

# Rechte Gewere und Ersitzung : Bemerkungen und Erörterungen : im Anschluss an die Abhandlung von Herrn Prof. Rennefahrt zum Urkundswesen Berns und der Nachbargebiete im Mittelalter

Autor(en): **Liver, Peter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern**

Band (Jahr): **44 (1957-1958)**

Heft 2

PDF erstellt am: **26.06.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-371050>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Rechte Gewere und Ersitzung

## *Bemerkungen und Erörterungen*

*Im Anschluss an die Abhandlung von Herrn Prof. Rennefahrt zum Urkundswesen Berns und der Nachbargebiete im Mittelalter*

*Von Peter Liver*

### I.

1. Die Verdrängung der *Rechten Gewere* durch die Ersitzung ist ein überaus interessantes und bedeutsames Beispiel für die Einmündung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung eines deutschrechtlichen Instituts in den breiten Strom des gemeinen römischen Rechts, dessen Ausläufer im späteren Mittelalter auch nördlich der Alpen sich mehren und wachsen. Ich habe dies früher an der Ausbildung des Erbleiherechts dargetan<sup>1</sup> und finde dafür einen sehr schönen urkundlichen Beleg in dem Schiedsgerichtsurteil des Grafen Eberhard von Kyburg aus dem Jahre 1334 (FRB VI, 154, Nr. 163), welches Rennefahrt in seiner Abhandlung besprochen hat. Im römischen Emphyteuserecht hat sich die eigenständige Fortbildung des deutschen Erbleiherechts inhaltlich und in der Form vollendet. Nicht so gradlinig verläuft die Entwicklung der Ersitzung aus der Rechten Gewere. Diese hatte den Zusammenhang mit der gerichtlichen Eigentumsübertragung des älteren Rechts verloren, war entartet und musste früher oder später preisgegeben werden. An ihre Stelle trat deshalb die Ersitzung, welche im römischen und kanonischen Recht zu einem fein ausgebildeten Institut geworden war.

2. Die Gemeinsamkeit in der Funktion der Rechten Gewere und der Ersitzung beruht auf der heilenden Macht der Zeit, die in beiden Instituten ihre rechtliche Wirkung entfaltet.

Wer eine Sache, sei es Fahrnis oder liegendes Gut, während längerer Zeit ununterbrochen und unangefochten mit dem Willen des Eigentümers besitzt, nutzt, gebraucht, wird schliesslich vom

---

<sup>1</sup> Die Entstehung des freien bäuerlichen Grundeigentums, ZSR n. F. 65, 1946.

Recht als Eigentümer anerkannt, auch wenn er die Sache seinerzeit nicht in rechtsgültiger Weise erworben hat. Der Mangel des Eigentumserwerbs ist durch die heilende Macht der Zeit behoben worden. Ordentlicherweise ist vorausgesetzt, dass der Ersitzende gutgläubig ist (ZGB Art. 661 und 728), d.h. dass er die Sache erworben hat, ohne dass er das Bewusstsein haben musste, einem Anderen gegenüber unkorrekt zu handeln. Ferner kann die Ersitzung vernünftigerweise nicht so leicht zugelassen werden, wenn der Besitz ohne Eigentumserwerbstitel erlangt worden ist, wie wenn er auf Grund eines Kaufvertrages, Tauschvertrages oder eines Testaments auf den Ersitzenden überging, mochte dieser Titel auch mangelhaft gewesen sein. Das sind Erwägungen, die sich jedem Richter aufdrängen müssen, der den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit in grundsätzlicher Weise beurteilt. Die Erfordernisse des guten Glaubens und des Eigentumserwerbstitels wurzeln in der „Natur der Sache“.

Wenn derjenige, der die Sache besitzt, das heisst in seiner tatsächlichen Gewalt hat, schliesslich Eigentümer wird oder doch die Sache niemandem mehr herauszugeben braucht, kann dieser Vorgang entweder mehr unter dem Gesichtspunkt des Rechtsverlustes des bisherigen Eigentümers oder mehr unter dem Gesichtspunkt des Rechtserwerbs des nunmehrigen Eigentümers betrachtet werden. In der ersten Betrachtungsweise, der des deutschen Rechts, erscheint als Grund der Rechtsänderung die Verschweigung; in der zweiten Betrachtungsweise, der des gemeinen römischen Rechts, erscheint als Grund der Rechtsänderung die Ersitzung (*usucapio*) oder hat doch das Übergewicht gegenüber der Verjährung der Eigentumsklage.

Dass ein Recht durch Verschweigung untergehen konnte, ist verständlich und erscheint als gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass die Verschweigung nur zugunsten desjenigen eintrat, welchem ein Grundstück in einem gerichtlichen Verfahren übertragen worden war. In einem solchen Verfahren ist jedermann aufgefordert worden, und zwar meistens an drei auf einander folgenden Gerichtsterminen, Einsprache zu erheben, wenn er ein der Eigentumsübertragung entgegenstehendes Recht habe. Wer zugegen war und trotz der Aufforderung den Einspruch nicht erhob, verlor sein Recht gegenüber dem Erwerber. Er hatte sich verschwiegen. Wer aus Gründen ehehafter Not abwesend war,

konnte noch binnen Jahr und Tag (1 Jahr, 6 Wochen und 3 Tage) den Erwerber auf Herausgabe der Sache beklagen. Blieb der Besitz des Erwerbers aber während dieser Frist unangefochten und unwidersprochen, erhielt dieser die Rechte Gewere. Er brauchte sich auf keine Klage um die Sache mehr einzulassen. Die Sache gehörte fortan ihm. Nachdem aber nicht mehr mit der Anwesenheit aller Gerichtsgenossen in der Gerichtsversammlung gerechnet werden konnte, liess man den Einspruch jedes Gerichtsgenossen, der nicht nachweisbar ausser Landes gewesen war, als der Aufruf durch den Richter erging, innert der Frist von Jahr und Tag noch zu, zum mindesten dann, wenn ihm nicht nachzuweisen war, dass er damals zugegen gewesen.

Das ist die Regelung, welche sich im Artikel 22 der *Berner Handveste von 1218* findet und durch die Artikel 11 und 13 ergänzt wird<sup>1</sup>.

3. Der Schutz des Erwerbers mit der Rechten Gewere nach ruhigem Besitz des Grundstückes während Jahr und Tag war gut und recht, solange er die gerichtliche Eigentumsübertragung zur Voraussetzung hatte<sup>2</sup>. Die Rechte Gewere erfüllte da eine der heutigen ordentlichen Ersitzung (ZGB Artikel 661) ähnliche Funktion. Der Eigentumserwerb ist in aller Form vor sich gegangen, leidet aber an einem Mangel. Das Erwerbsgeschäft oder die Legitimation des Veräusserers war nicht einwandfrei. Dieser Mangel wird durch den unangefochtenen und unwidersprochenen Besitz im Sinne der tatsächlichen Herrschaft<sup>3</sup> während be-

<sup>1</sup> Rechtsquellen des Kantons Bern. Stadtrechte. I. Das Stadtrecht von Bern, 1. Bd. (1218–1539), bearbeitet und herausgegeben von F. E. Welti, 1902. Die Handveste ist seit 1736 oft gedruckt worden, zuletzt mit Übersetzung bei H. Strahm, Die Berner Handfeste, 1953. Übersetzung aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts bei Welti; Übersetzung Justingers aus dem 15. Jahrhundert in RQ, Stadtrecht von Bern, 3. Bd., bearbeitet und herausgegeben von Rennfahrt, 1945.

<sup>2</sup> Dass dies die notwendige Grundlage für die Wirksamkeit der Rechten Gewere vor deren Entartung gewesen ist, betont namentlich Heusler, Institutionen II, S. 105, entschieden.

