

51. Ist nach preußischem Landrechte (und nach gemeinem Rechte) die Ersetzung von Servituten gegen ein zu einem Familienfideikommiß gehöriges Grundstück von besonderen, aus der rechtlichen Natur des Familienfideikommißes herzuleitenden Voraussetzungen abhängig? ¹

V. Civilsenat. Urth. v. 7. Mai 1887 i. S. Graf v. S. (Provoikat) w. M. u. Gen. (Provoikanten). Rep. V. 296/86.

I. Generalkommission Breslau.

II. Oberlandeskulturgericht Berlin.

Die Stellenbesitzer zu S. haben Berechtigungen zur Entnahme von Holz und Streu aus Teilen der zur Standesherrschaft R. gehörigen Forsten in Anspruch genommen und deren Ablösung beantragt. Der Berufungsrichter hat ihnen diese Berechtigungen mit gewissen Einschränkungen zuerkannt, und zwar auf Grund der für nachgewiesen erachteten erwerbenden Verjährung. Über die in der Überschrift bezeichnete Frage enthält das Revisionsurteil Folgendes in seinen

Gründen:

„Nach §. 4 des Gesetzes vom 31. März 1841 in Verbindung mit §. 164 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 ist zum Nachweise des Erwerbes ablösbarer Servituten durch die hier in Frage kommende außerordentliche (30 jährige) Ersetzung der Nachweis des vor Emanation des Gesetzes von 1841 vollendeten, also spätestens im Jahre 1811 begonnenen Verjährungsbesitzes erforderlich und so lange ausreichend, als nicht der Gegenbeweis geführt wird, daß die Ersetzung vor Emanation der Gemeinheitsteilungsordnung von 1821 nicht vollendet sein konnte. Dieser Gegenbeweis würde insbesondere dann geführt sein, wenn feststände, daß im Jahre 1791, also dreißig Jahre vor Emanation

¹ Vgl. die abweichenden Entscheidungen Bd. 2 S. 218, Bd. 6 S. 271.

der Gemeinheitssteilungsordnung, der Beginn der Erfizung aus Rechtsgründen unmöglich war. Als einen solchen Rechtsgrund bezeichnet der Provokat die Fideikommißeigenschaft des angeblich belasteten Gutes. Mit dem Berufungsrichter ist indessen anzunehmen, daß diese Eigenschaft des Gutes ein Hindernis des Erfizungsbeginnes nicht bildet. . . .

1. Für das gemeine Recht, welches zu der für den Beginn der Verjährung maßgebenden Zeit noch in Geltung stand, ist eine positiv gesetzliche Entscheidung der Frage, ob durch Erfizung das Eigentum von Grundstücken, welche zu dem Verbande eines Familienfideikommisses gehören, oder dingliche Rechte an solchen Grundstücken erworben werden können, selbstredend nicht zu erwarten. Von der Hand zu weisen ist vorweg der Versuch des Berufungsrichters, die Frage speziell für den vorliegenden Fall durch den Hinweis auf die Analogie der Belastung eines Fideikommißgrundstückes mit geringwertigen Servituten mit der zulässigen Veräußerung unbedeutender Teile des Fideikommisses zu lösen. Diese Veräußerung, wenn sie nicht ex necessitate, sondern ex utilitate geschehen soll, erfordert, daß dem Fideikommiße ein Ersatz für das Veräußerte (durch Verwendung des Erlöses) zugeführt wird, und sie wird unter dieser Voraussetzung aus dem zu vermutenden Willen des Stifters gerechtfertigt.

Vgl. Knipschild, De fideicomm. S. 502 XVII; Bewis, Familienfideikommiße S. 232.

Das Eine so wenig wie das Andere kann bei der Erfizung von Servituten zutreffen.

Darüber nun, daß die ordentliche (titulierte, 10—20 jährige) Erfizung gegen Familienfideikommiße ausgeschlossen sei, herrscht unter den Lehrern des gemeinen Rechtes kein Streit. Mit Unrecht aber nimmt das vormalige Obertribunal,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 41 S. 251,

und mit ihm das vormalige Revisionskollegium,

vgl. dessen Zeitschrift Bd. 15 S. 257,

an, auch darüber sei eine Kontroverse aus den Schriften der bekannten älteren und neueren Lehrer des gemeinen Rechtes nicht zu entnehmen, daß jede, auch die außerordentliche Erfizung gegen Fideikommiße unzulässig sei. Zwar leugnet der neben dem älteren Spanier Molina allein von dem Obertribunale angezogene Knipschild, dessen Traktat de fideicommissis die einzige hervorragende und in Ansehen

