 76a.

Druck von Fr. Frommann in Jena.