<sup>3</sup> Die bernischen Quellen dieser und der späteren Zeit scheinen mir ganz deutlich dafür zu sprechen, dass die Rechte Gewere nie durch blossen Zeitablauf aus der ideellen Gewere entstehen konnte, sondern nur aus der faktischen Gewere, der tatsächlichen Herrschaft. Das ist in der Literatur des Deutschen Privatrechts eine kontroverse Frage, obwohl es für die Erkenntnis der Rechten Gewere geradezu entscheidend ist, wie sie beantwortet wird. Unsere Auffassung ist namentlich von Andreas Heusler mit schlagenden Argumenten begründet und verteidigt worden. Siehe Institutionen II, S. 106, Anm. 13, besonders aber «Die Gewere», S. 242 ff. Den gleichen Standpunkt haben Paul Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen

stimmter Zeit geheilt. Allgemein wird angenommen, dass in Bern, als die Handveste entstand, sei es 1218 gewesen oder später, das gerichtliche Verfahren für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken wie für die Begründung von Pfandrechten noch nötig gewesen sei und in allgemeiner Übung gestanden habe<sup>1</sup>. Solange es dabei blieb, konnte die Rechte Gewere eine wichtige Aufgabe in sinnvoller Weise erfüllen und war ein Institut, das auch vor dem kritischen Urteil der modernen historischen Wissenschaft sehr wohl bestehen kann.

## II.

1. Das Institut der Rechten Gewere geht von der Zeit an dem Verfall entgegen, in der die Norm der gerichtlichen Eigentumsübertragung nicht mehr ausnahmslos gilt und andere Formen, insbesondere die besiegelte Privaturkunde, aufkommen und das gerichtliche Verfahren verdrängen. Jetzt, in Bern seit dem Ende des 14. Jahrhunderts, hängt das Institut der Rechten Gewere in der Luft. Wäre es trotzdem unverändert geblieben, hätte es eine Ersitzung von Eigentum und von dinglichen Rechten an Grundstücken ermöglicht, die schon nach einjährigem Besitz eingetreten wäre. Dieser Ersitzung hätte dann selbstverständlich auch die Fahrnis unterworfen werden können. Wenn auch gestohlene Sachen davon ausgenommen waren, so musste eine Ersitzung auf Grund einer so geringen Besitzdauer zu Missständen schlimmer Art führen und hat dazu auch tatsächlich auf lange Zeit und in grossen Gebieten des deutschen Reiches geführt.

---

nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, 1869, S. 292f., und Paul Roth, System des Deutschen Privatrechts, III, S. 258, eingenommen. Unbestimmt Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, IV, S. 712, eher im Sinne Heuslers spricht sich Huber aus in «Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht» (1894), S. 39/40. Die gegenteilige Ansicht vertreten Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 197, Anm. 42, und neuestens Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte I (1954), S. 567.

<sup>1</sup> Rennfahrt hievon (Urkundenwesen), S. 36, Anm. 10; Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte II, S. 282; ferner II, S. 291: Gegen Ende des 14. Jahrhunderts vollzieht sich der Übergang zur Verfügung durch besiegelte Urkunde.

Albert Zeerleder, Die Berner Handfeste (1891), S. 36: Die Veräusserung geschah vor Schultheiss und Rat, wie die Urkunden zeigen.

J. Leuenberger, Studien über bernische Rechtsgeschichte, aus dem Nachlass herausgegeben 1873, S. 273.

Die Verlängerung der Ersitzungsfristen wurde deshalb zu einem dringenden Postulat der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit. Wir können nun feststellen, dass dieses Postulat im Gebiet der heutigen Schweiz da und dort auch schon recht frühe verwirklicht worden ist, indem die Ersitzungsfristen des römischen Rechtes übernommen worden sind, am häufigsten die Frist von 10 Jahren im Verhältnis zwischen Parteien, die im gleichen Dorf, in der gleichen Kirchgemeinde oder Gerichtsgemeinde oder Talschaft wohnhaft waren und sich da tatsächlich aufhielten (*inter praesentes*) und von 20 Jahren, wenn die zur Einsprache berechtigt gewesene Partei sich ausser Landes befand (*inter absentes*). Das sind die Fristen der ordentlichen Ersitzung von Grundeigentum im gemeinen römischen Recht.

2. Diese Reform setzt sich zuerst im Landrecht durch, während das Stadtrecht es noch längere Zeit bei der alten Frist von Jahr und Tag bewenden lässt. So stehen sich in Bern im 14. und 15. Jahrhundert die Stadtgewere («Gewerde» heisst sie in den Quellen) und die Landgewere gegenüber. Das Vorbild für diese letztere sieht Rennefahrt in Übereinstimmung mit Fr. Ernst Meyer in dem Landfriedensbündnis vom 19. August 1310, von König Heinrich von Luxemburg zwischen den Bischöfen von Strassburg und Basel und den Landgrafen im oberen und niederen Elsass aufgerichtet. Darin ist die Zehnjahresfrist als massgebend erklärt und zwar trotzdem noch die gerichtliche Eigentumsübertragung vorausgesetzt wird. Des Schutzes der rechten Gewere soll danach nur teilhaftig werden, wer das Gut «... in gewalte und in gewer her het bracht bi gerichte<sup>1</sup>». Ich halte es indessen für wahrscheinlich, dass die Landgewere mit der Zehnjahresfrist in dieser Zeit bereits allgemein bekannt gewesen und so vielfach zur Anwendung gekommen sei, dass ihre Übernahme in das bernische Recht für die Gebiete ausserhalb der Stadt nicht auf die Benutzung einer bestimmten Urkunde, wie jenes Landfriedensbündnisses zurückgeführt werden kann. Ein vollgültiges Zeugnis dafür ist das Weistum des Landgerichts Thurgau, das unter dem Vorsitz des Vice-Landgrafen Hermann von Bonstetten am 1. Mai 1275 zu Hafneren (Gemeinde Ober-Win-

---

<sup>1</sup> Fr. Ernst Meyer, Geschichte des Immobilienrechts der deutschen Schweiz im 13. bis 15. Jahrhundert (Gierkes Untersuchungen 131) 1921, S. 143 ff. Die zitierte Quellenstelle S. 144.

terthur) tagte. Es lautet: «qui bona immobilia bona fide per decem annos possederit inter presentes nulla mota sibi questione, prescriptione perpetua tutus erit, nec ab eo ipsa bona per iudicium aliquod poterunt amoveri<sup>1</sup>».

Vielleicht noch grössere Bedeutung ist der Tatsache beizumessen, dass der Schwabenspiegel, der ungefähr zur selben Zeit verfasst worden ist, die gleiche Regelung der Ersitzung aufweist, nur noch in vollständigerer Ausführung und genauerer Übereinstimmung mit den Vorschriften des gemeinen römischen Rechts über die Ersitzung des Eigentums an Fahrnis einerseits, an Grundstücken andererseits. Auf das römische Recht ist auch ausdrücklich Bezug genommen: «die keiser und die künige habent diz gemeine reht gemachet<sup>2</sup>».

3. Daneben findet sich im Schwabenspiegel allerdings auch noch die Frist von Jahr und Tag. Da wird gesagt<sup>3</sup>, wenn einer eine Sache nicht Jahr und Tag in rechter Gewere habe, «da sol er umbe antwurten, wa man in darumbe beklaget».