gebliebene Monographie über Familienfideikommiße aus dem vorigen Jahrhundert ist, die Wirksamkeit der longissimi temporis (= 30 vel 40 annorum) praescriptio gegen die Fideikommißanwärter, und von Schriftstellern über das Lehn, das, soweit es auf das Verhältnis des Vasallen und seiner Agnaten gegen Dritte ankommt, analoger Beurteilung unterliegt, tritt ihnen insbesondere Bruckner (De feud. inform. cap. 3 §. 3 in Senichen, Thesaurus juris feud. 1751 Bd. 2 S. 815) bei. Dagegen lehrt der vielverbreitete Institutionenkommentar von Höpffner (1. Aufl. 1783, 4. Aufl. 1793, letzte Ausg. von Weber 1818) §. 403 Nr. 5 die Wirksamkeit der erwerbenden 30jährigen Verjährung auch gegenüber den Anwärtern des Familienfideikommißes. Von nachlandrechtlichen Schriftstellern tritt in bezug auf Lehn Pätz (Lehrbuch des Lehnrechtes §. 126 Note 1) anscheinend der Ansicht Knippschild's bei; Pfeiffer (Bermischte Aufsätze 1803 S. 318) dagegen, und zwar mit Gründen, welche durchweg auf das Fideikommiß passen, der gegenstehenden Ansicht; ebenso für Fideikommiße v. Salza (Lehre von Familienfideikommißen 1838 S. 236. 237). Pfeiffer (in Weiske's Rechtslexikon Bd. 6 1845 S. 618. 619) bezeichnet unter ausgiebiger Litteraturnachweisung die Ansicht von der Wirksamkeit der außerordentlichen Erfügung dem Lehns Herrn gegenüber als die in der deutschen Gerichtspraxis vorherrschende und den Lehnsagnaten gegenüber als den allgemeinen Grundsätzen der Verjährungslehre entsprechend. Dem hat sich auch in Beziehung auf die außerordentliche Erfügung von Lehnsgrundstücken das preußische Obertribunal, I. Senat,

vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 53 S. 108,

angeschlossen.¹ Die Ansicht von Unterholzner (Verjährungslehre), welcher sich Bd. 2 S. 259. 260 über die Lehnsverjährung wenig klar ausdrückt, kann nicht in Betracht kommen, weil er den nach der communis opinio wesentlichsten Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Erfügung, wonach die letztere eines Titels nicht bedarf, verwirft (Bd. 1 S. 354). Der neueste gemeinrechtliche Schriftsteller über Fideikommiße, Lewis (1868), entscheidet sich gegen die Möglichkeit, daß dem Fideikommiße durch „außerordentliche Usukapion“ Gegenstände entzogen werden. Seine Wendung, dieselbe „dürfte“ jedem Fideikommißinteressenten gegenüber erst mit dem Augenblicke beginnen, wo

¹ Vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Civilt. Bd. 17 Nr. 33 S. 137. D. R.

derselbe zur Succession gelangt, deutet indessen auf eine gewisse Unsicherheit.

Geht man von den gesetzlichen Erfordernissen der außerordentlichen Erfüzung, fehlerlos ergriffener, nicht unterbrochener Besüß und guter Glaube, d. h. redliche Meinung des Erfüßenden, ein ihm zustehendes Recht auszüüben, aus, so scheint keines derselben durch die Fideikommißeigenschaft des Grundstückes ausgeschlossen zu werden. Was insbesondere den guten Glauben angeht, so kann auf diesen das bloße Bestehen des Fideikommißes selbstredend nicht einwirken. Die Kenntnis von der Fideikommißeigenschaft schließt ihn ebenso selbstredend aus, wenn es sich um die Erfüzung eines Fideikommißgrundstückes handelt, aber nicht aus Gründen, die dem Fideikommiße eigentümlich wären, sondern weil derjenige, welcher weiß, daß ein Grundstück im Fideikommißverbande steht, damit zugleich weiß, daß es fremdes Eigentum ist. Anders bei der Servitutenerfüzung. Wer da weiß, daß das Grundstück, an welchem er eine Servitut zu haben vermeint, Fideikommiß ist, weiß zwar, daß der jeweilige Besüßer ihm eine Servitut nicht einräumen kann. Allein die 30jährige Erfüzung bedarf keines Titels; der gute Glaube, ein Recht zu haben, braucht sich nicht auf die Meinung zu stützen, daß das Recht auf einem Einräumungsakte des gegenwärtigen oder eines bestimmten früheren Besüßers beruhe, es ist für die Meinung, im Rechte zu sein, nicht einmal erforderlich, daß der Besüßende oder der den Besüß Ergreifende sich irgend einen bestimmten Rechtsgrund seines Besüßes vorstelle. Man braucht daher, um den guten Glauben als vorhanden anzunehmen, nicht auf die vom Obertribunale,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 41 S. 256. 257,

als rechtlich unzulässig abgelehnte, thatsächlich indes gewiß in der großen Mehrzahl der Fälle zutreffende Vermutung zurückzugehen, daß der erwiesene Verjährungsbesüß die Fortsetzung eines schon früher begonnenen, möglicherweise vor die Errichtung des Fideikommißes zurückreichenden Besüßes sei; denn es wäre auch nicht undenkbar, daß jemand nach Errichtung des Fideikommißes sich in den Besüß einer Servitut setze in dem Glauben, daß ihm aus irgend welchem Grunde die Befugnis dazu längst zugestanden habe. Solange nur eine, wie immer gestaltete, Möglichkeit besteht, daß der Besüßer der Servitutnuzung im Rechte zu sein glaubte, ist dem Erfordernisse der zu präsumierenden bona fides Genüge geleistet; jede Anforderung an den Besüßer, den Grund seines

Glaubens anzugeben, würde ein Forschen nach dem für die außerordentliche Erfüllung des Nachweises nicht bedürftigen Titel darstellen.