Aber nach Heuslers einleuchtender Interpretation<sup>4</sup> ist der Ausdruck «rechte Gewere», hier wie auch in anderen Quellen, gar nicht als Bezeichnung für unser Institut aufzufassen. Die Terminologie ist unsicher und widerspruchsvoll geworden. Unter rechter Gewere ist hier die rechtmässige Gewere schlechthin verstanden. Nach Jahr und Tag erlangt auch derjenige die Gewere, der die Sache heimlich oder eigenmächtig in seine Gewalt gebracht hat. Diese Gewere verschafft ihm jedoch nur den Vorzug der Beklagtenrolle. Sie ist aber nicht unanfechtbar, sondern kann im Prozess überwunden werden. Das ist die einfache, blosser Gewere, die immer wieder mit der Rechten Gewere verwechselt worden ist. Wo in den Quellen die Jahresfrist und kürzere Fristen für die Erlangung der Gewere oder auch der «rechten Gewere» genannt werden, braucht es sich also durchaus nicht um die Rechte Gewere im eigentlichen Sinne zu handeln. Sehr häufig sind gerade auch in den schweizerischen Quellen

<sup>1</sup> Zürcher Ub. IV, Nr. 1595; QW z. Entst. d. Eidgen. I, 1, Nr. 1163 (Regest); auch wiedergegeben von Heusler, Inst. II, S. 112, aus Kopp, Geschichte der eidg. Bünde II, S. 730.

<sup>2</sup> Ausgabe Wackernagel, Art. 49, Lassberg, Art. 56, Gengler, Art. 49.

<sup>3</sup> W., Art. 248, L., Art. 209, G. Art. 251.

<sup>4</sup> Institutionen II, S. 37f., 111f. Ebenso auch R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, S. 217.

diese kurzen Fristen, insbesondere die Frist von 6 Wochen und 3 Tagen. Mit ihnen hat sich Fr. Ernst Meyer<sup>1</sup> eingehend befasst. Er ist zum Ergebnis gekommen, dass jede neu erworbene Gewere der Konsolidation durch unmittelbaren Besitz während 6 Wochen und 3 Tagen bedurft habe, um im Prozess um die Liegenschaft die Berufung auf den Vorzug der Beklagtenrolle zu begründen. Im besonderen sei der Besitz während dieser Frist notwendig gewesen zur Erlangung der Gewere durch den Erwerber, welcher die Liegenschaft nicht selber bewirtschaften, sondern sie dem Veräusserer oder einem Dritten als Lehens- oder Leihgut auf Lebenszeit oder zu erblichem Recht überlassen wollte. Die Ausübung der faktischen Gewere während dieser Frist hätte danach die Funktion der *Sessio tridua* des älteren Rechtes gehabt.

In diesem Sinne wäre insbesondere das Weistum des Landgerichts im Buchsgau, das unter dem Vorsitz des Grafen Heinrich von Buchegg am 15. Juni 1248 zu Kirchberg tagte, zu verstehen. Es ist dem Abt des Klosters Trub erteilt worden auf die Frage, «*Quanto tempore quis res sive possessiones sibi adeptas possidere debeat, ita ut possessio postmodum maneat inconvulsa nec de jure ab alio valeat infringi vel impugnari*». Es lautete: «*quod quilibet qui aliquas res de novo adipiscitur, per sex septimanas et tres dies debet quiete et pacifice possidere, et ex tunc cessare debet omnis actio que potest ius possessionis infringere vel debilitare*<sup>2</sup>».

Die Richtigkeit der Auslegung Meyers wird bestätigt durch die Urkunde vom 30. Juni 1398 über den Verkauf der Burg Trachselwald samt Gerichtsbarkeit und anderen Rechten durch Burkhard von Sumiswald an den Deutschen Orden<sup>3</sup>. Die veräusserten Rechte und Güter sollten dem Verkäufer und seiner Gemahlin als Leibgeding überlassen bleiben, «sobald dem Deutschen Orden für drei Tage und sechs Wochen der körperliche Besitz nach Landrecht eingeräumt und dadurch der Verkauf (richtig: die Eigentumsübertragung) rechtskräftig geworden war<sup>4</sup>».

<sup>1</sup> Geschichte des Immobilienrechts, S. 104f. und 122ff. Ebenso Rennefahrt, Grundzüge II, S. 282.

<sup>2</sup> FRB III, Nr. 391. Auch von Heusler wiedergegeben: Institutionen II, S. 111, Anm. 27.

<sup>3</sup> RQ Bern, Stadtrecht III, S. 302.

<sup>4</sup> Fritz Häusler, Das Emmental im Staate Bern bis 1798 (Schriften der Burgerbibliothek) 1958, S. 29.



Diese Frist kann also nicht auf eine Linie gestellt werden mit der Frist zur Erlangung der Rechten Gewere und des Eigentums durch Ersitzung, wie das früher etwa geschehen ist<sup>1</sup>.

Als Erwerber von Trachselwald war der Deutsche Orden von Bern vorgeschoben, weil er Reichslehen zu Eigentum erwerben konnte. Sobald er Trachselwald zehn Jahre in seiner Gewere gehabt hatte, «so dass sein Eigentum unanfechtbar geworden war», liess Bern sich das Eigentum übertragen<sup>2</sup>. Da geht es um die Erlangung der Rechten Gewere durch unangefochtenen und unwidersprochenen Besitz während zehn Jahren. Das ist die «Landgewerde» des bernischen Rechts<sup>3</sup>.

4. Trotzdem sich im Landrecht die römischen Ersitzungsfristen durchsetzen und gemeinrechtliche Anerkennung erlangen konnten, hielt Bern noch bis ins 15. Jahrhundert seine «Stadtgewerde» mit der alten Frist von Jahr und Tag aufrecht, und zwar, wie aus einer Satzung vom Ende des 14. oder Anfang des 15. Jahrhunderts<sup>4</sup> klar hervorgeht, als ein Vorrecht der Bürger und eingewanderten Stadtbewohner. Nach dem Wortlaut der Satzung würde dieses Sonderrecht nur im Verhältnis zwischen diesen Personen unter sich zur Anwendung kommen. In diesem Bereich mochte dies noch erträglich sein, weil die Stadt ja noch klein und die Eigentumsverhältnisse noch verhältnismässig leicht übersehbar waren und ihre Änderungen rasch allgemein bekannt wurden. Aber gleichwohl war das eine schlechte Ordnung, die ein Jahrhundert zu lange gedauert hat. Sie begünstigte in ganz

<sup>1</sup> v. Leuenberger, Studien, S. 273/274.

<sup>2</sup> Fritz Häusler, a. a. O., S. 30.

<sup>3</sup> Ausserhalb des bernischen Rechts begegnet uns die Zehnjahresfrist sehr häufig. Die Quellenzeugnisse stammen allerdings meistens erst aus dem 15. Jahrhundert, die bezeugte Norm aber kann bedeutend älter sein. J. J. Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien I (1850), S. 167f., verweist auf die Öffnungen des aargauischen Freiamtes. Aus seinem eigenen Untersuchungsgebiet führt er verschiedene Quellen an, in denen die Ersitzungsfrist wie folgt umschrieben ist: «nün jar und zechen laubriesenen» oder auch «nün laubriesenen und zechen jar». Laubriesenen sind die mit dem Fallen des Laubes im Herbst zu Ende gehenden Jahre. Vgl. auch die Beispiele bei Eugen Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts IV, S. 713. Die gleich umschriebene Frist von zehn Jahren findet sich auch in luzernischen Quellen. Siehe A. Ph. v. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern, II (1852), S. 477. Anm. 3 (aus dem Jahr 1419) I (1850), S. 529: «zwentzig jare, das sint zwöy gewerd» (1422). Auch im Schwyzer Landbuch (ed. Kothing 1850), S. 150, beträgt die Frist «nün jar und zechen loubrisste».