Auch besondere Bestimmungen hinsichtlich der der Erfüllung entzogenen Gegenstände, unter welche sich die Annahme bringen ließe, daß die Fideikommiß-Eigenschaft als solche ein Hindernis der außerordentlichen Erfüllung bilde, bestehen nicht. Zu den dem Verkehre entzogenen Sachen (*res extra commercium*) gehören die Fideikommiße nicht. Das Verbot der Erfüllung von Sachen, die den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden (l. 3 §. 3 *Cod. comm. de legat.* 6, 43), welches, wie das angeführte Gesetz selbst ausdrückt, in dem Satze wurzelt, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot die ordentliche Erfüllung ausschließt, bezieht sich, wie unbestrittenen Rechts, nur auf die ordentliche, nicht auf die außerordentliche Erfüllung,

vgl. Höpfner, *Komm.* §. 403 N. 5; Windscheid, *Pandekten* §. 182 Note 14. §. 183 Note 2 und die dort Angeführten, nach Savigny's (*System* Bd. 4 S. 365 flg.) wohlmotivierter Ausführung sogar nur auf die ordentliche Erfüllung, sofern sie auf einen durch das Veräußerungsverbot betroffenen Titel gestützt werden soll. Auch Knipfchild, auf welchen durchgehends diejenigen, welche die außerordentliche Erfüllung gegen Fideikommiße ausschließen, zurückweisen, findet das Hindernis der *longissimi temporis praescriptio* nicht in dem Verbote der Veräußerung vermachter Sachen (S. 637 N. 90); er führt vielmehr seine Ansicht, daß diese *praescriptio* zwar gegen den augenblicklichen Besitzer, nicht aber gegen die Fideikommißfolger wirksam sei, bald (S. 637 N. 91) auf den Satz zurück: *agere non valenti non currit praescriptio*, bald (S. 638 N. 93) auf den Satz: *actioni nondum natae non praescribitur*. Diese Begründung, wie seine ganze Darstellung zeigt, was auch Rathmann,

vgl. Gruchot, *Beiträge* Bd. 14 S. 45. 68 flg., hervorhebt, daß er zwischen Erfüllung und Klagverjährung nicht genügend unterscheidet. Pfeiffer (*Vermischte Aufsätze* 1803 S. 279) hebt diesen Unterschied scharf hervor, und sagt: „*Adquisitivverjährung* ist diejenige Erwerbssart, vermittelt welcher bloß durch den nach gesetzlicher Vorschrift qualifizierten Besitz eines dinglichen Rechtes dieses Recht selbst als eigen erworben wird. Man sieht also hier lediglich auf den Erwerbenden; ein in seiner Person sich ereignendes Faktum begründet die Verjährung, und ist dieses mit den erforderlichen Eigenschaften versehen,

so wird dieselbe vollendet ohne alle Rücksicht auf etwaige Ansprüche eines Anderen, und ob diesem bei der vernachlässigten Ausübung einige Schuld zur Last falle.“ Hieraus zieht er, speziell in Anwendung auf das Lehn (S. 318) die Folgerung, daß die erst nach vollendeter Erfzigung einer zum Lehn gehörigen Sache erhobene Revokationsklage eines Lehnsamwärters, obwohl diese Klage selbst erst mit dem Anfall des Lehns an diesen Anwärter zur Entstehung gelangt ist, also auch die erlöschende Verjährung dieser Klage erst mit diesem Zeitpunkte zu laufen beginnt, doch erfolglos bleiben muß, weil ihr ein wirksamer Einwand aus der, unabhängig von ihrer Entstehung zur Vollendung gelangten Adquisitivverjährung entgegensteht. Die gleiche Ansicht wird von Rathmann,

vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 14 S. 70,

näher begründet, und der I. Senat des preußischen Obertribunales ist ihr für Lehn unter Allegierung einer Anzahl anderer Autoritäten beigetreten.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 53 S. 107 flg., besonders S. 111. Wenn Thibaut (Besitz und Verjährung 1. Aufl. 1802 §. 45) die Möglichkeit, daß die Wirksamkeit einer noch nicht verjährten Klage durch die früher vollendete Erfzigung ausgeschlossen wird, nur in dem Falle des Zusammentreffens der Klagverjährung mit der ordentlichen (drei- oder zehnjährigen) Erfzigung annimmt, dagegen meint, daß die Vollendung der außerordentlichen erwerbenden Verjährung des Eigentumes ganz mit dem Erlöschen der Eigentumsklage zusammenfalle, so ist dabei an den, immerhin eine Ausnahme bildenden Fall, daß die Klagverjährung später beginnt als die außerordentliche Erfzigung, wohl nicht gedacht worden.

2. Nach dem heutigen Stande der gemeinrechtlichen Verjährungslehre würde man sich hiernach für die Zulässigkeit der außerordentlichen Erfzigung gegenüber dem Familienfideikommiß zu entscheiden haben. Für die Zeit der Emanation des preußischen Allgem. Landrechtes, das letzte Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts, muß aber anerkannt werden, daß damals die Ansichten der Rechtslehrer, wie sie von Knipschild auf der einen, von Höpfner auf der anderen Seite vertreten werden, sich entgegenstanden, und daß damals die Ansicht Knipschild's um so eher Anhänger finden konnte, als die klare wissenschaftliche Formulierung des Unterschiedes zwischen der dreißigjährigen Klagverjährung und der außer-

ordentlichen Erfügung, wie schon der für das eine wie für das andere Institut gemeingebräuchliche Ausdruck, *longissimi temporis praescriptio*, zeigt, und wie auch die landrechtliche Zusammenfassung der erwerbenden und erlöschenden Verjährung unter gemeinschaftliche Grundregeln noch erkennen läßt, noch nicht durchgedrungen war. Mit Recht erachtet daher der Berufungsrichter die Entscheidung der Frage nach den Vorschriften des Allgem. Landrechtes gemäß der Bestimmung im §. 9 des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 für geboten. Die Worte dieses Paragraphen:

„also, daß bisher über den Sinn und die Anwendbarkeit derselben (der bisherigen Gesetze) verschiedene Meinungen in den Gerichtshöfen stattgefunden haben“,

nötigen nicht dazu, eine „Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit“ des älteren Rechtes, welche nach den Vorschriften des Landrechtes zu lösen wäre, nur dann anzunehmen, wenn einander widersprechende gerichtliche Erkenntnisse aus vorlandrechtlicher Zeit heute nachweisbar sind; jene Worte sollen vielmehr den Begriff der Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit nur an einem, und zwar dem wichtigsten Falle erläutern, und sind in den jüngeren Patenten wegen Einführung oder Wiedereinführung des Landrechtes in einzelne Landessteile fortgelassen worden, offenbar nur wegen ihrer Entbehrlichkeit, nicht aber in der Absicht, den Kreis der nach Landrecht zu entscheidenden Kontroversen zu erweitern (vgl. Patente vom 9. September 1814, G. S. S. 89 §. 4, vom 9. November 1816, G. S. S. 225 §. 4, vom 15. November 1816, G. S. S. 233 §. 5).

3. Der §. 122 A. L. R. II. 4 entscheidet die Frage zu Gunsten der Zulässigkeit der dreißigjährigen (erlöschenden wie erwerbenden) Verjährung. Seinem Wortlaute nach erklärt er den Erwerb von einzelnen Rechten auf das Fideikommiß durch dreißigjährige Erfügung für zulässig. Er spricht nicht von der Erfügung von Rechten gegen den zeitigen Fideikommißbesitzer, sondern von der Erfügung von Rechten auf das Fideikommiß, also von einer Einschränkung, Belastung des Fideikommisses selbst, und zwar im Gegensatze zu dem Verluste der Fideikommißeigenschaft überhaupt. Auch die Entstehung des Gesetzes führt auf kein anderes Verständnis, als sein Wortlaut bietet. Nach den vom Obertribunale,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 41 S. 252, 253, mitgetheilten Materialien zum Allgem. Landrechte hat Großman eine

Vorschrist, welche eine auch die Fideikommißnachfolger bindende Präskription für zulässig erkläre, aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen (zur Vermeidung von Prozessen und von Rechtsungleichheiten zwischen dem Gutsherrn und den Unterthanen) in Vorschlag gebracht; Suarez hat eine solche vom Rechtsstandpunkte aus für zulässig erachtet; sein Zweifel, ob man der Familie als „Obereigentümerin“ des Fideikommisses wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer Korporation das Privilegium der vierzigjährigen Frist zuzugestehen habe, ist aufgegeben worden. Der Grolman'sche Billigkeitsgrund läßt sich nicht mit dem preußischen Obertribunale,

vgl. Entsch. des preußischen Obertrib. Bd. 53 S. 192, durch die Erwägung beseitigen, daß ja die Verjährungslehre auch andere, nicht vermeidliche Rechtsungleichheiten kenne, und daß die aus der Fideikommißeigenschaft entstehende Rechtsungleichheit eine zu der positiven Natur des Institutes im Verhältnisse stehende Bevorrechtung sei. Grolman's Vorschlag zeigt gerade, daß man es vermeiden wollte, den ohnehin bestehenden, dem allgemeinen Rechte angehörigen und deshalb für niemand vermeidlichen Rechtsungleichheiten eine besondere zu Gunsten der Fideikommiße hinzuzufügen, und daß man die positive Bevorrechtung dieses Institutes nicht soweit ausdehnen wollte, um die fideikommißberechtigte Familie auch in bezug auf die Verjährung wesentlich anders zu stellen, als andere, besonders als diejenigen Grundeigentümer, mit denen sie in steten Rechtsbeziehungen lebt. Daß aber die „positive Natur“ des Fideikommisses der Zulassung der außerordentlichen Verjährung nicht entgegensteht, ergiebt der Hinweis auf andere Gesetzgebungen, welche es gleichfalls für zulässig und geboten erachtet haben, die Verjährung gegen Fideikommiße in gewissem Umfange zu gestatten (österreich. Gesetzb. §. 1474, Großherzogl. hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 16). Vom Rechtsstandpunkte aus folgert Suarez die Zulässigkeit, insbesondere der praescriptio acquisitiva gegen das Fideikommiß (nicht gegen den einzelnen Besitzer) aus der Vorschrift des Entwurfes zum Gesetzbuche, welche lautet:

Ist eine Verjährung einmal angefangen worden, so wird der Lauf derselben dadurch, daß das streitige Recht in der Zwischenzeit an einen anderen, nicht unterrichteten Besitzer geziehen ist, nicht gehemmt (jetzt §. 515 A.L.R. I. 9).

Ein Zweifel war für Suarez also nur entstanden über die Frage,

ob etwa der Übergang des Fideikommisses auf einen Agnaten eine Unterbrechung der Verjährung wirken könne, und diesen Zweifel fand er durch jene Vorschrift beseitigt. Daß der Anfang der Verjährung durch die Fideikommißeigenschaft nicht ausgeschlossen werde, darüber hat er nicht gezweifelt, denn sonst hätte er zu dem Zweifel über die Möglichkeit der Unterbrechung überhaupt nicht gelangen können. Und zwar muß er den Anfang der Verjährung, welcher zunächst nur auf Unterlassung des einzelnen Fideikommißbesizers, oder (bei der Ersetzung) auf einer Beschränkung seines Besizes beruht, als den Anfang der Verjährung gegen das Fideikommiß selbst angesehen haben, da sonst eine Fortsetzung der Verjährung gegen das Fideikommiß nicht hätte in Betracht kommen können.

Auch der höchste Landesgerichtshof, das vormalige preussische Obergericht, hat den §. 122 A.L.R. II. 4 anfangs dahin verstanden, daß derselbe die dreißigjährige erwerbende Verjährung „einzelner Rechte“ gegen das Fideikommiß von keinen anderen, als den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen dieser Verjährung, fehlerlos ergriffener, nicht unterbrochener Besitz und guter Glaube, abhängig mache. Die Entscheidung des I. Senates vom 11. Februar 1850,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 19 S. 122,

erachtet unter diesen Voraussetzungen die Ersetzung selbst eines einzelnen zum Fideikommiss gehörigen Grundstückes für zulässig, ohne darin einen Widerspruch mit §. 123 a. a. O. zu finden. Später hat die Rechtsprechung dieses Gerichtshofes jenen Voraussetzungen eine fernere hinzugefügt. Das Präjudiz des II. Senates vom 19. Mai 1859,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 41 S. 257,

lautet:

Die in §. 122 a. a. O. zugelassene dreißigjährige Verjährung kann gegen ein Fideikommiß als solches nur insoweit von Wirksamkeit sein, als sie in einer Weise begonnen hat, wodurch sämtliche Fideikommißinteressenten gebunden werden.

Die Entscheidungen desselben Senates vom 1. April 1862 und vom 13. Oktober 1864,

vgl. Zeitschr. des Revisionskollegiums Bd. 14 S. 303, Entsch. des Obertrib. Bd. 53 S. 184,

halten diesen Satz aufrecht. Eine Modifikation desselben findet sich aber schon in dem Erkenntnisse vom 19. April 1864,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 51 S. 278,

welches den Satz aufstellt, daß die Verjährung von Grundgerechtigkeiten gegen das Fideikommiß anfangen könne, wenn die Fideikommißeigenschaft weder dem Verjährenden bekannt, noch in dem Hypothekenbuche vermerkt war. Diesem Satze hat sich der III. Senat des Obertribunales in dem Erkenntnisse vom 15. Oktober 1869,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 62 S. 46,

bezüglich der Eröffnung von zum Fideikommiße gehörigen einzelnen Grundstücken angeschlossen. Auch die Erkenntnisse des Reichsgerichtes (II. Hilfsenat und V. Senat),

abgedruckt im Justizministerialbl. 1880 S. 267 und in Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 2 S. 218, Bd. 6 S. 271,

stehen auf demselben Standpunkte und stimmen in ihrer Begründung den Entscheidungen des preußischen Obertribunales bei. Diese Auffassung kann indessen bei wiederholter Prüfung nicht aufrechterhalten werden.

Was unter einem solchen Beginne der Verjährung, „wodurch sämtliche Fideikommißinteressenten gebunden werden“ (Präjudiz vom 19. Mai 1859) grundsätzlich zu verstehen sei, ist in den verschiedenen Erkenntnissen nicht weiter dargelegt. In dem Urteile vom 1. April 1862,

vgl. Zeitschr. des Revisionskollegiums Bd. 14 S. 305,

wird darauf hingewiesen, daß immerhin eine vor Errichtung des Fideikommisses begonnene Verjährung später fortgesetzt werden könne. Dafür bedurfte es indes der Vorschrift des §. 122 A.L.R. II. 4 nicht, da schon nach den allgemeinen Vorschriften (§. 512 flg. A.L.R. I. 9) die nach begonnener Verjährung erfolgte Errichtung eines Fideikommisses eine Unterbrechung der Verjährung nicht würde wirken können. Nach Annahme des Satzes, daß gegen nichteingetragene Fideikommissie die Verjährung beginnen könne, wurde dies als ein fernerer Fall der gegen ein Fideikommiß möglichen Verjährung zugefügt,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 51 S. 281,

und dies scheint in der That, da ein Verjährungsbeginn auf Grund förmlichen Familienbeschlusses wohl undenkbar ist, der einzige nach der Auffassung des Obertribunales mögliche Fall des Beginnens der Verjährung gegen ein bestehendes Fideikommiß zu sein.

Das in dem Präjudize vom 19. Mai 1859 aufgestellte besondere Erfordernis der Verjährung gegen ein Fideikommiß wird im wesentlichen damit begründet, daß der Fideikommißbesitzer, weil nicht Eigentümer des Fideikommisses, zu einer dauernden Belastung desselben nicht anders befugt sei, als unter geordneter Mitwirkung der Fideikommißinteressenten, daß also auch seine alleinige Zulassung (Duldung) der Rechtsausübung des Ersitzenden den Anwärtern (Fideikommißinteressenten) nicht präjudizieren könne, und zwar umsoweniger, als letzteren die Besitzhandlungen des Ersitzenden in der Regel unbekannt blieben, die Interessenten auch vor dem Anfall des Fideikommisses an sie in der Regel nicht in der Rechtslage seien, jenen Besitzhandlungen wirksam zu begegnen.

Diese Meinung verwirft also die Ersitzung gegen ein Fideikommiß in erster Linie als eine unbefugte Disposition des zeitigen Besitzers. Dem kann indessen nicht zugestimmt werden.

Allerdings wird schon für das römische Recht von Manchen das Geschehenlassen der Ersitzung als alienativ bezeichnet. Man beruft sich auf l. 21 Dig. de verb. sign. 50, 16:

Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.