<sup>4</sup> R Q Bern, Stadtrecht I, S. 81, Art. 99, II, S. 47, Art. 99.

ungerechtfertigter Weise den Erwerber. Ihn schützte sie, wenn er die Sache nicht geradezu gestohlen hatte, auf Kosten des Veräußerers und jedes Dritten, der die Sache hätte herausverlangen können, wenn er innert Jahresfrist geklagt hätte und sein Recht verlor, wenn er es nicht für nötig hielt oder es nicht wagte, gegen den Erwerber vorzugehen. Der Erwerb von Gütern aller Art wurde dadurch, auch wenn er nicht ganz einwandfrei vor sich gegangen war, leicht und sicher gemacht. Daran mochte es der tüchtig im Handel und Gewerbe sich regenden, erwerbslustigen Bevölkerung der Stadt vor allem anderen gelegen sein. Treffend bemerkt dazu Zeerleder: In den Städten suchte man das alte Recht festzuhalten, im Interesse des Verkehrs und um Prozesse abzuschneiden, was stets dem Geschäftsmann wichtiger scheint als allzu gründliche Rechtspflege<sup>1</sup>.

5. Wo die Rechte Gewere nicht nur den Mangel eines gerichtlichen Grundeigentumserwerbs zu heilen bestimmt war, sondern sich von diesem gelöst hatte, zu einem selbständigen Erwerbstatbestand geworden war und die Wirkung der Ersitzung mit dem Ablauf eines Jahres herbeiführte, wurde sie zu einem Übel. Zeerleder weist in einer Anmerkung (a. a. O. S. 56) darauf hin, dass den Romanisten dieses deutsche Recht als *dura, dira et iniqua consuetudo* erschienen sei und nimmt dabei Bezug auf die *Constitutiones Regni Siciliae* und auf Aug. Fr. Gfrörer, *Zur Geschichte deutscher Volksrechte im Mittelalter*, I (1865), S. 71. Diese *Constitutiones* sind 1231 von Friedrich II. als König beider Sizilien «in solemnibus consistorio Melfiensi» erlassen worden, weshalb sie auch als Konstitutionen von Melfi bezeichnet werden. Der Artikel *De praescriptionibus*, welcher mit der von Zeerleder zitierten Stelle beginnt, hebt die von den Normannen nach Sizilien gebrachte, hier wahrscheinlich gelöst von der gerichtlichen Eigentumsübertragung zur Anwendung gebrachte, entartete Rechte Gewere<sup>2</sup> mit prägnant formulierter Begründung auf und ersetzt sie durch die gemeinrechtliche römische Ersitzung<sup>3</sup>:

---

<sup>1</sup> Zeerleder, *Die Berner Handfeste*, S. 56.

<sup>2</sup> Alberto Sciolla, *La Saisina normanna e la tutela possessoria franco-longobarda nell'Italia meridionale*, 1941 (*Archivio Giuridico* 126 und SA).

<sup>3</sup> Zu der Gesetzgebung Friedrichs II. für Sizilien: Fr. Calasso, *Introduzione al diritto comune* (1951), S. 244; C. N. De Angelis, *La legislazione normanno-sueva* (1940), S. 197; P. Vaccari, *Introduzione storica al vigente diritto* (1957), S. 56 ff.

Duram et diram consuetudinem et iniquam, quae circa praescriptiones in aliquibus regni nostri partibus obtinet, in posterum silere praecipimus, et praesentem legem circa ipsas inducimus omnibus aliis ipsi contrariis inter regni nostri fideles omnino sublatis. Sancimus igitur, praescriptionem anni, mensis, diei et horae, per quem aliquis de dominio suae rei cadebat et Francus de dissasina quaeri non poterat, penitus amoveri: sed generales praescriptiones communis juris locum habere, scilicet inter praesentes decennii, inter absentes vicennii, praecedente scilicet titulo, et bona fide ex utraque parte undique concurrente<sup>1</sup>.

Gfrörer<sup>2</sup>, der sich sehr eingehend und in interessanter Weise mit der Frist von Jahr und Tag des germanischen Rechts, für die er den ältesten Quellenbeleg, übrigens in Übereinstimmung mit anderen Autoren, im Titel 45 (De migrantibus) der Lex Salica sieht, befasste, hat versucht darzutun, dass sie das Instrument der sich im eroberten Land festsetzenden Franken und Normannen gewesen sei, um das Eigentum an dem an sich gerissenen Boden zu erlangen und zu sichern. «Dieses greuliche Gesetz gab alles Eigentum schwacher Romanen der Gier mächtiger Franken preis».

Wenn diese Auffassung auch nicht haltbar ist, weist sie doch ein Körnchen Wahrheit auf. Es liegt in der Begünstigung, die sich der Erwerber als Angehöriger der stärkeren Schicht mit diesem Institut in der Entartung, die seine missbräuchliche Verwendung leicht machte, verschaffen oder erhalten konnte. Auch für die Aufrechterhaltung der Stadtgewere im Gegensatz zur Landgewere kann dieses Motiv mehr oder weniger stark, bewusst oder unbewusst, mitbestimmend gewesen sein. Möglicherweise trifft das überhaupt für alle Bestrebungen zur Verkürzung der Ersitzungsfristen gegenüber dem gemeinen Landrecht zu. Doch ist es kaum möglich, dies in jedem Fall abzuklären und zum Beispiel die Motive der Simmentaler für die Verkürzung der Zehnjahresfrist, welche Rennefahrt in seiner Abhandlung dargestellt hat, zu erkennen. Vielleicht waren es überhaupt nicht sachliche Beweggründe.

---

<sup>1</sup> Barbarorum Leges Antiquae ed. F. Paulus Canciani, vol. I (1871), Constitutiones Regni Siculi III, 23; vgl. auch J.-L. A. Huillard-Bréholles, Historia diplomatica Friderici Secundi, Bd. IV, 1 (1854), S. 143f.

<sup>2</sup> A. a. O., S. 68ff., bes. S. 73.

Im Hinblick auf die wiedergegebene Ersitzungsbestimmung Friedrichs II. für Sizilien fällt die genaue Übereinstimmung mit dem zitierten Artikel des Schwabenspiegels in die Augen. Sie erstreckt sich auch auf die einzelnen Voraussetzungen der Ersitzung, insbesondere auf das Erfordernis des guten Glaubens, das im Schwabenspiegel eine viel besser zutreffende Umschreibung gefunden hat als in unserer heutigen Lehre: «unde seit im sin guot gewizen daz er reht dar an hat» (W., Art. 49)<sup>1</sup>.

Diese Übereinstimmung ist aber nicht verwunderlich, ist doch im einen wie im anderen Fall das gleiche gemeine römische Recht übernommen und ausdrücklich darauf verwiesen worden.

6. Auch in Frankreich hat sich das römische Ersitzungsrecht durchgesetzt, und zwar auch schon im 13. Jahrhundert, der Zeit seiner mittelalterlichen Renaissance. Es hat zwar die Frist von Jahr und Tag aus den Coutumes nicht zu verdrängen vermocht. Die volle Wirkung der Rechten Gewere aber büsst die «saisine» ein. Diese Wirkung hat nur noch die Ersitzung, die sich mit dem Ablauf der Fristen von 10 und 20 oder 30 Jahren vollendet. Schon bei Beaumanoir (1283) ist diese Neuerung vollzogen<sup>2</sup>.