Allein dieser Satz hat, wie die meisten der in den beiden letzten Pandektentiteln zusammengestellten Sätze, durch die Losreißung aus seinem ursprünglichen Zusammenhange scheinbar eine ihm an sich nicht zukommende allgemeine Bedeutung erlangt.

Vgl. Savigny, System Bd. 4 S. 570.

In den Pandekten kann er sich nur auf die ordentliche (drei- oder zehnjährige) Ersitzung, nicht auf die erst durch Kaiserrecht (l. 8 §. 1 Cod. de pr. XXX ann. 7, 39) eingeführte, übrigens in den Quellen auch niemals als usucapio bezeichnete, außerordentliche Ersitzung beziehen; er besagt nichts weiteres, als daß durch die gesetzlichen Veräußerungsverbote auch die Usufapion ausgeschlossen wird, nämlich dann (wie Savigny a. a. O. überzeugend nachweist), wenn eine dem Verbote zuwidergeschehene Veräußerung den Grund (Titel) für die Usufapion abgeben soll, wenn also der Veräußernde durch die verbotene Veräußerung die Usufapion ermöglichen (usucapi pati) würde. Grundföchtig aber faßt das römische Recht die erwerbende Verjährung nicht als eine Art der Veräußerung, als ein durch den Willen dessen, der durch die Verjährung an seinen Rechten verliert, sich vermittelndes

Rechtsgeschäft auf. Ebenfowenig thut dies grundsächlich das Allgemeine Landrecht. Es behandelt die Verjährung unter der Lehre von dem unmittelbaren, nicht unter der Lehre von dem mittelbaren Eigentumserwerbe, und fordert zum Beginne der Erfizung nur den Erwerb, die Ergreifung des Besizes, nicht dessen Übertragung auf den Erfizenden durch den Eigentümer der Sache, welche Gegenstand der Erfizung ist oder auf welche durch die Erfizung Rechte erworben werden sollen. Die fehlerfreie Ergreifung des Besizes aber ist nicht nur ohne Mitwirkung, sondern auch ohne Zustimmung des Eigentümers, nur nicht gegen seinen Willen, möglich. Selbst die Kenntnis des Eigentümers ist nicht erforderlich; nicht die Unkenntnis des Eigentümers von dem Besizerwerbe eines Anderen schließt nach §. 512 A.L.R. I, 9 die Verjährung aus, sondern nur die Unmöglichkeit, Kenntnis davon zu erlangen. Weil aber zur Erfizung weder die Besizeinräumung, noch die, nur unter Voraussetzung der Kenntnis denkbare Duldung des Eigentümers erfordert wird, ist der Schluß des Obertribunales unzutreffend, daß, da der Fideikommißbesizer das Gut nicht durch ausdrückliche Willenserklärung über seine Besizzeit hinaus mit Servituten belasten könne, er dies auch nicht könne durch stillschweigende Willensäußerung, bezw. durch Besizeinräumung und Duldung während rechtsverjährter Zeit.

Nur an einer Stelle des Landrechtes, in der Lehre vom Nießbrauche (Teil I Tit. 21), findet sich eine Bestimmung, welche diesen Schluß zu rechtfertigen scheint. Dort heißt es:

§. 90. Der Nießbraucher kann ohne Bewilligung des Eigentümers der Sache keine bleibende Lasten auflegen.

§. 91. Es kann also auch, solange der Nießbrauch dauert, niemand eine Verjährung, wodurch Rechte auf die Sache erworben werden sollen, zum Nachteile des Eigentümers anfangen.

Das „also“ im §. 91 a. a. D. stellt den Ausschluß der Erfizung als Folge der mangelnden Berechtigung des Nießbrauchers zu Verfügungen über die Substanz der Sache hin. Deshalb ist denn auch, insbesondere von Koch (Landrechtskommentar zu §. 122 II. 4) die obige Ansicht des Obertribunales als Analogie der §§. 90. 91 I. 21 gebilligt worden. Indessen diese einmalige Ableitung der Unzulässigkeit der Erfizung aus der Unzulässigkeit der Veräußerung kann nicht als ein bewußtes Aufgeben des, bei der systematischen Behandlung der Verjährungslehre klar hervortretenden Gedankens, daß die Erfizung kein

Veräußerungsakt sei, aufgefaßt werden. Sie ist nur eine redaktionelle Reminifzenz an die oben besprochene, zu allgemein verstandene Pandektenstelle, und in Wirklichkeit ist, wie auch das Obertribunal, und zwar auf Grund der Materialien zum Allgem. Landrechte, anerkennt, vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 53 S. 186, vgl. ebenso Dernburg, Preuß. Civilrecht Bd. 1 §. 166 S. 402,

der Ausschluß des Verjährungsbeginnes während bestehenden Nießbrauches ebenso, wie der Ausschluß des Verjährungsbeginnes gegen den Pächter zum Nachtheile des Gutseigentümers (§. 521 A.L.R. I. 9) als Folgefaß aus den allgemeinen Grundsätzen der landrechtlichen Verjährungslehre gemeint, insbesondere als Folgefaß aus den §§. 512. 516 A.L.R. I. 9, welche bestimmen:

§. 512. Keine Art von Verjährung kann gegen den anfangen, der von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können, und

§. 516. Auch gegen den, welcher sein Recht zu gebrauchen und zu verfolgen gehindert wird, kann keine Verjährung anfangen.

Auch auf diese Vorschriften stützt denn in der That das Obertribunal die dem §. 122 A.L.R. II. 4 gegebene beschränkende Auslegung in zweiter Linie, indem es, teilweise die vorstehend als unrichtig nachgewiesene Gleichstellung der zur Erfügung erforderlichen Besitzergreifung mit der Besitzeinräumung wiederholend (Entsch. Bd. 41 S. 255) ausführt:

Die Familie hat gegen die, das Nutzungsrecht des zeitigen Fideikommißinhabers betreffenden Dispositionen desselben, solange dies dauert, kein Widerspruchsrecht; die Anwärter können die Einräumung der Servitut bezw. die Besitzergreifung derselben, rechtlich nicht verhindern, sie haben deshalb auch keine Veranlassung, sich darum zu kümmern, und kein Klagerecht, solange sie zum Besitze nicht gelangen.

Auch diese Ausführung kann indessen nicht gebilligt werden. Sie findet ihre vollständige Widerlegung in dem, was in der jüngeren Entscheidung vom 15. Oktober 1869 der III. Senat des Obertribunales, vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 62 S. 46 flg.,

über die nach §. 122 A.L.R. II. 4 zulässige Erfügung eines, zu einem Fideikommiße gehörigen Grundstückes sagt. Dort heißt es:

(Die Kläger) „nehmen das volle allodiale Eigentum an der Streitfläche in Anspruch, sie vindizieren dieselbe auf Grund der vollendeten Verjährung. Ihre Prätenston ist nicht gegen den nutzbaren Eigentümer,

als solchen, vielmehr gegen den durch ihn und die agnatische Familie in ihrer Gemeinschaft repräsentierten vollen Eigentümer gerichtet.

Die auf die erwerbende Verjährung des allodialen Eigentumes hinzielenden Handlungen des Erzhenden verletzen unmittelbar auch die in dem Obereigentume der Familie beruhenden Rechte. Es wird auch den Anwärtern durch dieselben alle Veranlassung gegeben, den wirksamen Lauf der Verjährung durch geeignete Maßregeln zu unterbrechen.

Da die Handlungen des Erzhenden über die Nutzungszeit des zeitigen Besitzers hinausreichen, so läßt sich nicht . . . behaupten, daß die Anwärter durch ihren Widerspruch in den besonderen Rechtskreis des Fideikommißbesizers eingreifen. Sie sind also auch nicht behindert, gegen den das Eigentum Erzhenden mit einer Negatorienklage vorzugehen, wie sie zuverlässig auch zur vindikation eines jeden in eines Dritten Händen befindlichen, dem Fideikommißverbande angehörigen Objectes legitimiert sein würden. Wesentlich auf denselben Grundsätzen beruht die Entscheidung des I. Senates vom 11. Februar 1850,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 19 S. 129,

in welcher noch hervorgehoben wird, daß alle Glieder der Familie zusammen nur als eine Person aufgefaßt werden dürften (§§. 17. 18 N. R. I. 8). Daß im vorliegenden Falle die Familie thatsächlich verhindert gewesen, ihre Rechte gegen die dritten Prätendenten, die Kläger, geltend zu machen, kann nicht vermutet werden. Thatsachen werden überhaupt nicht vermutet, und irgend ein Faktum, oder ein besonderes Verhältnis, welches hindernd hätte eintreten können, ist seitens des Beklagten, der sich einfach auf Einwendung der fideikommissarischen Eigenschaft des Gutes R. beschränkt, nicht einmal behauptet worden. Für den Grundsatz: „*agere non valenti non currit praescriptio*“ fehlen mithin die Voraussetzungen, und der diesen Grundsatz im Landrechte aussprechende §. 516 I. 9 . . . ist von dem Appellationsrichter durch Anwendung auf einen Fall verletzt, für welchen er nicht gegeben ist. Zwar bestimmt der von dem letzteren gleichfalls zur Begründung der Abweisung herangezogene §. 512 a. a. D.:

Keine Art der Verjährung kann gegen den anfangen, der von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können.

Allein der folgende §. 513 fügt hinzu:

Daß jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten konnte, wird nicht vermutet;

und der Beklagte hat überhaupt nicht behauptet, daß irgend einem Mitgliede der agnatischen Familie die fideikommissarische Eigenschaft des Gutes A. bezw. die in dieser Eigenschaft beruhenden Anwärterrechte unbekannt geblieben seien, auch keine Umstände angegeben, aus welchen eine solche Unkenntnis entnommen werden könnte. Der Appellationsrichter hat also auch den §. 512 a. a. O. durch Anwendung auf einen Fall verlegt, für welchen er nicht gegeben ist, nicht minder auch den §. 5 A. O. R. I. 18, lautend:

Dieser (der ruhbare Eigentümer) kann also über den Gebrauch der Sache nur soweit gültig verfügen, als dadurch die dem Obereigentümer zukommenden Rechte nicht geschmälert werden.

Denn unter . . . Voraussetzung des Vorhandenseins der sonstigen Erfordernisse der Verjährung würde die aus derselben sich ergebende Rechts schmälernng nicht sowohl durch die Negligenz des zeitigen Besitzers, als vielmehr durch diejenige der Familie herbeigeführt sein."