7. Sehr häufig ist in Frankreich<sup>3</sup>, aber auch in schweizerischen Gebieten die Verjährungs- und Ersitzungsfrist von dreissig Jahren anzutreffen, namentlich in den westschweizerischen Quellen<sup>4</sup>. Aber auch in rätischen Urkunden des 13. Jahrhunderts tritt sie uns wiederholt als eigentliche Ersitzungsfrist entgegen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Umständlicher ist die Formulierung in der Berner Gerichtssatzung des Jahres 1614, Titel III, Satz. IV: Erstlich erfordert die Verjährung ein gut gewüssen, das namlich der, so also ein gut an sich bringt, nit wüsse, das es ein frömbd gut sye, sonder glaube, das der, so es jhme zustellt oder übergibt, Herr darüber sye und es macht habe zu veräussern».

<sup>2</sup> E. Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé* II (1929), S. 222ff.; ausführlicher P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd. (1905), S. 615ff. (S. 619: «Triomphe de la prescription romaine; débris germaniques»); L. A. und Th. A. Warnkönig, *Französische Staats- und Rechtsgeschichte* II, Basel 1875, S. 309ff.

<sup>3</sup> Chénon, a. a. O. und auch I (1926), S. 442f., II (1929), S. 220. In Südfrankreich ist diese Frist allgemein gebräuchlich gewesen. Olim I, S. 502, Nr. 28, aus dem Jahre 1260, zitiert bei H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte* II (1928), S. 461, Anm. 43.

<sup>4</sup> Reichhaltige Zusammenstellung von Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* IV, S. 714.

<sup>5</sup> Mohr, *Cod. dipl.* I, Nr. 237 = Bündn. Ub. II, Nr. 946 (1260 April 8); Mohr, *Cod. dipl.* I, Nr. 255 (1270 April 28); I, Nr. 281 (1276 Mai 31). Diese Urkunden betreffen die Klöster Churwalden und St. Luzi.

Sie erscheint, wie auch andere römische Fristen, vereinzelt zusammengesetzt mit der germanischen Frist von Jahr und Tag, also als Frist von 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen<sup>1</sup>, auch als Frist von 12 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen<sup>2</sup>. Diese dreissigjährige Frist war aus dem römischen Recht schon in einzelne deutsche Volksrechte der fränkischen Zeit aufgenommen worden<sup>3</sup>. Im 13. Jahrhundert verbreitete sie sich mit dem römischen Recht erneut. Damals ist sie wohl auch in den rätischen Urkunden neu zur Anwendung gekommen. Eine Nachwirkung der Lex Romana Curiensis ist auch da nicht anzunehmen, denn diese hatte für die Ersitzung die Fristen von zehn Jahren (*inter praesentes*) und zwanzig Jahren (*inter absentes*) festgesetzt (Cap. 27).

In Graubünden ist es das Puschlav, welches sich ganz nach den Normen des römischen Rechts gerichtet hat und sie in seine Statuten aufgenommen hat<sup>4</sup>. Auch die Misoxer Statuten verlangen die Ausübung des Besitzes *per annos triginta et diem unam quiete et pacifice*<sup>5</sup>. Die Zehnjahresfrist gilt im Oberengadin nach den lateinischen Statuten in der Redaktion von 1563<sup>6</sup>.

Zur gemeinbündnerischen Ordnung der «*Gewere und Montanida*» (auch *montanida* und *mantanida* = Besitz als tatsächliche Herrschaft) aber ist die Ersitzung durch Ausübung des Besitzes während *zwölf* Jahren geworden<sup>7</sup>. Vielleicht ist sie durch

<sup>1</sup> Richtsteig Landrechts, Art. 23, § 7. Es liegt auf der Hand, dass hier die Zusammensetzung der der Frist von Jahr und Tag mit der Frist von 30 Jahren vorliegt, in welcher nach römischem Recht die Eigentumsklage ordentlicherweise verjährt (ausnahmsweise verjährt sie nach 40 Jahren). Deutschrechtlichen Ursprung behauptet Gierke, *Deutsch. Privatrecht II*, S. 458, Anm. 60. Dagegen mit Recht Heusler, *Die Gewere*, S. 81; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des Deutschen Privatrechts II*, 1, § 112, S. 426; Eugen Huber, *Schweiz. Privatrecht IV*, S. 714.

<sup>2</sup> Landbuch von Obervaz, Art. 90, in den RQ von Graubünden, bearbeitet von R. Wagner und L. R. von Salis und herausgegeben in der ZSR 25–28 und 32/33, Separatausgabe in 4 Teilen mit bes. Paginierung, 3. Teil, S. 100.

<sup>3</sup> Schröder-Künssberg, *Lehrbuch*, § 37, Ziff. 6, Anm. 117; Ziff. 7, Anm. 129; R. Hübner, *Der Immobilierprozess der fränkischen Zeit* (1893), S. 80f.; Heusler, *Die Gewere*, S. 80ff.; E. Chénon, *a. a. O.*, I, S. 442/443, II, S. 220.

<sup>4</sup> P. C. Planta, *Anmerkungen zu den §§ 202 und 203 des bündn. CGB* (1862).

<sup>5</sup> Die Statuten des Tales Misox von 1452 und 1531, herausgegeben von P. Jörimann in der ZSG 7, 1927.

<sup>6</sup> Wagner und Salis III, S. 210.

<sup>7</sup> Statuten des Oberen Bundes, Ergänzung des Jahres 1532 (Wagner und Salis I, S. 49); die in der gleichen Sammlung enthaltenen Statuten der Gerichtsgemeinden: Bergell, Oberhalbstein, Obervaz, Fürstenu-Ortenstein, Avers, Churwalden, Ausser-Belfort und Malans.

Aufrundung der Frist entstanden, welche sich aus der Zusammensetzung der römischrechtlichen Zehnjahresfrist mit der deutschrechtlichen Frist von Jahr und Tag ergab.

Als einziges Beispiel sei hier die Bestimmung über «Gewer und Mantanida» aus dem Landbuch von Fürstenau-Ortenstein wiedergegeben:

Welcher ein guot mit guoten treuwen und glauben besitzt für aigen 12 jahr (oder mehr) ohn intrag, der soll dannethin darbei in gewalt und gewer bleiben, vorbehalten kirchengut und allmend und den ausländischen, auch witwen und weislein, die von der sach nichts gewüsst hätten, denen sind ihre rechten vorbehalten...<sup>1</sup>.

### III

1. Wenn wir nach diesen Ausflügen wieder nach Bern zurückkehren, fragen wir uns, wie lange wohl hier die Stadt mit ihrer Gewerefrist von Jahr und Tag sich vom Lande und dem hier geltenden gemeinen Recht abgesondert hielt. Wir können das nicht genau feststellen, sondern wissen nur, dass sie gegen Ende des 15. Jahrhunderts endlich ihre Sonderstellung aufgegeben und mit dem Übergang zur Zehnjahresfrist in die gemeinrechtliche Entwicklung eingelenkt hat. Wie Rennefahrt dargelegt hat und wie auch früher schon beobachtet worden war<sup>2</sup>, entsprach der Rat der Bitte der Thuner vom Jahre 1494 um Gewährung der Gewerde, wie sie in Bern gebraucht werde und entschied, dass die Thuner «unsere Gewerde» haben sollen, das heisst die bernische Stadt- und Landgewerde mit der Besitzesdauer von zehn Jahren. Damit war auch in Thun der Dualismus zwischen Stadt- und Landgewere überwunden<sup>3</sup>. Auch weiteren Gemeinwesen wurde, wie Rennefahrt ausgeführt hat, das gleiche Recht gegeben.

<sup>1</sup> Wagner und Salis, RQ III, S. 118.

<sup>2</sup> Rennefahrt, hievor S. 37, Anm. 3; Leuenberger, Studien, S. 273; Ernst Manuel, Studien über die Verjährungslehre im bernischen Stadtrecht von der Zeit der Handveste bis zur neuesten Gerichtssatzung, Berner Diss. 1876, S. 28f. A. Zeerleder, Die Berner Handfeste, S. 56.

<sup>3</sup> Zeerleder, a. a. O., macht auf die Unterscheidung von Stadtrecht mit der Frist von Jahr und Tag, und dem *ius terrae*, mit der Frist von zehn Jahren, im Thuner Stadtrecht, «wie bald nachher im Stadtrecht von Augsburg 1276», aufmerksam.

Leuenberger<sup>1</sup> sieht darin einen vom Landrecht über das Stadtrecht entgegen dem gewöhnlichen Entwicklungsgang erlangenen vollständigen Sieg<sup>2</sup>.

Nur die Leute und Gemeinden des Simmentales haben eine Landgewere mit kurzer Besitzesdauer haben wollen und schliesslich auch erhalten. Von den mutmasslichen Beweggründen war weiter vorn bereits die Rede. Vielleicht hätte man im Simmental am liebsten die Rechte Gewere der alten Zeit gehabt, weil sie nach einem alten Recht ausgesehen hätte, und hat sich dann mit der Frist von fünf Jahren abgefunden.

2. In der Gerichtssatzung vom Jahre 1539 (das ist die GS I) ist dann die Gewere mit der zehnjährigen Frist, wie sie seit fünfzig und mehr Jahren nun in Brauch und Übung gestanden hatte, festgelegt und geregelt<sup>3</sup>. Aber die Regelung ist dürftig, allzu dürftig. Sie sagt nicht mehr als dies: Nur wer nachweist, dass er während der zehn Jahre ausser Landes war, ist auch nachher noch zur Klage auf Herausgabe oder auf Anerkennung eines dinglichen Rechtes befugt. – Diese Bestimmung gilt nicht nur für Grundstücke, sondern auch für Fahrnis. Beide Kategorien von Sachen werden gleich behandelt<sup>4</sup>. Ausnahmen hinsichtlich bestimmter Personen- oder Sachkategorien sind nicht gemacht; vom Erwerbstitel und vom guten Glauben des Ersitzenden ist nicht die Rede. Die Regelung ist rudimentärer, auch primitiver als in den meisten ländlichen Statuten, von denen hier die Rede gewesen ist. In wohltuendem Gegensatz zu ihr steht das in Form eines Weistums vom 23. Januar 1404 zu Unterseen erneuerte Landrecht der unter der Probstei *Interlaken* stehenden Kirchspiele. Es enthält in seinem Artikel 18 die Bestimmungen über die «Landgewerde», welche dieses Institut in allen

<sup>1</sup> Studien über bernische Rechtsgeschichte, S. 274.

<sup>2</sup> Das einzige Beispiel für das Nachhinken der Städte gegenüber den Landgebieten in der Rechtsentwicklung ist das zwar nicht. Die erbrechtliche Repräsentation ist in den Städten ebenfalls später anerkannt worden. P. Liver, Der Eniklibrief des Zehngerichtenbundes. Ein Kapitel aus der Geschichte der erbrechtlichen Repräsentation oder des Eintrittsrechts, Bündn. Monatsblatt 1952, Heft 6, SA, S. 18 ff.

<sup>3</sup> RQ Bern, Stadtrecht I, Die Stadtsatzung von 1539, Art. 60, S. 287 f.

<sup>4</sup> Das kann schon auf die entsprechende Bestimmung der Handveste zugetroffen haben, obwohl Fahrnis ja nie im gerichtlichen Verfahren übertragen wurde. So Zeerleder, S. 57. Eine Ausnahme für gestohlene Sachen war im Art. 38 der Handveste gemacht und findet sich auch im Art. 58 der GS von 1539.

wesentlichen Punkten einschliesslich des Erwerbstitels, des guten Glaubens und notwendiger Ausnahmen klar, sachgemäss und den Anforderungen der Billigkeit entsprechend regeln. Dabei dürfte die Vertrautheit der geistlichen Herren mit dem gemeinen römischen und kanonischen Recht zur Geltung gekommen sein<sup>1</sup>.

#### IV

1. Als auch Bern im 17. Jahrhundert seine Stadtrechtsreformation durchführte, erfuhr auch das Recht der Ersitzung eine weitere Ausgestaltung und bessere Durchbildung. In der Gerichtssatzung des Jahres 1614, 1615 gedruckt, sind in der Satzung V des dritten Titels die Ausnahmen von der Wirksamkeit der Ersitzung in subjektiver und objektiver Hinsicht festgelegt und die Voraussetzungen bestimmt, unter denen im übrigen die Ersitzung sich vollzieht. Das konnte nicht anders geschehen als im Anschluss an das gemeine römische Recht, welches sich seit dem 13. Jahrhundert fast überall durchgesetzt hatte, wo die Ersitzung in der Rechtsetzung oder in der Rechtsprechung festumrissene Gestalt angenommen hatte. Die im bekannten Hexameter zusammengestellten fünf Voraussetzungen sind in der GS II klar, aber etwas umständlich der Reihe nach (aber in anderer Folge als im Vers) umschrieben: Res habilis titulus fides possessio tempus. Als Redaktor der GS II und Urheber der neuen Bestimmungen galt früher der aus Basel stammende Utriusque Juris Doctor Johannes Steck (1582–1628), seit 1611 Professor der Philosophie und der Rechte an der Akademie zu Lausanne. Im Jahre 1860 erst ist nachgewiesen worden, dass nicht er, sondern Daniel Fellenberg (1587–1638) die Ehre der Urheberschaft verdient<sup>2</sup>. Die GS II hat, da sie durch

<sup>1</sup> In diesem Sinne hat sich auch Rennefahrt in seiner Abhandlung hievon, S. 38, Anm. 4 geäussert.

Das Landrecht von 1404 wird demnächst im RQ-Band Interlaken, herausgegeben von Frau Dr. Graf-Fuchs, erscheinen. Bereits gedruckt ist es in der ZSR 10 (1862), 2. Teil, S. 3 ff. Rechtsgeschichtlich bedeutsam an ihm ist auch die Aufhebung der Hintanstellung der Muttermagen gegenüber den Vatermagen im Erbrecht. Die Stelle ist abgedruckt in Grimms Weistümern I, S. 175. Siehe Eugen Huber, Schweiz. Privatrecht IV, S. 580.

<sup>2</sup> Joh. Schnell (Prof. in Basel), Die Rechtsquellen des Kantons Bern, ZSR 8, 2. Teil, S. 137/138. Siehe auch J. Schnell und M. v. Stürler, Übersicht der älteren RQ des Cantons Bern, 1871, S. XVIII ff.



den Druck grössere Verbreitung gewann, auch ausserhalb Berns Beachtung gefunden. Sie ist auch mehrfach kommentiert worden<sup>1</sup>. Die bekannteste Darstellung ihres Rechts ist Samuel Mutachs Substantzlicher Unterricht von Gerichts- und Rechts-sachen, Bern 1709. Darin wird auch die Verjährungslehre genau nach den Vorschriften der GS behandelt.

2. Nach der Mitte des 18. Jahrhunderts ging man in Bern nochmals an die Revision der Gerichtssatzung. Ihre Vorbereitung wurde einer Kommission übertragen, in welcher Sigmund Ludwig von Lerber, Professor der Rechte an der Akademie, die Hauptarbeit geleistet hat. Er ist der eigentliche Autor der Änderungen und Ergänzungen, welche vorgenommen wurden<sup>2</sup>. Die neue Gerichtssatzung (GS III) vom 9. Dezember 1761 ist auf Martini 1762 in Kraft gesetzt worden. Nach der Haupttendenz der Reform, welche in ihr verwirklicht worden ist, unterscheidet sie sich von ihrer Vorgängerin vor allem dadurch, dass sie von allem, was an dieser römisch-rechtlich war und seinen Ursprung offen zugab, befreit und gereinigt war. Das ist Sigmund Ludwig von Lerbers vaterländische Tat gewesen. Ihr sind selbstverständlich und nicht zuletzt die Ersitzungsbestimmungen vom Jahre 1614 zum Opfer gefallen. Man nahm in das neue Gesetzbuch die alte Satzung von 1539 auf und kehrte damit zu der so unzulänglichen Ordnung der Ersitzung jener Zeit zurück.