Alle diese Gründe treffen die Erfizung einer Servitut gegen ein Fideikommißgrundstück ganz ebenso, wie die Erfizung eines zum Fideikommiße gehörigen Grundstückes. Auch die Besitzergreifung einer Servitut, welche voraussetzt, „daß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, die Meinung, daß ihm ein solches fort-dauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellt“ (§. 82 A. O. R. I. 7), richtet sich nicht gegen den zeitigen Fideikommißbesitzer, sondern gegen das Gut, sie verlegt ebenso, wie die Besitznahme eines Grundstückes, die Rechte der Familie und giebt also auch ebenso wie diese den Anwärtern Veranlassung und Befugnis zu Gegenmaßregeln. Zwar ver-wahrt sich der III. Senat im Hinblick auf das Präjudiz des II. Senates vom 19. Mai 1859 gegen die Anwendung seiner Gründe auf die Erfizung von Servituten, aber er giebt keine Andeutung, worin der Unterschied bestehen soll. In der That besteht auch ein solcher Unterschied, soweit es auf die Frage der Anwendbarkeit der §§. 512. 516 A. O. R. I. 9 ankommt, in keiner Weise; die gegenteilige Annahme führt zu dem augenscheinlich unhaltbaren Resultate, daß der §. 122 A. O. R. II. 4 die wirkfame Besitzergreifung einer Servitut gegen das Fideikommiß, sofern sie zur Erfizung führen soll, an schwerere Voraussetzungen knüpfe, als die Besitzergreifung von Grundstücksteilen des Fideikommisses.

Es soll nicht verkannt werden, daß die vorstehenden Ausführungen in mancher Beziehung auch für den Nachweis verwertet werden könnten,

daß die §§. 512. 516 A.L.R. I. 9 die Erfzigung gegen ein verpachtetes oder in Nießbrauch stehendes Grundstück nicht unbedingt und unter allen Umständen ausschließen. Allein es ist zu bedenken, daß in der That die Vorschriften wegen der Verjährung während der Pacht- und Nießbrauchzeit (§. 521 A.L.R. I. 9, §. 91 I. 21) über die notwendige Konsequenz aus den §§. 512. 516 a. a. O. erheblich hinausgehen, weshalb die Praxis sich zu einer wesentlich einschränkenden Auslegung derselben genötigt gesehen hat.

Vgl. z. B. Entsch. des Obertrib. Bd. 50 S. 1; Striethorst, Archiv Bd. 61 S. 19, Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 2 S. 191.

Nimmt man aber auch die Gültigkeit der auf Pacht und Nießbrauch bezüglichen Vorschriften nach der vollen Tragweite ihres Wortlautes an, so beweist doch gerade der Umstand, daß das Landrecht dem verpachteten und in Nießbrauch stehenden Gute gegenüber die Verjährung ausdrücklich für unstatthaft, dem Fideikommißgute gegenüber aber ebenso ausdrücklich für statthaft erklärt, auf das Bestimmteste die Absicht des Gesetzgebers, dem Fideikommißgute gegenüber die sonst etwa mögliche Anwendung der §§. 512. 516 A.L.R. I. 9 ebenso auszuschließen, wie er sie in jenen anderen Fällen für geboten erachtet hat.

Übrigens hat in Wirklichkeit auch der II. Senat des vormaligen Obertribunales den Standpunkt des Präjudizes vom 19. Mai 1859 vollständig verlassen schon durch die Entscheidung vom 19. April 1864, vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 51 S. 278,

daß die Verjährung einer Grundgerechtigkeit gegen ein Fideikommiß anfangen könne, wenn die Fideikommißeigenschaft weder dem Verjährenden bekannt, noch im Hypothekenbuche vermerkt war. Ist, wie die Gründe dieser Entscheidung sagen, nur die Publizität der Fideikommißeigenschaft, also nicht diese Eigenschaft selbst, ein Hindernis der Erfzigung, so ist eben die mangelnde Befugnis der Anwärter, den „Dispositionen“ des zeitigen Fideikommißbesitzers zu widersprechen, so lange dessen Nutzungsrecht dauert, und die ihnen deshalb angeblich auch fehlende Veranlassung, sich um die Schicksale des Fideikommisses, bevor es ihnen anfällt, zu kümmern, nicht der Grund, aus welchem der Beginn der Erfzigung ihnen gegenüber ausgeschlossen ist; denn diese Momente folgen aus der Existenz des Fideikommisses und sind von dessen Publizität unabhängig. Daß aber die Kenntnis von der Fideikommißeigenschaft und also auch die nach Landrecht mit dieser Kenntnis gleichwirkende

Eintragung im Hypothekenbuche nur die Möglichkeit der Ersetzung von Fideikommißgrundstücken, soweit deren Zugehörigkeit zum Fideikommiße bekannt oder aus der Eintragung erkennbar ist, nicht aber die Möglichkeit der Ersetzung einer Servitut am Fideikommiße ausschließt, ist schon oben bei Erörterung der Grundsätze des gemeinen Rechtes gezeigt worden. Die gegenteilige Ansicht des Obertribunales beruht wiederum auf der Behandlung der Ersetzung als einer Verfügung des Grundbesizers.

Ist nach Vorstehendem die Zulässigkeit der außerordentlichen Ersetzung einer Servitut unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen auch gegen ein Fideikommiß vom Berufungsrichter mit Recht angenommen worden, und ist diese Zulässigkeit selbst dann anzunehmen, wenn die Fideikommißeigenschaft im Hypothekenbuche eingetragen oder dem Ersetzenden selbst bekannt war, bedarf es somit keiner Nachprüfung der Annahme des Berufungsrichters, daß es an einer genügenden „Verlautbarung“ der Fideikommißeigenschaft von R. fehle, so beruht doch die Entscheidung des Berufungsrichters nach anderen Richtungen auf Verletzung von Rechtsnormen.“ (Das Weitere interessiert nicht.)