## V

1. Der Rückfall auf den Rechtszustand von 1539, welcher in der allgemeinen Entwicklung von der Rechten Gewere zur Ersitzung schon damals auf einer primitiveren Stufe zurückgeblieben war, ist aus juristischen Überlegungen nicht zu verstehen. Damit hatte diese antiquierende Reform aber auch gar nichts zu tun. Ihre Motive lassen sich einigermassen aus der Akademie-rede erkennen, mit der S. L. von Lerber sich über seine Eignung für die Professur der Rechte an Berns damaliger hoher Schule

---

<sup>1</sup> E. Manuel, Verjährungslehre, S. 56.

<sup>2</sup> Hans Affolter, Un jurisconsulte bernois et poète français S.-L. de Lerber (1723–1783), Thèse Berne Faculté des Lettres, 1947; Virgile Rossel, Un jurisconsulte bernois du XVIII<sup>e</sup> siècle. Sigismond-Louis de Lerber, 1894, S. 12.

so gut ausgewiesen hat. Das ist die in bestem Latein<sup>1</sup> geschriebene und in der Staatsdruckerei schön gesetzte *Praelectio de fontibus juris patrii, in celebri Bernatum Academia pro Cathedra juridica vacante habita 27. Maij 1748*. Darin geht es dem angehenden Professor darum, den vaterländischen Charakter des vaterländischen Rechts zu verfechten. Da sollte gezeigt werden, dass nichts Fremdes an diesem Rechte sei. Das bedeutete vor allem, dass das römische Recht in Bern nichts zu suchen und nichts zu bestellen und nichts zu bedeuten habe. *Nihil nobis cum Romanis commune, nihil non proprium!* Einige Artikel römischer Herkunft gebe es zwar in Bern, aber es seien nur ganz wenige und berührten das eigene Recht nur ganz äusserlich oder seien ganz im Sinne der einheimischen Rechtsübung gewandelt. *Rari sunt, nantes in gurgite vasto!* Die Abstossung des römischen Rechts kompensiert Lerber mit der Verherrlichung des bernischen als eines deutschstämmigen Rechts<sup>2</sup>, die sich an ihm um so merkwürdiger ausnimmt, als er französischer Muttersprache und ein Mann französischer Bildung und Kultur ist, der seinen Platz als Dichter in der Geschichte der französischen Literatur der Schweiz hat. Man kann sich fragen, ob sein Bekenntnis zum kerndeutschen Wesen des vaterländischen Rechts innerer Überzeugung oder vielleicht mehr dem damaligen staatspolitischen Katechismus der Obrigkeit entsprochen hat<sup>3</sup>.

2. Dass die Ersitzungsbestimmungen der GS von 1614 vor diesem Richter keine Gnade finden konnten, versteht sich von selbst. Die GS von 1539 hält Lerber für unverfälschtes, eigenes bernisches Gewächs rein deutscher Herkunft. Dass diesem Gesetz nach seiner Ansicht die Ersitzungsvoraussetzungen jener

<sup>1</sup> Rossel, a. a. O., S. 11: «en latin plus concis et plus nerveux qu'élégant».

<sup>2</sup> Der Schlusspassus lautet: «Quantum in me fuit, docui, FONTES JURIS PATRII esse quaerendos intra ipsius patriae fines: vel saltem intra fines eorum populorum, quibus cum nobis olim communis Patria GERMANIA erat».

<sup>3</sup> Affolter, S. 40: «Son discours n'était en somme qu'un manifeste en faveur de l'indépendance bernoise en matière de législation et, partant, de l'indépendance politique de l'Etat. Le gouvernement pouvait donc placer toute sa confiance en cet homme qui défendait si bien ses intérêts». S. 43: «Lerber est traditionnaliste en matière de droit, mais il y a une autre cause encore qui, semble-t-il, explique bien son attitude en matière juridique: c'est qu'il a voulu être fidèle à la doctrine de son gouvernement. Le gouvernement s'opposait à toute influence étrangère tant dans l'élaboration de ses lois que sur le plan politique. Lerber est l'interprète fidèle de sa conception; ... Lerber a voulu servir à l'Etat: voilà tout!»

Bestimmungen von 1614 fremd gewesen, genügt, um sie zu verwerfen<sup>1</sup>. Dass die Zehnjahresfrist der GS von 1539 aus dem römischen Recht stammt, sah Lerber nicht oder wollte er nicht sehen. Nicht nur die Frist von zehn Jahren, sondern auch die von dreissig Jahren, die er aus der Lex Burgundionum kannte, hielt er für germanisch<sup>2</sup>. Der Dominus Steckius I. U. D., welchen Lerber für den Redaktor der GS II hält, wird von ihm spöttisch «ille noster Tribonianus» genannt<sup>3</sup>.

Schwerer wiegt, dass S. L. von Lerber die Behauptung aufgestellt hat, auf den guten Glauben des Ersitzenden habe man in Bern nie abgestellt und auch die anderen aus dem römischen Recht in die GS von 1614 eingeschmuggelten Voraussetzungen habe man in der bernischen Praxis unbeachtet gelassen, so dass sie toter Buchstabe geblieben seien.

Als Sigmund Ludwig von Lerber 1763 wegen seiner Wahl zum Landvogt von Trachselwald seine Professur an der Akademie aufgeben konnte, bewarb sich um diese Gottlieb Walther (1738–1805), diesmal zwar noch ohne Erfolg. Gewählt wurde Daniel von Fellenberg (1736–1801)<sup>4</sup>. Dessen Nachfolger ist dann Gottlieb Walther 1778 doch geworden<sup>4</sup>.

3. Walther, ein begabter Jurist, ein kenntnis- und ideenreicher Forscher auf dem Gebiete des vaterländischen Rechts, aber ein leidenschaftlicher, zügelloser und überheblicher Mensch, hat sich auf S. L. von Lerber nie berufen und ihn nie zitiert<sup>5</sup>, aber in gleicher Weise, nur noch heftiger, gegen alles fremde Recht und alle Wissenschaft von ihm Stellung genommen. Deutsch, rein deutsch, musste auch für ihn das bernische Recht sein. Gegenüber dem vermeintlichen Redaktor der GS von 1614 zog er noch schärfer vom Leder als Lerber. Auch er nannte ihn «unsern graduirten Tribonian», aber mit der Beifügung: «grös-

<sup>1</sup> Praelectio, S. 27 ff., besonders die Anm. S. 29.

<sup>2</sup> Vgl. dazu oben S. 449/50 und die Anmerkungen 2 bis 6; im gleichen Sinne Rennefahrt, Urkundenwesen S. 113.

<sup>3</sup> Ob der «Antitribonianus», das 1567 erschienene Buch des grossen französischen Juristen Franz Hotomanus, der auch in Lausanne und Basel gewirkt hat, in der Wahl dieses Namens nachgewirkt hat?

<sup>4</sup> Hans Kühne, Gottlieb Walther (1738–1805) und die hist. Rechtsschule, Diss. iur. Bern 1952 (Abh. z. schweiz. R. n. F. 300), S. 34; K. Guggisberg, Daniel von Fellenberg (1736–1801), SA aus der Berner Zeitschrift f. Geschichte u. Heimatkunde 1951, 2/3, S. 10.

<sup>5</sup> H. Kühne, a. a. O., S. 32.

ser an Einbildung als an Fähigkeiten». Die Bestimmungen von 1614 über die Voraussetzungen der Ersitzung bezeichnete er verächtlich als «die fünf spitzfindigen Anhänge des römischen Rechts». Die Behauptung Lerbers, dass sie dem vaterländischen Recht fremd gewesen und fremd geblieben seien, macht er sich zu eigen: «Unsere Väter, sowie die Teutschen überhaupt, hatten sie nie gebilligt<sup>1</sup>».

Mit dem politischen Bestreben, die Vortrefflichkeit des vaterländischen Rechts in seiner Eigenständigkeit und Unabhängigkeit gegenüber allem fremden Wesen darzutun, mochte sich bei Walther auch noch die Abneigung gegen das römische Recht verbunden haben, die damals nicht nur in der Schweiz, sondern noch heftiger in Deutschland weite Kreise der wissenschaftlich tätigen Juristen erfasst hatte. Das römische Recht in seiner Differenziertheit und Verarbeitung in einer mächtig angeschwollenen kontroversenreichen Literatur, wurde vielfach als eine Last empfunden, der man nicht mehr gewachsen war. Auf dem Boden der naturrechtlichen Grundeinstellung der Zeit konnte aus dieser Empfindung heraus leicht eine radikal antirömische Strömung entstehen, wozu es in Deutschland auch tatsächlich gekommen ist<sup>2</sup>. In den Kreisen der Juristen, denen ein traditionsbewusstes nationales Empfinden und patriotisches Fühlen und Denken eigen war, konnte diese Strömung sich in der Hinwendung zu den Quellen des einheimischen Rechtes auswirken. In ihnen glaubte man den Ausdruck eines natürlichen, einfachen, kraftvollen Rechtsempfindens und Rechtsdenkens zu sehen, das man als Ideal hinstellte.

## VI

Was S. L. von Lerber und nach ihm Gottlieb Walther über die Unberührtheit des bernischen Rechtes vom römischen im allgemeinen und über die ablehnende Einstellung der bernischen Praxis gegenüber den einzelnen Voraussetzungen, von denen das römische Recht die Ersitzung abhängig macht (vom guten Glauben, Eigentumserwerbstitel und fehlerfreien Besitz) im beson-

<sup>1</sup> Versuch einer Einleitung zu den Geschichten des bernerischen Stadtrechtes, 1780, und Geschichte des bernerischen Stadtrechts. Erster Band: Ursprung der Stadtrechte, Bern 1794, Vorrede, S. 45 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen von Hans Kühne, a. a. O., S. 160 ff.

deren so laut verkündet hatten, ist ihnen geglaubt und kritiklos nachgeschrieben worden bis weit in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein. Auch Samuel Ludwig Schnell, der Redaktor des bernischen Civilgesetzbuches und Professor des vaterländischen Rechts an der bernischen Akademie und Universität von 1805 bis 1843, machte keine Ausnahme<sup>1</sup>. Erst der Professor für vaterländisches Recht an der Universität von 1848 bis 1871, Jakob Leuenberger, sah sich, nachdem er der herrschenden Meinung ebenfalls lange gefolgt war, veranlasst, diese anhand der Quellen, namentlich der Gerichtsurkunden und der Spruchbücher zu überprüfen. Daraus erkannte er, dass sie schon für das 15. Jahrhundert nicht zutraf, wenigstens hinsichtlich des Erfordernisses des guten Glaubens nicht, und dass sie mit Bezug auf die Zeit der Geltung der GS von 1614 völlig unrichtig war<sup>2</sup>. Diese Erkenntnis Leuenbergers ist durch die gründliche und umsichtige Untersuchung Manuels bestätigt, vertieft und erweitert worden. Manuel hat die genannten Quellen in grösserem Umfang durchforscht und hat sich namentlich auch auf die Darstellungen und Erläuterungen des Rechtes der GS von 1614 stützen können, auf den schon erwähnten Substanzlichen Unterricht Samuel von Mutachs, aber auch auf ungedruckte Kommentare<sup>3</sup>.

## VII

So hat sich schliesslich auch hier bestätigt, dass ein guter Richter nie ohne Rücksicht auf guten Glauben, Eigentumserwerbstitel und Fehlerlosigkeit des Besitzes über die Ersitzung hat entscheiden können, mochten diese Voraussetzungen rechtsatzmässig festgelegt sein oder nicht. Das bernische CGB, das in den Jahren 1824 bis 1830 geschaffen wurde, legte die Ersitzungsvoraussetzungen des römischen Rechts wieder rechtssatzmässig fest, zum Teil sogar in überspannter Strenge. Unser

---

<sup>1</sup> S.-L. Schnell, Theoretisch-practischer Commentar über das positive Civilrecht, 1811, I, S. 236 und S. 295f.

<sup>2</sup> J. Leuenberger, Studien über Bernische Rechtsgeschichte, aus dem Nachlass herausgegeben, 1873, S. 275f.

<sup>3</sup> E. Manuel, Studien über die Verjährungslehre (1876), S. 31ff. für die Zeit vor 1539, S. 43ff. für die Zeit von 1539 bis 1615, S. 52ff. für die Zeit von 1615 bis 1761.

schweizerisches Zivilgesetzbuch, dem die Tendenz zur Vereinfachung, welcher man in Bern mit der dritten Gerichtssatzung nachgegeben hat, auch nicht ganz fremd ist, hat es damit nicht so genau genommen. Aber auch in seiner Auslegung und Anwendung können sich die Wissenschaft und Rechtsprechung über die römische Ersitzungslehre nicht hinwegsetzen, ohne sich der Gefahr grober Fehlentscheidungen auszusetzen.

Auch in der rechtsgeschichtlichen Betrachtung kann der Übergang von der Rechten Gewere zur gemeinrechtlichen Ersitzung nicht als Verdrängung einer wertvollen und lebenskräftigen eigenen Rechtseinrichtung durch eine fremde, den eigenen Bedürfnissen und Rechtsanschauungen nicht entsprechende Institution angesehen werden. Es ist umgekehrt. Das deutsche Gewererecht war in Verwirrung geraten und der Verwahrlosung anheimgefallen<sup>1</sup>. In dieser Lage war die Anlehnung an die gemeinrechtlichen Ersitzungsnormen beinahe eine Notwendigkeit, der sich selbst die bernische GS von 1539 nicht ganz verschliessen konnte. Auf jeden Fall bedeutete sie einen grossen Fortschritt, vollends dann, wenn nicht nur ihre Fristen, sondern auch ihre Ersitzungsvoraussetzungen anerkannt und verständlich gehandhabt wurden.

Es gibt wenige andere Institute, vielleicht kaum eines, in dessen Geschichte sich in unserem Lande das gemeine römische Recht so frühe, so allgemein und so positiv ausgewirkt hat wie in der Entwicklung von der Rechten Gewere zur Ersitzung.

---

<sup>1</sup> Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts II, S. 111; Die Gewere, S. 111: «...so verliert die Gewere in den spätern, namentlich süddeutschen Quellen Schritt vor Schritt ihren prägnant juristischen Charakter und wird im Laufe des Mittelalters wieder hinuntergeworfen auf einen juristisch nicht bestimmt formulierten Begriff. Wenn irgendwo, so zeigt sich an diesem Institut die hohe Bildungsfähigkeit, die das deutsche Recht in sich trug, und die völlige Verwahrlosung, der es im Mittelalter zum Opfer fiel.»

